Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
Національна академія правових наук України
Львівський державний університет внутрішніх справ
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Українська асоціація порівняльного правознавства

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО:

сучасний стан і перспективи розвитку

Збірник наукових праць

Львів–Київ
2012

УДК 34.05
ББК Х99
П59

Рекомендовано до друку Вченою радою
Львівського державного університету внутрішніх справ
(протокол № 8 від 25 квітня 2012 р.)

Редакційна колегія:

Шемшученко Ю.С., Тихий В.П., Цимбалюк М.М., Гриценко І.С. (співголови), Кресін О.В., Ситар І.М. (заступники голови), Авраменко О.В., Балинська О.М., Батлер У.Е., Безклубий І.А., Бехруз Х.Н., Бучко М.Б., Волошин Ю.О., Воронова Л.К., Гнатюк С.С., Горбатенко В.П., Грищук В.К., Грищук О.В., Денисов В.Н., Кельман М.С., Костенко О.М., Кохановська О.В., Кресіна І.О., Луць Л.А., Макарчук В.С., Навроцький В.О., Нагребельний В.П., Оксамитний В.В., Оніщенко Н.М., Пархоменко Н.М., Петришин О.В., Прилипко С.М., Саломатін О.Ю., Святоцький О.Д., Скакун О.Ф., Скрипнюк О.В., Сливка С.С., Созанський Т.І., Тацій В.Я., Тихомиров О.Д., Тихомиров Ю.О., Фріс П.Л., Штангрет М.Й., Шутак І.Д., Шевченко Я.М.

Рецензенти:

Тихомиров Ю.О. – доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки Російської Федерації, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, перший заступник директора Інституту законодавства і порівняльного правознавства при Уряді Російської Федерації

Луць Л.А. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка

П59 **Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку**: збірник наукових праць / за ред. Ю.С. Шемшученка, В.П. Тихого, М.М. Цимбалюка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 620 с.

ISBN 978-611-511-097-1

Опубліковано матеріали IV міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання» (Львів, 27–29 квітня 2012 р.). Статті висвітлюють питання історії, теорії, філософії порівняльного правознавства, проблеми розвитку і взаємодії правових систем сучасності. Автори матеріалів здійснюють порівняльне дослідження міжнародного та європейського права і державознавства, у тому числі конституційного, порівняльного цивільного, трудового, кримінального права різних країн.

До збірника увійшли матеріали авторів – учених з України, Росії, Білорусі, Киргистану, Молдови, Болгарії, Польщі, Німеччини, Угорщини, США, В'єтнаму.

УДК 34.05
ББК Х99

ISBN 978-611-511-097-1

© Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012

ЗМІСТ

Шемшученко Ю.С., Тихий В.П., Цимбалюк М.М., Гриценко І.С., Кресін О.В., Ситар І.М.
Вступ.....17

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Цимбалюк М.М.
Порівняльне правознавство: поступ у майбутнє 20
Шемшученко Ю.С.
Місія порівняльного правознавства.....25
Скакун О.Ф.
«Теория права и государства» и «сравнительное правоведение»: сходство и различие смежных научных дисциплин 30
Тихомиров О.Д.
Проблеми визначення філософських та теоретичних засад сучасних порівняльно-правових досліджень 34
Кресін О.В.
Виникнення та рання історія порівняльного правознавства..... 37
Кельман М.С.
Історико-юридичний порівняльний метод: підхід до розуміння.... 49
Макаренко Л.О.
Порівняння як метод дослідження державно-правових явищ 53
Varga C.
Mentality as a Component of Law in the Comparison of Laws (a Case-study on the Anarchy Arrived at through Rationality Maximalisation in America) 56
Рафалюк Е.Е.
Культурологический подход в сравнительном правоведении..... 59
Фальковський А.О.
Особливості використання аксіологічного підходу в порівняльно-правових дослідженнях..... 62
Халабуденко О.А.
Методы функционализма и конструктивизма в сравнительном правоведении..... 65
Косило А.Б.
Математичні основи методу функціонального аналізу в порівняльному правознавстві..... 68

Чистякова Ю.В.
Побудова класифікаційних схем в порівняльному правознавстві за допомогою семіотичного підходу 71
Маїк І.С.
Доктрина синергетики як важіль впливу у порівняльному правознавстві 73
Спирин М.Ю.
О проблемах и перспективах развития предметно-уровневой методологии в сравнительном правоведении 77
Поцелуев Е.Л.
Почему нужно изучать сравнительное правоведение? 80
Бехруз Х.
Применение мультимедийной методики в обеспечении преподавания учебного курса «Сравнительное правоведение» 83
Butler W.E.
Legal translation, international adjudication, and comparative law 86
Максимов С.И.
Сравнительное право и юридическая лингвистика: перспектива взаимодействия 96
Гусарєв С.Д.
Структура діяльності як критерій порівняльно-правових досліджень 99
Ветютнев Ю.Ю.
К вопросу о сравнительном изучении языковых форм права 102
Андрюшко І.Я.
Правове мислення як предмет порівняльно-правових досліджень 104
Сапарова А.О.
Універсалістський сцієнтизм як контекст виникнення і концептуалізації порівняльного правознавства 107
Середюк В.В.
Модель порівняльно-правового дослідження К. Цвайґерта і Г. Кьотца 111
Кудін С.В.
Основні напрями порівняльних досліджень вітчизняних вчених у XIX ст. 114
Мудриевская Л.М.
Методология сравнительного правоведения в трактовке А.Н. Филиппова 117

СУЧАСНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ ВЗАЄМОДІЯ

Лук'янов Д.В.
Правові системи світу: національний та наднаціональний рівні 121

Шевченко А.Є., Ситник О.М.
Перспективи розвитку національної держави та наднаціонального права: ідеологічний аспект 124

Орлов С.Ф.
Поняття «правова сім'я» 131

Захарова М.В.
Юридический суверенитет французской правовой системы в условиях глобализации 133

Попко В.В.
Про своєрідність державно-політичної системи П'ятої Французької Республіки 141

Мочульська М.Є.
Вплив правової доктрини на законотворчість у континентальному праві (на прикладі України, Росії та Німеччини) 144

Полонка І.А.
Явище нормативності в романо-германській правовій системі: концептуальні засади 147

Панкратова В.О.
Судовий прецедент у континентальному праві: теоретико-порівняльний аспект 150

Петрова Е.А.
Теоретико-методологические особенности изучения зарубежных правовых систем (на примере правовой системы США) 153

Перепелиця А.В.
Вплив англійського права на правові системи держав світу та країн Британської Співдружності 156

Строцький Р.Є.
Закон як джерело права в англо-американській правовій сім'ї 158

Сидор М.Я.
Історичні аспекти становлення і розвитку скандинавського права 162

Ситар І.М.
Правова співпраця скандинавських країн 168
Римарчук Р.М.
Кодифікація латиноамериканського права 172
Шаляпин С.О.
Религиозно-правовой элемент в правовых системах смешанного типа: архаизм или цивилизационная особенность? 175
Цвєткова Ю.В.
Погляди на зміст поняття «східна традиція права» у порівняльному правознавстві 178
Булавіна С.Є., Давидова Т.О.
Сучасні тенденції розвитку звичаєвої правової системи 181
Смородинський В.С.
Теорія мішаних правових систем у сучасному порівняльному правознавстві 185
Середа В.В.
Змішаний тип правових систем (синхронна характеристика) 188
Дудар С.К.
Функціональні можливості (межі) компаративного підходу у дослідженні взаємодії правових систем 191
Клочкова Ю.А.
Конвергенционные политико-правовые процессы: теоретико-методологический анализ 194
Мордовцев А.Ю.
Правовая конвергенция в компаративистском измерении: от средневекового дискурса до Ш.Л. Монтескье 197
Мельник З.П.
Вплив судової практики на конвергенцію правових систем сучасності 200
Сокольская Л.В.
Интеграция национальных правовых систем постсоветских государств 203
Демків Р.Я.
Правове моделювання як перспективна форма правотворчості 206

ПОРІВНЯЛЬНИЙ ВИМІР МІЖНАРОДНОГО ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА

Білас І.Г.
Міжнародне право та міжнародна безпека в умовах глобалізації 209

Садыкова Э.Л.
Проблемы универсализации норм международного права и национальные правовые системы 213

Гетьман-П'ятковська І.А.
Право на приватне життя: порівняльні аспекти в національному та міжнародному праві 224

Бабін Б.В.
Порівняльний метод аналізу правових форм міжнародного програмного регулювання 228

Юрчак І.Р.
Кореспондуючий обов'язок у міжнародному співробітництві держав: компаративістський підхід 231

Ковальчук О.О.
Захист географічних зазначень в актах міжнародного права 235

Гріненко О.О.
Питання наднаціональності Європейського Союзу 238

Гладенко А.Н.
Европейская интеграция как фактор развития идеи наднациональности 241

Смирнова К.В.
Підходи до систематизації в законодавчій практиці Європейського Союзу: порівняльно-правовий аспект 244

Святун О.В.
Правовий статус європейських політичних партій: порівняльно-правовий аспект 247

Цувіна Т.А.
Розумний строк судового розгляду як об'єкт судового захисту 250

Федорова А.Л.
Практика Європейського суду з прав людини щодо призначення та розміру соціальних виплат та українські реалії: порівняльно-правовий аспект 253

Червяцова А.О.
Концепція похідних прав та її застосування Європейським судом з прав людини при розгляді справ за ст. 10 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на свободу вираження поглядів) 256

Криволапов Б.М.
Сучасні проблеми адаптації банківського законодавства України до права Європейського Союзу 261

Шомпол О.А.
Правові засади регулювання екологічно небезпечної діяльності за законодавством України та ЄС 265

Пастушок Г.І.
Співвідношення норм міжнародного та комунітарного права 268

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ У ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

Пархоменко Н.М.
Тенденції розвитку джерел права України в умовах глобалізації в сфері права 273

Гарасимів Т.З.
Компаративістсько-філософські підходи до проблеми сутності людини та причин її девіації у європейській традиції 276

Погребняк С.П.
Общие принципы права (сравнительно-правовой аспект) 282

Минникес И.В.
Социально-правовая идентификация: сравнительно-правовой анализ 285

Бобровник С.В.
Компромісні та конфліктні правовідносини: порівняльна характеристика 288

Скоробогатов А.В.
Правопонимание как категория сравнительного правоведения 293

Настасяк І.Ю.
Види правового впливу: порівняльний аналіз 296

Тюріна О.В.
Порівняльно-правовий контекст взаємозумовленості праворозуміння та правової системи 299
Крывцова И.С.
Синергетические модели в отраслевых правовых науках: сравнительно-правовой анализ практики апробации..... 302
Матвєєва Ю.І.
Принцип правової визначеності як відповідність законним очікуванням людини 305
Токарська А.С.
Зарубіжна модель правової комунікації..... 308
Олексюк М.М.
Зарубіжна філософсько-правова парадигма другої половини XX ст.: дискурс навколо питання про принцип рівності 310
Мінченко О.В.
Порівняльно-правові аспекти інтерпретації функцій права в Україні та ФРН 313
Вовчанська Л.С.
Діалогічно-антропологічна складова в зарубіжній освітній практиці 317
Яцишин Н.П.
До питання про впорядкування вітчизняної юридичної термінології у контексті міжнародних стандартів..... 320
Андрусяк В.Г.
Теоретические основы правозащитной деятельности прокуратуры Украины 323
Лепісевич П.М., Бойко В.В.
Правове регулювання виробництва, збуту та споживання алкогольної продукції в станово-кастових суспільствах (античний світ) 326
Горуйко Х.П.
Судова реформа ЗУНР та сучасної України..... 332
Андрущак О.М.
Співвідношення союзного та республіканського законодавства (на прикладі Основ законодавства СРСР і союзних республік та Виправно-трудового кодексу УРСР 1970 р.) 335
Царук О.В.
Умовні зобов'язання на території Західної України у складі Польщі..... 338

Лесько І.Б.
Вплив радянського та гітлерівського окупаційних режимів на право власності: синхронні аспекти 341

ПОРІВНЯЛЬНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Дудко И.Г.
О понятии «европейское конституционное наследие» 345

Бойко Ю.П.
Концептуальні основи федералізму в юридичній науці. Порівняльний аналіз 350

Серьогін В.О.
Прайвесі у контексті цивілізаційного підходу до права 360

Лисенко О.М.
Правове регулювання свободи мирних зібрань: порівняльний аналіз 363

Мордовцева Т.В.
Правовое регулирование свободы совести в России и Украине: сравнительный анализ 367

Колиба М.М.
Компаративістські складові правового забезпечення свободи віросповідань (на прикладі Франції та України) 370

Чешмеджиева М.
Конституционные и международно-правовые основы института предложений и сигналов 373

Ерохина Т.П.
Сравнительно-правовой анализ конституционного закрепления права на судебную защиту 376

Львова О.Л.
Тенденція «нових прав» у світі як аномалія сучасного права 380

Серегин А.В.
Сравнительно-правовое исследование смешанных форм республиканского правления в современном мире 383

Журба Я.М.
Конституційно-правове регулювання організації виконавчої влади в Україні та Польщі: порівняльно-правовий аспект 387

Стойко О.М.
Порівняльна демократизація: нові члени ЄС та держави СНГ 390
Давыдова М.Л., Ву Куанг Хуан
Нормативное регулирование правотворчества центральных государственных органов во Вьетнаме и России 393
Любитенко Д.Ю.
Решения конституционных судов России и Германии как источники права: к постановке проблемы сравнительно-правового исследования 396
Гурковський М.П.
Суди присяжних у країнах загального права (загальнотеоретичні аспекти) 399
Кравчук В.М.
Роль компаративістики у дослідженні конституційно-правового статусу суддів 404
Голяк Л.В.
Класифікація спеціалізованих омбудсманів: досвід зарубіжних країн 406
Полянина А.К.
Определение статуса идеологии в конституциях России и Украины 410
Софінська І.Д.
До питання громадянства як первинного правового критерію ідентифікації особи 413
Панкевич О.З.
Виборчі системи держав-членів ЄС: порівняльно-правовий аспект 416
Шмигова О.М.
Нормативне врегулювання відсоткового виборчого бар'єру та практика вирішення питань щодо його конституційності в окремих державах Європи 419
Подорожна Т.С.
Деякі питання створення конституційної асамблеї в Україні: світовий досвід 421
Котенко Т.В.
Міжнародне та внутрішньодержавне правове забезпечення місцевого самоврядування в Україні: порівняльний аспект 424

Чернядьева Н.А.
Сравнительный анализ законодательной модели борьбы с терроризмом в Великобритании и России 427
Мирчева В.
Конституцинно-правовые аспекты лоббизма 430

ПОРІВНЯЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Мицкевич Л.А.
Наднациональные тенденции в российском административном праве 434
Зелиньски Я.
Европеизация административного права в Польше 437
Береза А.В.
Реформа публічної влади: європейські тенденції і Україна 440
Згурська В.Л.
Законодавство про громадські об'єднання: європейський досвід і Україна 443
Щербак Н.О., Щербак Н.М.
Правовий вимір регулювання інформаційної сфери в Україні: історичний досвід та сучасний розвиток у контексті світових тенденцій 446
Шестак С.В.
Особливості здійснення недержавного контролю над діяльністю поліції в зарубіжних країнах (на прикладі Англії) 449
Чередник Р.В.
Спортивний кодекс Франції, законодавство Росії та України у сфері спорту: порівняльно-правовий аспект 452
Кіт Х.І.
Підготовче провадження за кодексом адміністративного судочинства України та ФРН 455
Крохина Ю.А.
Влияние позиций Европейского суда по правам человека на финансовое законодательство России 458
Aleksandrova V.
The New Financial Regulations in the European Union and Republic of Bulgaria 461

Семчик О.О.
Порівняльно-правовий метод у дослідженні ключових понять фінансового права 464
Антоненко В.В.
Розгляд та затвердження бюджету в Німеччині та Україні: порівняльний аналіз 468
Исраилова А.М.
Налоговая недискриминация как один из принципов защиты прав и интересов налогоплательщиков в Кыргызской Республике 471
Макарова И.А.
Сравнительно-правовой анализ форм осуществления налогового контроля в Евразийском экономическом сообществе 475
Митяй Е.Д.
Влияние норм европейского законодательства о защите прав потребителей финансовых услуг на развитие национального законодательства Украины 478
Філевський Р.М.
Податкове адміністрування у фінансовому праві Росії та України: порівняльний аспект 481
Газизова Р.Г.
Специфические методы правового регулирования исламских финансовых отношений 485
Федчишин Ю.А.
Деякі аспекти функціонування групування платників податку на додану вартість у Європейському Союзі 488
Радишевська О.Р.
Оподаткування транспортних засобів у державах-членах ЄС та в Україні: порівняльний аналіз 491

ПОРІВНЯЛЬНЕ ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ, ТРУДОВЕ ПРАВО

Харитонова О.І., Харитонов Є.О.
Регулювання відносин інтелектуальної власності в Україні і Республіці Молдова: два концептуальні підходи 494

Агамагомедова С.А.
Опыт ЕС и формирование системы правовой защиты прав интеллектуальной собственности в Таможенном союзе России, Украины и Казахстана 497

Еннан Р.Є.
Право інтелектуальної власності у правовій системі ЄС..... 500

Махмудова Е.В.
Коммерциализация интеллектуальной собственности в условиях глобализации (компаративистский аспект)..... 503

Савич С.С.
Модель пересічного споживача та її значення в охороні комерційних позначень у Республіці Польща 507

Лаптева А.М.
Сравнительно-правовой анализ условий патентоспособности полезной модели в России и Китае..... 510

Карнаух Б.П.
Генеральный деликт VS деликт неосторожности: мы не такие разные, как принято считать..... 512

Рябинчук П.Г.
Освобождение от ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств по строительному контракту по праву Англии и России..... 516

Данельян А.А.
Наднациональные тенденции в развитии инвестиционного права 519

Пузанова Г.И.
Правовые режимы иностранного инвестирования: международный опыт..... 522

Гнатів О.М.
Здійснення права на участь в управлінні акціонерним товариством за законодавством України та зарубіжних країн 525

Коритнюк Н.М.
Законодавство ЄС з точки зору перспектив гармонізації вітчизняного земельного законодавства щодо правової охорони земель від забруднення та псування 528

Барабаш Р.М.
До питання про компаративістський підхід у дослідженні відносин консолідації земель в Україні..... 531

Хотько О.А.
Сравнительно-правовой анализ законодательства об ограничениях (обременениях) прав на земельные участки Республики Беларусь и Украины 535
Гаєцька-Колотило Я.З.
Гуманістичні цінності кооперативних принципів 538
Кернична С.Я.
Інститут спільного заповіту в законодавстві європейських держав 543
Верба-Сидор О.Б.
Повноваження суду щодо видачі виконавчого листа за законодавством Польщі та України: порівняльний аналіз 546
Давидова Н.О.
Інститут шлюбу в штатах США: порівняльний аспект 549
Онишко О.Б.
Правовий режим власності подружжя 552
Гаращенко Л.П.
Трудовий договір за законодавством Німеччини та Італії (окремі питання) 557

ПОРІВНЯЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Яцишин М.М.
Сучасні наукові підходи до формування пенітенціарної політики України: європейський вимір 561
Альмес М.І.
Гріх і злочин: співвідношення понять 564
Мина В.В.
Теоцентричні концепції мети покарання: порівняльний аспект 567
Нерсесян А.С.
Службова особа юридичних осіб приватного права як спеціальний суб'єкт злочину: за законодавством України, Російської Федерації та Казахстану 573
Культенко О.В.
Порівняльна характеристика кваліфікуючих ознак протиправного використання цифрових телерадіомовних пристроїв 576

Гуменюк Ю.І.
Завідомо незаконні арешт, затримання, привід за кримінальним законодавством держав СНД 580
Ковальчук Н.М.
Дослідження фактора національних інтересів у рамках антидемпінгових, антисубсидиційних та спеціальних розслідувань (на прикладі окремих країн) 583
Шевченко А.В.
Підстави дисциплінарної відповідальності суддів та санкції за порушення в Україні та Російській Федерації 586
Марьина Е.В.
К вопросу о сравнительно-правовой характеристике уголовной ответственности за совершение коррупционных правонарушений 589
Свиридюк Н.П.
Протидія корупції: міжнародний досвід та українські перспективи 592
Вейберт С.И.
Классификация видов соучастия по законодательству отдельных стран Европейского Союза: сравнительный анализ 595
Денисов С.Ф., Копилян В.А.
Сучасні проблеми законотворчої діяльності щодо захисту тварин від жорстокого поводження з ними 599
Короткий Т.Р., Зубченко Н.І.
Порівняльно-правовий аналіз законодавства про захист тварин 602
Каткова Т.В.
Проект КПК України: спрощений порядок судового розгляду чи «угода про визнання вини»? 605
Стародубова Г.В.
Дифференциация уголовно-процессуальной формы (по законодательству Российской Федерации, Украины и Республики Беларусь) 609
Архипов А.С.
Разумный срок уголовного судопроизводства на судебных стадиях: право обвиняемого или процессуальный принцип? ... 612
Назимко Є.С.
Вимоги до використання компаративістського методу під час дослідження інституту покарання 615
Говор Ю.О.
Вдосконалення методів запобігання сімейному насильству на прикладі роботи поліції Нью-Йорка 617

ВСТУП

Сучасне українське порівняльне правознавство є однією з найрозвиненіших галузей національних юридичних досліджень. Воно поступово стає візитівкою українських юридичних наук, завдяки якій складають враження про їх якість. І це закономірно, адже це одна з найбільш потужних, динамічних і конвертованих галузей правознавства. Саме у межах порівняльного правознавства відбувається постійна методологічна дискусія, формування нових підходів до пізнання сучасної правової дійсності.

Тому нам надзвичайно приємно представити матеріали щорічної наукової конференції «Компаративістські читання». Загалом це вже сьомий щорічний форум з порівняльного правознавства, змінюються лише їх організаційні форми – семінари, круглі столи, конференції, симпозіуми. Вони стали вже знаковими й одними з найбільш очікуваних подій кожного року не лише для українських, а й для численних зарубіжних компаративістів.

Проведення цих форумів сприяло написанню та захисту численних кандидатських і докторських дисертацій, впровадженню порівняльно-правових дисциплін у навчальні програми вузів пострадянських країн, налагодженню співробітництва сотень учених. Завдяки їм на наукові здобутки українських учених звернули увагу найбільші світові об'єднання компаративістів. Опубліковані матеріали щорічних читань складають важливу частину наукової компаративістської продукції України.

Приємно відзначити зростання інтересу до наших заходів. Значною мірою на них представлені цілі наукові школи – доктори, кандидати наук, аспіранти. Щорічні форуми – це чинник усвідомлення широти нашого кола та масштабів того, що можна назвати компаративістським рухом. Порів-

няльно-правові дослідження, які донедавна вважалися додатковими, часто незрозумілими й навіть маргінальними для науковця, стали визнаною і поважною спеціалізацією для багатьох учених.

Унікальна форма компаративістських читань, які завжди містять елементи підвищення кваліфікації вчених – серії лекцій та майстер-класів, створює незамінні канали для передачі знань визнаних учених науковій молоді. Цьому сприяє й традиційний склад учасників, що склався сам собою і вже впродовж тривалого часу залишається практично сталим: близько 20% – доктори наук, професори, близько 50% – кандидати наук, близько 30% – аспіранти, молоді викладачі та практикуючі юристи. Студенти до участі у наших форумах традиційно допускаються лише як слухачі. Це дає змогу підтримувати високий рівень дискусій та створювати умови для гармонійного наукового спілкування учасників. Окрім того, у рамках наших заходів завжди організовуються книжкова виставка та численні презентації юридичної літератури, що дає змогу учасникам детально знайомитися з опублікованими здобутками своїх колег, а авторам книг – особисто представляти своє бачення проблем порівняльного правознавства, формувати так потрібний для кожного науковця зв'язок зі своїми читачами. Усе згадане вигідно відрізняє наукові форуми з порівняльного правознавства й перетворює їх на лабораторію досвіду для багатьох інших дисциплін, де відповідна робота поки не здійснюється.

Цей збірник наукових праць містить понад 170 статей учених, які представляють дев'ять країн і 47 міст: Україну (Київ, Львів, Харків, Одеса, Донецьк, Запоріжжя, Херсон, Сімферополь, Кіровоград, Луганськ, Суми, Луцьк, Севастополь, Маріуполь, Ірпінь, Феодосія, Біла Церква, Кам'янець-Подільський), Росію (Москва, Санкт-Петербург, Єкатеринбург, Волгоград, Пенза, Саратов, Таганрог, Самара, Іваново, Ростов-на-Дону, Орехово-Зуєво, Перм, Архангельськ, Казань, Красноярськ, Іркутськ, Саранськ, Воронеж), Білорусь, Киргизстан, Молдову, Болгарію, Польщу, Німеччину, Угорщину,

США, В'єтнам. Серед авторів статей 34 доктори, 93 кандидати наук і 52 дослідники, що не мають наукового ступеня. Сподіваємося, що збірник буде цікавим і корисним для компаративістів – учених, викладачів, практиків.

Шемшученко Юрій Сергійович,
доктор юридичних наук,
академік НАН України,
іноземний член РАН,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Цимбалюк Михайло Михайлович,
доктор юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
генерал-лейтенант міліції,
ректор Львівського державного університету внутрішніх справ

Тихий Володимир Павлович,
доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України,
віце-президент – керівник Київського регіонального центру НАПрН України

Гриценко Іван Сергійович,
доктор юридичних наук, професор,
декан юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Кресін Олексій Веніамінович,
кандидат юридичних наук, доцент,
член Міжнародної академії порівняльного права,
вчений секретар Української асоціації порівняльного правознавства

Ситар Ігор Михайлович,
кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

ЦИМБАЛЮК Михайло Михайлович,
доктор юридичних наук,
заслужений юрист України,
генерал-лейтенант міліції, ректор
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО: ПОСТУП У МАЙБУТНЄ

Правові системи в сучасному світі не можуть ізолюватися одна від іншої. І особливо виразною стає потреба у їх взаємодії в часи докорінного реформування держави і суспільства, яке відбувається вже понад двадцять років в Україні та інших пострадянських державах. Постає проблема використання зарубіжного правового досвіду. При цьому здебільшого із зарубіжного права хаотично «висмикуються» певні норми та інститути на основі доступного матеріалу, інтуїції або власного інтересу тієї чи іншої політичної сили. Окрім того, нерідко відбувається просте калькування зарубіжних норм, за якого порушується системність правової системи, до якої без достатніх підстав і адаптації вживлюються чужі елементи. Дещо подібною є ситуація з нормами міжнародного та європейського права, які українська національна пра-

вова система має імплементувати, щоби забезпечити своє цивілізоване співіснування зі світовим співтовариством. Пізнання сутності цих норм, можливості їх сумісності з національними нормами, способів їх гармонійної взаємодії має стати системним.

Тому вивчення зарубіжного права та феномена взаємодії правових систем має стати спеціалізованою сферою наукових та прикладних досліджень, покликаною сприяти вдосконаленню національної правової системи. Єдиною науковою дисципліною, яка здатна виконати таке завдання, є порівняльне правознавство.

За понад двісті років свого існування порівняльне правознавство стало систематизованою сферою наукових знань із власним теоретико-методологічним, концептуальним і термінологічним апаратом. Воно інституціоналізувалося у вигляді сотень спеціалізованих підрозділів при органах влади, науково-дослідних та експертних структур, наукових об'єднань, періодичних видань. Можна стверджувати, що у XX столітті ці структури було об'єднано під егідою системи ООН в єдину світову мережу. Приємно відзначити, що в останні роки вперше українські вчені долучилися до роботи Міжнародної асоціації юридичних наук (під очільництвом ЮНЕСКО) та Міжнародної академії порівняльного права.

Панування у порівняльному правознавстві першої половини XX ст. позитивістських та функціоналістських підходів відобразило розквіт і водночас кризу ідеї щодо можливості побудови єдиного раціонального права для всього світу шляхом розробки міжнародних уніфікованих проектів. Інструментальний підхід до порівняльного правознавства як до засобу й методу правової інженерії привів до того, що більшість науковців перестали визнавати його наукою. Останнє було характерним і для радянської науки того часу.

Серед завдань порівняльного правознавства, які постали після Другої світової війни, слід відзначити пізнання своєрідності національних правових систем, подолання правового колоніалізму, гармонізацію національного права з універсальним та регіональним міжнародним правом. У цей час порівня-

льне правознавство стало одним із важелів демократизації та ціннісної перебудови юридичних наук, привнесло до них ідею цінності відмінностей і рівноцінності західного й незахідного (соціалістичного, постколоніального та ін.) права. Водночас науковці і практики (окрім представників англо-американської школи) усвідомили самостійний дисциплінарний статус порівняльного правознавства. Почалася інтенсивна розробка його ціннісного змісту.

Найновішими його завданнями є пошук відповідей на виклики глобалізації у правовій сфері, усвідомлення феномена недержавного правового регулювання, яке посилюється завдяки розвитку громадянського суспільства, експансії транснаціональних корпорацій, феномена ренесансу релігій та їх етично-правових систем у світі й ін.

Незмінним орієнтиром для порівняльного правознавства залишається пізнання, з одного боку, загальносвітових та регіональних тенденцій та закономірностей розвитку права, а з іншого – особливостей національних правових систем і правових культур. Безумовно, стратегічно важливим є баланс цих двох аспектів правового розвитку, який у кожній країні визначається індивідуально.

Україна має славетну традицію порівняльно-правових досліджень. Перші у Східній Європі дисертації з компаративістики були захищені в українських університетах. Тут працювали такі вчені-компаративісти, як М. Іванишев, С. Орнатський, А. Стоянов, Ф. Леонтович, І. Ренненкампф, Б. Кістяківський, М. Максимейко, І. Малиновський, В. Корецький, Г. Александренко та інші.

Починаючи з 40-х років XX ст. в Україні було відновлено порівняльно-правові дослідження – насамперед в Інституті держави і права АН УРСР, а також у Київському державному університеті імені Тараса Шевченка. Слід відзначити, що відповідну наукову та експертну роботу було спрямовано насамперед на забезпечення зовнішньополітичної діяльності Української РСР. Але водночас українські дослідження в цій царині відіграли помітну роль у загальносоюзних наукових програмах і залишалися в цих масштабах більш ніж конку-

рентоздатними. До слова, повноцінні програми з порівняльно-правових досліджень реалізовувалися лише у московських НДІ та університетах і в юридичних установах національних академій наук України, Узбекистану і, меншою мірою, Азербайджану.

Вже понад 180 років порівняльне правознавство є також навчальною дисципліною. Вперше його почали викладати в Німеччині у 1829 р. Вже незабаром було створено перші у світі спеціалізовані кафедри порівняльного правознавства, галузевих порівняльно-правових дисциплін. А впродовж останніх півстоліття його впровадження у вищу юридичну освіту стало предметом пильної уваги та моніторингу міжнародних організацій (насамперед ЮНЕСКО).

У Російській імперії кафедри зарубіжного права почали формуватися ще з 1804 р., але кількаразово ліквідовувалися на тривалий час, а номенклатура і зміст викладання відповідних дисциплін підлягали принциповим обмеженням, в основі яких лежали зрозумілі ідеологічні мотиви. З тих самих мотивів ініціативи щодо запровадження порівняльно-правових дисциплін у вузах були досить швидко згорнуті більшовицькою владою.

В університетах Радянської України зарубіжне право (насамперед, державне) почали викладати після Другої світової війни. Але повноцінне викладання порівняльного правознавства та галузевих порівняльно-правових дисциплін розпочалося лише у 80-х рр. XX ст., зокрема завдяки зусиллям таких ентузіастів, як П. Мартиненко, М. Неліп та інші.

Місце компаративістики у системі підготовки майбутніх юристів надзвичайно важливе: під її впливом формується світогляд молодого фахівця як відкритого світові, захищеного від комплексів національної вищості, суперсамодостатності, правового націоналізму. Натомість порівняльне правознавство несе в собі ідею поваги та любові до того, що дійсно становить сутність національної правової традиції, але за умови відкритості й готовності до використання кращого зарубіжного досвіду. Відтак формується сучасна «культура миру».

Нині спостерігається ренесанс порівняльного правознавства в Україні; становлення нових його шкіл, які вже визнані, викликають інтерес і повагу за кордоном. Цьому сприяють щорічні форуми компаративістів, ініційовані Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України у 2006 році та організовані Українською асоціацією порівняльного правознавства. Останні два роки вони проводяться спільно з Львівським державним університетом внутрішніх справ. Це дає значний поштовх для розвитку дослідження та викладання такої важливої дисципліни, як порівняльне правознавство, не лише в нашому університеті, а й у Західній Україні загалом. Також хочу відзначити проведення Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київським національним університетом імені Тараса Шевченка, Українською асоціацією порівняльного правознавства у 2011 р. першої в пострадянських країнах конференції з проблем викладання порівняльного правознавства і галузевих порівняльно-правових дисциплін, у якій взяли участь представники ЛьвДУВС, видання за її підсумками збірника наукових і науково-методичних матеріалів, який є основою вдосконалення змісту викладання порівняльно-правових курсів.

На базі Львівського державного університету внутрішніх справ кількаразово проводилися круглі столи, присвячені теоретико-методологічним засадам і проблемам викладання порівняльного правознавства. Якщо поки ще рано говорити про існування у нас сформованої школи компаративістики, то є всі підстави стверджувати, що наші дослідження стали невід'ємною частиною становлення відповідної загальної та інтегрованої львівської наукової школи.

Усе це мотивує курсантів та аспірантів нашого університету поглиблено вивчати цю дисципліну. Відтак є всі підстави сподіватися, що найближчим часом в українській науці, освіті та щоденній юридичній практиці порівняльне правознавство посяде відповідне його потенціалу місце.

ШЕМШУЧЕНКО Юрій Сергійович,
академік НАН України,
іноземний член РАН, член-кореспондент
Міжнародної академії порівняльного права,
Президент Української асоціації
порівняльного правознавства

МІСІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

1. Великий французький компаративіст Рене Давид писав, що причинами міжнародної напруженості часто є незнання і нерозуміння чужого досвіду, в тому числі правового, ізоляціонізм і відчуття вищості. Порівняльне правознавство спрямоване, в тому числі, на подолання цих негативних явищ, які заважають взаєморозумінню різних народів. Теоретичні та філософські дисципліни в суспільних науках століттями формувалися насамперед представниками найрозвиненіших націй Заходу, засновувалися майже виключно на досвіді цих націй і відображали шовіністичне бачення світу, в якому не було адекватного і рівного місця для чужого правового досвіду. Завдяки імперському розподілу світу та домінуванню певних народів їх моделі проголошувалися єдино правильними та були поширені на більшу частину Землі, а конструкції юридичної науки стали, з одного боку, відображенням, а з іншого – активним учасником політичного та культурного підкорення одних народів іншими.

Порівняльне правознавство не применшує і не заперечує здобутки інших юридичних дисциплін, але саме воно, на мою думку, у співдії з останніми покликане стати сучасним продуцентом основних концептів і термінів юридичних наук. Замість однозначного універсалізму, виплеканого цими науками протягом багатьох століть, воно несе в собі ідею плюральності світу, традицій і досвіду, виваженого, нетелеологічного відношення до процесів конвергенції та дивергенції. А разом з цим – ідею відмови від нав'язування права, творчого сприйняття скарбниці світового правового досвіду,

поваги до чужих правових моделей як культури і стилю життя різних народів.

2. Юриспруденція – особлива сфера діяльності й, відповідно, підготовки фахівців. Майбутніх юристів готують до роботи насамперед з національним правом, незначною мірою також з міжнародним – універсальним та регіональним правом. Тому диплом про вищу юридичну освіту на практиці складно конвертувати: саме по собі знання українського права не дає повноцінної можливості працювати, скажімо, в російських, шведських умовах, у транснаціональних корпораціях. Окрім того, в сучасних умовах цього вже недостатньо для повноцінної роботи навіть в українських умовах. Адже джерелом українського права став цілий масив актів міжнародного та європейського права, у судах розглядаються справи з іноземним елементом, сучасна нормотворчість передбачає систематичне здійснення порівняльно-правових досліджень та ін. Таким чином, слід говорити про необхідність певної компаративізації юридичної освіти – елементами підготовки сучасного юриста мають стати знання окрім національного права також міжнародного, європейського права, порівняльного правознавства. І, звичайно, грунтовні знання іноземних мов, передусім англійської.

Випускна спеціалізація з порівняльного правознавства в українських університетах можлива і необхідна. В окремих університетах пострадянських країн вона вже існує. Її особливими елементами має стати детальне вивчення: 1) загального порівняльного правознавства – як методології розуміння світового правового розвитку; закономірностей формування і трансформації правової карти світу; впливу культури, релігії, етичних систем на право; форм взаємодії однорівневих і різнорівневих правових систем; 2) міжнародного публічного та приватного права; 3) права країн певного регіону; 4) англійської мови та мови регіонального значення – наприклад, іспанської або китайської тощо.

Фахівці з порівняльного правознавства зможуть ефективно представляти інтереси України, українських компаній та громадян у зарубіжних країнах та міжнародних організаціях, допоможуть підняти на новий рівень нашу нормотворчість, зок-

рема законотворчість, будуть незамінними при розгляді цілих категорій справ у судах, розвиватимуть науку і викладання. Окрім того, конвертованість їх знань дасть змогу їм будувати свою фахову кар'єру незалежно від державних кордонів – бути потрібними не лише в Україні, а й за кордоном.

3. Засновником і промотором розвитку порівняльно-правових досліджень в нашому Інституті став академік Володимир Михайлович Корецький – людина, яка мислила масштабно і цілісно, розуміла, що у наукових дослідженнях не може бути кордонів. І, звичайно, важливо, що його ініціативи збіглися з формуванням практичних потреб Української РСР, яка, починаючи з 1944 р., набула певну, хоча й обмежену, міжнародну правосуб'єктність і гостро потребувала відповідних фахівців і проведення систематичних порівняльно-правових досліджень.

Сучасна ж школа порівняльного правознавства в Інституті держави і права розвивається скоріше всупереч численним несприятливим обставинам, серед яких є як загальні – недофінансування науки, неможливість розширення кадрового складу НАН; так і особливі й прикрі обставини – держава практично не замовляє порівняльно-правові дослідження, не піднімається до усвідомлення необхідності їх фінансувати. Проте сучасна українська школа порівняльного правознавства – це потужний феномен, який позитивно впливає навіть на розвиток відповідних шкіл у сусідніх державах.

Завданням академічної установи в цьому напрямі є насамперед розвиток загальної частини порівняльного правознавства, засад розвитку галузевих порівняльно-правових дисциплін, методик практичного використання та викладання порівняльного правознавства, координація наукових досліджень на всеукраїнському рівні.

4. Становленню порівняльного правознавства як спеціальності для захисту кандидатських і докторських дисертацій в Україні заважає насамперед консерватизм, інерція мислення вчених. Порівняльне правознавство не викладалося в радянських університетах аж до кінця 80-х років, порівняльно-правові дослідження залишалися на маргінесі й перебували під пиль-

ним наглядом. Тому й досі за інерцією частиною вчених підтримується штучна дискусія щодо дисциплінарного статусу порівняльного правознавства, воно сприймається як щось додаткове й малопотрібне. Дивно, що досі доводиться спостерігати цю дискусію. Адже порівняльне правознавство було визнане самостійною науковою юридичною дисципліною в системі організацій ООН – за ініціативи й активної участі провідних юристів практично всіх країн світу.

Дисциплінарний статус порівняльного правознавства у світі не визнається лише частиною англо-американських юристів. Але вони загалом не визнають поділу юридичної науки на окремі наукові дисципліни – окрім таких, що відповідають сферам юридичної практики. І при цьому системно розвивають теоретико-методологічні засади порівняльного правознавства!

А от інший чинник в українській юриспруденції є потужнішим – це егоїзм представників юридичних наук, які вважаються визнаними. Адже деякі з них штучно „вирвали шматки" з порівняльного правознавства, намагаються їх втримати і посилити таким чином свої наукові дисципліни. А в результаті страждає власне наука – значна частина проблематики порівняльного правознавства практично не розробляється або розвивається однобоко, обмежуючись підходами та завданнями інших наукових дисциплін, в'яло формуються загальні засади галузевих порівняльно-правових дисциплін.

І щодо цих останніх – представники галузевих юридичних наук побоюються, що всі дослідження зарубіжного права може бути віднесено до спеціальності „порівняльне правознавство". Але цього ніхто не пропонує робити. До спеціальності „порівняльне правознавство" має увійти загальна і спеціальна частини цієї дисципліни – теорія, філософія, методологія, історія порівняльного правознавства, правова карта світу, взаємодія правових систем між собою та з неправовими контекстами (практичні аспекти взаємодії права з релігійними нормами, елементами культури та ін.). Для галузевих порівняльно-правових дисциплін ця спеціальність стане донором конструкцій, концепцій, термінології, але їх не поглине.

Загалом зайве навіть говорити про очевидне – про значний позитивний ефект від потенційного запровадження нової спеціальності для захисту кандидатських та докторських дисертацій «порівняльне правознавство».

5. Елементи порівняльно-правової експертизи законопроектів існують у багатьох країнах світу, а формуватися вони почали ще у XIX ст. У одних країнах елементи такої експертизи регламентовані, в інших – укорінилися як традиція. Наприклад, у Парламенті Франції таку експертизу здійснює Комітет зарубіжного законодавства, який існує з 1870-х років. А у США цим системно займається юридичний департамент Бібліотеки Конгресу.

Така експертиза особливо актуальна для пострадянської України, яка продовжує докорінно реформувати цілі галузі права і законодавства. Адже звернення певних політиків до зарубіжного досвіду, з якого заангажовано, а часто й своєкорисно висмикуються ті чи інші моделі правових інститутів, ніколи не зможе замінити системного пошуку можливих моделей, аналізу їх прийнятності та потенційної ефективності. Такою могла би бути порівняльно-правова експертиза – принаймні на законотворчому рівні.

Недосконалий і непослідовний досвід експертизи українських нормативно-правових актів на відповідність актам права ЄС при цьому не має відкидатися, має бути використаний як модель, яку треба переосмислити і вдосконалити.

У праві немає або практично немає місця для експериментів – за кожним рішенням, спрямованим на створення або реалізацію права, стоять долі та інтереси громадян, економіки, держави. Тому право має бути максимально досконалим і системним. Замість експерименту можна використати порівняльно-правові дослідження, які вкажуть можливі варіанти рішень, застережуть від прийняття застарілих або неефективних у наших умовах рішень. Правова система не має бути іграшкою в руках політиків і навіть самих юристів, її формування має бути послідовним і виваженим, враховувати і поєднувати національну унікальність, регіональну специфіку, загальносвітові тенденції. Сприяти цьому – місія порівняльного правознавства.

СКАКУН Ольга Федоровна,
доктор юридических наук, профессор,
академик НАПрН Украины, заслуженный юрист Украины,
заведующая кафедрой правового регулирования экономики
Крымского экономического института
Киевского национального экономического
университета имени Вадима Гетмана

«ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА» И «СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ»: СХОДСТВО И РАЗЛИЧИЕ СМЕЖНЫХ НАУЧНЫХ ДИСЦИПЛИН

На данном этапе развития сравнительного правоведения, может быть, самой актуальной методологической проблемой является «самопонимание» и «самоопределение» его как автономной научной и учебной дисциплины, то есть обращение к «внутренней» ситуации – методологической самооценке и собственным основаниям. Сегодня все острее ощущается потребность в знаниях о том, каким требованиям должно удовлетворять общее сравнительное правоведение, чтобы при наличии сходства с общей теорией права и государства иметь основания для признания относительно самостоятельной дисциплиной. Данное выступление являются очередной попыткой осмыслить вопросы о том, как оценивать общее сравнительное правоведение (а не отраслевых сравнительно-правовых наук) в контексте соотношения с общей теорией права и государства, каково его будущее, место и роль в системе юридических наук.

Сразу же отметим, что общая теория права и государства, во взаимосвязи с которой находится общее сравнительное правоведение, переживает определенные трансформации: расширяется ее предмет – составными частями признаются догма права, философия права, социология права (как минимум); широко используется разнообразие методологий; обновляется понятийно-категориальный аппарат. Вследствие указанной трансформации в учебной литературе [1, 17; 2] и научных статьях [3, 39–40; 4, 36–37] ученые неоднократно высказывались в пользу обновления названия дисциплины «общая теория права и госу-

дарства», замены его на более интегрированное – «общетеоретическая юриспруденция». Кроме того, арсенал названий этой дисциплины пополняется и аналогичными: «общетеоретическое правоведение», «общая юриспруденция», «общетеоретическая юридическая наука». Такое предложение заслуживает всестороннего обсуждения сообществом юристов и одновременно актуализирует вопрос о том, где место общего сравнительного правоведения – в составе общетеоретической юриспруденции как ее непосредственной составной части или как дисциплины, сопредельной с ней.

Ведь истоки общего сравнительного правоведения находятся в теории права и государства: вначале оно сложилось как самостоятельная подотрасль (теория правовых систем) этой дисциплины с целью изучения особенностей функционирования права у разных народов мира. Поэтому не удивительно, что совсем недавно основные типы (семьи) правовых систем мира в кратком виде освещались в учебниках по теории государства и права, прежде чем были представлены совокупно в более обстоятельном изложении в самостоятельном учебном курсе «сравнительное правоведение».

Обращаясь к вопросу о сходстве и различии теории права и государства и сравнительного правоведения, необходимо отметить, что разными являются истоки их формирования как дисциплин, предметы и цели их познания. Восходя корнями к римскому праву, «теория права» в правовых системах романо-германской семьи (она же «общая юриспруденция» в правовых системах англо-американского типа) развилась как общее учение о праве, которое охватывало все содержание правоведения в единстве и системе путем извлечения общих начал из материала специальных юридических наук и изучения основных понятий положительного права. Сравнительное правоведение имело иной путь становления. Здесь превалировал интерес к иностранному правовому элементу, его познанию через сравнение с национальным.

Имея один и тот же объект познания – правовую реальность (государство познается в ракурсе его взаимодействия с правом) разных стран мира, эти дисциплины исследуют конкретную сущность такой реальности, создают определенными исследовательскими средствами ее теоретические модели, то есть формируют собственный предмет познания.

Теория права и государства изучает правовую реальность, взятую глобально, определяет главные, стержневые оси правовых систем мира – право и государство как *общую целостность*, а не как совокупность. Поэтому вряд ли правильно считать объектами теории права и государства множество индивидуальных правовых систем и конкретных государств, существующих в настоящем и в прошлом [5, 88]. Такое множество правовых систем мира скорее является объектами изучения общего сравнительного правоведения, где пространство права (правовой системы) обусловливает его (права) специфическое формирование. При этом сравнительное правоведение ориентировано на познание *совокупности* правовых систем соответственно их типологической классификации.

Если в теории права и государства теоретической моделью реальности выступают (в высшей степени) абстрагированные правовые явления и процессы, выраженные в понятиях и категориях при опоре, как правило, на национальный материал, то в сравнительном правоведении при изучении типов (семей) правовых систем (*макроуровень сравнения*) используются иного уровня абстракции – определение сущностных качеств правовых систем, установление и обоснование критериев объединения в один тип (семью), выявление закономерностей возникновения и эволюции – без детализации правовых систем, образующих тот или иной тип (семью). Что касается компонентов и элементов правовой системы – отраслей, институтов, норм права, форм (источников) права, правосознания и других (*микроуровень сравнения*), то они познаются путем сопоставляемой конкретизации.

В сравнительном правоведении задействован материал, как правило, иностранный, хотя при использовании одних и тех же явлений и процессов может привлекаться и национальный материал. Если в теории права и государства использование иностранного материала свидетельствует о высоком уровне обобщений, особенно при создании понятийно-категориального аппарата, то в сравнительном правоведении изучение иностранного материала служит его основной задачей, выполняемой, однако, без углубления в правовую природу всех понятий и категорий.

Краткая характеристика основных типов (семей) правовых систем мира, которая ныне предлагается в учебниках по теории права и государства, имеет цель прикладную – иллюстрировать

теоретическое понятие «правовая система», создать его объемное представление. Целенаправленность сравнительного правоведения – создать образы конкретных правовых систем на планете в их пространственно-темпоральных измерениях путем выявления общих, особенных и единичных свойств. Общие свойства правовых систем, взятые в совокупности закономерностей их многовариантного бытия, дают возможность (руководствуясь сравнительно-типологическим подходом [6, 11–23]) свести реальные однотипные правовые системы к обобщающей правовой модели. А особенные и единичные свойства подчеркивают, что между правовыми системами существуют общность, сходство, синхронные и диахронные связи, взаимозависимость (особенно в условиях происходящей глобализации), но не единство – они относительно обособлены друг от друга и неповторимы.

Итак, сравнительное правоведение – не составная часть общей теории права и государства. Эта дисциплина имеет собственный предмет, свои стратегические цели, свой методологический инструментарий (определяющий сравнительно-типологический подход, систему методов и принципов), что позволяет развивать ее как относительно самостоятельную отрасль юридической науки, но сопредельную с общей теорией права и государства. Представляется логичным в классификации юридических наук дополнить сравнительным правоведением специальность 12 00 01 таким образом: теория и история государства и права, история политических и правовых учений; сравнительное правоведение.

---

1. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс). – Х.: Эспада, 2007. – 840 с.

2. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова. – О.: Феникс, 2011. – 436 с.

3. Козюбра М. Переосмислення предметного поля вітчизняної загальнотеоретичної юриспруденції як одна з умов її включення в євроінтеграційні процеси в галузі науки і освіти // Про українське право. – Число IV. – К.: Грамота, 2009.

4. Козюбра М. Загальнотеоретичне правознавство: стан та перспективи // Право України. – 2010. – № 1.

5. Протасов В.Н. Некоторые вопросы правовой метатеории // Государство и право. – 2009. – № 11.

6. Мартиненко П.Ф. Порівняльне правознавство: онтологічний статус / Порівняльно-правововi дослідження. – 2010. – № 1.

ТИХОМИРОВ Олександр Деонисович,
доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ФІЛОСОФСЬКИХ ТА ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД СУЧАСНИХ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

1. Сучасні соціально-гуманитарні науки знаходяться в стані пошуків нових підходів до досліджень реалій сьогодення, серед яких відмічається не тільки поновлення інтересу до порівняльного методу, але й виявляється тенденція до іншого розуміння порівняльних досліджень і відповідних наук, а саме їхньому переростанню в компаративістику – галузь міждисциплінарних компаративних досліджень, що вимагає їх філософського, наукознавчого та теоретичного осмислення. Безпосередньо для порівняльного правознавства як такого та порівняльно-правових досліджень, що здійснюються в межах інших юридичних наукових дисциплін, зазначене має значення ще й тому, що їх ґенеза та сучасний стан розуміння свідчать про плюралізм в позиціях вчених щодо їх поняття, структури та інших характеристик. Ці розходження обумовлені особливостями концептуалізацій порівняльного правознавства, вибір і конструювання яких багато в чому залежні від розуміння природи і призначення науки, вихідних філософських підходів, наукознавчих теоретичних моделей, а також поглядів того або іншого дослідника, його світогляду та інших підстав.

2. Складність визначення світоглядних, філософських, наукознавчих та філософсько-правових засад сучасних порівняльно-правових досліджень пов'язана й з тим, що світогляд та філософія є за своєю природою плюралістичними, змінюваними у часі і просторі, залежними від тієї чи іншої культурної традиції тощо. Настільки ж багатоманітним є й бачення філософами перспектив розвитку філософії в XX сторіччі: орієнтація на розв'язання актуальних проблем її сучасного стану й можливого майбутнього шляхом зближення, але не ототожнення філософії й інших форм світогляду; інтеграція філософських позицій;

створення метафілософії; визнання необхідності порівняльної (компаративістської) філософії. Звідси, важливою рисою філософії XX–XXI ст. є послаблення позицій універсалістського розуміння філософії і посилення «плюралізму» філософських шкіл, течій, систем і більше чітке його усвідомлення як відмінної властивості сучасного філософського розвитку.

Аналогічне становище й в сучасному наукознавстві, де вихід із кризового стану науки бачиться не в полі формування нової методологічної парадигми – синергизму, а в проникненні західної за своїми культурно-історичними засадами науки в інше соціально-культурне середовище – східне, латиноамериканське, азіатське, де наука перероджується, зовні зберігаючи образ західної науки, але внутрішньо, будучи асимільованою іншою культурою, набуває нового змісту, а використання компаративного аналізу дозволить забезпечити проблемну взаємодію науки і життєвого світу, поєднати науку з людськими інтересами і цінностями, повернути науці історичну і культурну реальність її буття, змінюючи тим самим її самосвідомість. В контексті зазначеного вище, і не тільки, слід зазначити, що наприкінці XX – початку XXI ст.ст. відбуваються фундаментальні зміни у пізнанні світу, зокрема, правового світу, визначенні перспектив його розвитку, визнання як обмеженості універсальних моделей, західної традиції бачення світу, так й, у свою чергу заперечення абсолютності плюралізму, орієнтація на їх гармонізацію та оптимізацію, своєрідність виявлення на різних рівнях та в різних формах осмислення та ставлення до світу.

3. Зміна світоглядних, філософських та наукознавчих засад порівняльно-правових досліджень виявляється й в ґенезі останніх. Докласичний етап порівняльного правознавства охоплює період від перших спроб використання порівняльного методу стосовно до політико-правової реальності до орієнтовно 1900 року й I Міжнародного конгресу порівняльного права, якому притаманно виникнення порівняльного методу, порівняльно-правових знань, що мали переважно емпіричну (практичну) природу й значення; спроби їхнього теоретичного впорядкування й осмислення, але які мали епізодичний і неюридичний характер. Класичний етап історії порівняльного правознавства (кінець XIX – середина XX ст.ст.), якому властиво його розумін-

ня як сукупності наукових знань, виключення суб'єктивності порівняльно-правових досліджень, прагнення до об'єктивно-істинних результатів порівняння, домінування об'єктного стилю мислення, наявність дуалізму розуміння порівняльного права як науки й методу й т.д. Некласичний етап - це заперечення й критика абсолютизації об'єктивізму класичного періоду, визнання залежності знань про об'єкти порівняння від характеристик пізнавальної діяльності компаративістів, орієнтація не на наукові знання, а на порівняльно-правовий метод, наукову діяльність і т.д. Постнекласичний період відрізняється від некласичного визнанням значення в науковій діяльності й науковому знанні ціннісно-цільових структур компаративіста як суб'єкта пізнання, його ідентифікації з певним соціально-культурним оточенням, розширення предмета порівнянь до країн усього світу. Домінуючою стає сінергетична парадигма нелінійного й імовірнісного розвитку світу, самоорганізації й відкритості соціально-правових і гносеологічних систем і т.д.

4. Сучасні теоретичні засади порівняльно-правових досліджень характеризуються різноманітністю методологічних підходів і теорій розуміння права, причому різного ступеня філософського осмислення, науковості й теоретичній розробленості. Спільне в думках юристів проглядається лише в тому, що юридична наука покликана дати нове пояснення правової реальності, але це здійснюється різними шляхами й на різних філософських, теоретичних і методологічних засадах. Звертає на себе увагу й інше, а саме те, що більшість викладених у юридичній літературі концепцій або теорій права запропоновано представниками переважно європейської цивілізації, відображають різні шляхи «реанімації» у сучасних умовах ідеї універсальності права як найбільш ефективного регулятора суспільних відносин. Проте прагнення подолати абсолютизацію ідеї універсальності права властиво, у певній мірі, концепціям правового плюралізму, що розробляються в правовій антропології, але ще більше тим поглядам, які фіксують неуніверсальність права, наявність інших притаманних кожній цивілізації домінуючих і не менш ефективних ніж право регуляторів.

Нерозв'язність проблеми праворозуміння в минулому й сучасності у форматах його існуючих напрямів, орієнтує на по-

шук інших у більш широких світоглядному й соціально-культурному контекстах, зокрема, в площині компаративного сприйняття світу, яке базується на розмаїтості правових та інших соціорегулятивних реальностей різних країн і континентів, становлення загального в результаті їхньої взаємодії, діалогу, полілогу, поліфонії, а не по заздалегідь установленим кимось ідеалам і нормам. Кожна країна, нації, цивілізація вступає в полілог «як вона є», у всьому своєму різноманітті, неповторності й унікальності, як рівна будь-якій іншій країні чи цивілізації, без оцінки її іншими як «нецивілізованої», «що модернізується по західному зразку».

КРЕСІН Олексій Веніамінович,
кандидат юридичних наук, доцент, член-кореспондент
Міжнародної академії порівняльного права,
завідувач Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
вчений секретар Української асоціації
порівняльного правознавства

ВИНИКНЕННЯ ТА РАННЯ ІСТОРІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Порівняльно-правові дослідження почали розвиватися ще в часи Античності. Але *до XIX ст. порівняльного правознавства як науки не існувало.* Період до XIX ст. характеризується такими особливостями: 1) безсистемність, фрагментарність досліджень, які були справою окремих нечисленних науковців; 2) відсутність певної і послідовно застосовуваної методології досліджень; 3) панування природно-правового напряму юридичної думки, логіко-спекулятивного вивчення права; 4) несформованість об'єктів порівняння – національних правових систем; натомість порівняння здійснювалося між наднаціональними та партикулярними правовими масивами, які одночасно застосовувалися у фрагментованому праві певного регіону, – так зване «внутрішнє порівняльне право».

Найважливішим провісником формування науки порівняльного правознавства був французький мислитель XVIII ст.

Ш.Л. Монтеск'є, автор праці «Про дух законів» (1748 р.). У цій праці він розглядав насамперед питання про різноманітність у праві різних країн і в межах однієї країни та причини цього явища.

На нашу ж думку, основним внеском Монтеск'є у створення основ для розвитку порівняльного правознавства можна вважати *обґрунтування невипадковості й навіть природності правового різноманіття*, а також неоднорідності природи речей та Божої волі для різних народів. Таким чином знімалася характерна для попереднього періоду розвитку правової думки опозиція між єдиним для всіх природним правом як втіленням Божої волі чи наслідком загальної й єдиної природи речей, та більшою чи меншою мірою випадковим різноманіттям позитивних прав, спричиненим людськими пристрастями і спокусами, недосконалістю людського розуму, нездатного осягнути Божу волю та / чи логіку природної світобудови.

Отже, на думку Монтеск'є, Бог створив природу різноманітною, таким же різноманітним є господарство народів, тому однакового природного права для всіх немає, для кожного народу воно особливе. Та навіть таке індивідуалізоване природне право є лише основою правового розвитку і не може бути безпосередньо трансформоване в позитивне право, вони ніколи не стануть тотожними. Більше того, розвиток людських суспільств спричинив появу сфер правововідносин, які не можуть регулюватися природним правом. Таким чином, багатоманітне *природне право, хоча й залишається орієнтиром для позитивного права, але не є зразком для копіювання*. Визнається особлива логіка розвитку людських суспільств, які є творінням людського розуму, і автономія людської волі.

Згідно з Монтеск'є основними чинниками, які впливають на розвиток позитивного права різних народів, є природно-географічні умови та економічно-господарський уклад. Їх розуміння і втілення у формі права є продуктом свідомої та підсвідомої творчості людини і суспільства. Ці чинники визначають дух народу, який формує і зберігає дух національного законодавства. В розумінні Монтеск'є дух народу близький до сучасного уявлення про психологію народу – його ментальність та свідомість.

Монтеск'є заявив про позитивне право народу (в сучасному розумінні – національне право) як про самостійний об'єкт дослі-

дження, а предметом дослідження при цьому стає насамперед не відповідність цього об'єкта природному чи Божественному праву, а його особливості порівняно з правом іншого народу. На основі порівняльного дослідження позитивного права Монтеск'є вважав за можливе визначити як загальнолюдські, так і особливі (у певних регіонах і груп народів), а також окремі (на рівні права народу) характеристики правового розвитку. Таким чином, *Монтеск'є заклав основи формування порівняльно-типологічного методологічного підходу як інструмента одержання знання про право*.

Порівняльне правознавство не є відгалуженням однієї з юридичних наук, його поява стала результатом диференціації та концептуалізації останніх наприкінці XVIII – на початку XIX ст. Сутнісним критерієм появи науки порівняльного правознавства є *визрівання порівняльно-типологічного підходу до пізнання правової дійсності, а також вирізнення предмета дослідження*. Особливим предметом порівняльного правознавства є: спільне і особливе у розвитку правових систем у глобальному та регіональному вимірах; форми, методи та результати взаємодії однопорядкових і різнопорядкових правових систем; порівняльне пізнання національного права; порівняльно-правова методологія та ін. Водночас частина предметної сфери порівняльного правознавства накладається на сферу інших юридичних наук. Але, як доводять учені, визначальним для виявлення «категоріальної приналежності науки в загальній системі науково-правового знання» є методологічний підхід (П. Мартиненко). Таким для порівняльного правознавства є порівняльно-типологічний підхід, так само як теоретичний підхід – для теоретико-правових наук, а генетичний підхід – для історико-правових наук.

Першим, хто свідомо почав закладати ідейні основи порівняльного правознавства, можна вважати німецького вченого Ансельма фон Фейєрбаха, автора праці «Погляд на німецьку правову науку» (1810 р.) та ін. Новим і принципово важливим у ідейній спадщині Фейєрбаха стало те, що він виразно заперечував дисциплінарну самостійність та евристичність вчення про природне право, а також домінування філософського підходу. Натомість він стверджував первинність і об'єктивність позитивного права, для якого природне право є не еталоном, а лише

метатеорією, частиною філософії права. Філософія права на основі емпіричного матеріалу – узагальнення правового досвіду різних народів – конструює загальні орієнтири для розвитку позитивного права.

Так само принципово важливим є ствердження Фейєрбахом об'єктивності, невипадковості, нездоланності відмінностей між правом різних народів та правового різноманіття. Тому філософія права не може успадкувати від вчення про природне право претензію на досягнення всесвітньої єдності правового розвитку і має, визначаючи спільне у ньому, з такою ж увагою вивчати індивідуальне.

Вона має спиратися на вивчення позитивного права, але їх взаємозв'язок є складним. Існуюче позитивне правознавство цікавиться виключно національним правом і практично не виходить за його межі. Ця протилежність природному праву є такою ж хибною. Знання про право однієї держави у баченні Фейєрбаха не є наукою, тому що право держави / народу не є самостійним феноменом, розвивається у зв'язку з правом інших держав / народів. Натомість завданням правознавства як науки є опис та історія всіх правових систем.

У праці «Погляд на німецьке правознавство» (1810 р.) Фейєрбах безпосередньо з потреби у пізнанні зарубіжного права та порівняльного пізнання національного права виводив нову юридичну дисципліну – порівняльне правознавство («порівняльна правова наука»). Об'єктом її мало стати право усіх країн та народів, що мало досліджуватися у порівнянні. Її предметом є пізнання спільного та особливого у розвитку правових систем, а також забезпечення розвитку національного права шляхом його взаємодії із зарубіжними правовими системами, в тому числі шляхом запозичення правових елементів. Окрім того, Фейєрбах у цій праці порушив питання про ціннісний потенціал порівняльно-правових досліджень: вони здатні сприяти «створенню загальної спільноти ідей та діянь».

У пізнішій праці «Ідея та необхідність універсальної юриспруденції» Фейєрбах зазначав, що в основі правознавства лежать право-країнознавчі дисципліни («національні правознавства»), покликані пізнавати дух права окремих народів та вдосконалювати окремі системи права. На основі поєднання та

співставлення даних цих дисциплін формується загальне правознавство як наука про право країн світу. На основі даних загального правознавства формується порівняльне правознавство як наука про закономірності розвитку права та причини відмінностей в праві. У свою чергу, порівняльне правознавство створює наукові засади для «національних правознавств», перетворюючи знання в їх межах із сукупності на систему.

Але на тій же основі – загального правознавства – формується філософія права (Фейєрбах називав її також наукою про правову мудрість чи правовою політикою), завданням якої, очевидно, є пізнання сутності (сутнісної єдності) права. Зв'язок між порівняльним правознавством та філософією права Фейєрбахом бачився горизонтальним – як наук, що мають спільний об'єкт, але різні предмети та в основі яких – різні методологічні підходи до пізнання права.

Отже, *праці Фейєрбаха мають особливе значення як такі, в яких вперше було свідомо закладено теоретико-методологічні основи порівняльного правознавства*.

Перший період розвитку порівняльного правознавства тривав з 1810 по 1860-ті рр. Ідейним змістом цього періоду став розвиток методологічних підходів та полеміка між історичною та історико-філософськими (гегельянською та неокантіанською) школами порівняльного правознавства. Іншим проявом розвитку порівняльного правознавства у цей період стали позитивістські за характером компаративістські дослідження першої половини XIX ст. (К.Й. Міттермайєра, Г.А. Цахаріє, Ж.Л.Е. Лерміньє, Ж.Ж. Г. Фелікса та науковців, що входили до їх кола), перші прояви інституціоналізації порівняльного правознавства в цей час – поява перших спеціалізованих кафедр та журналів. На становлення порівняльного правознавства в цей час вплинули й інші, ненаукові за своїм характером чинники, такі, як криза революційного руху в Європі та завершення в результаті кодифікації права оформлення низки національних правових систем.

Серед характерних для цього періоду особливостей порівняльного правознавства науковці відзначають: 1) переміщення уваги вчених з внутрішнього на зовнішнє порівняння з метою пошуку вдалих правових рішень різних проблем; 2) здійснення порівняння насамперед між правовими системами континента-

льної Європи; 3) лідерство у компаративістських дослідженнях німецьких науковців; 4) створення спеціалізованих журналів та кафедр. Найбільш точно сутність періоду, який тривав з початку до 60-х років XIX ст., визначив Р.Б. Шлезінгер: порівняльне правознавство стало спеціалізованою сферою юридичних досліджень. Водночас, з точки зору становлення окремої юридичної дисципліни, цей період, слідом за В. Хугом, варто визнати «ембріональним».

Історико-філософські школи

Природно-правовий підхід до розуміння права, філософсько-правовий підхід І. Канта науковці-юристи першої половини XIX ст. у різних варіаціях поєднували з більш емпіричними ідеями права Гердера, Гуго, Гегеля, Фейєрбаха. Прикладом може слугувати гейдельберзька філософсько-правова школа. Представники цієї школи, зокрема, Тибо, Ганс, Цахаріє, Міттермайєр, відстоювали необхідність правових реформ у Німеччині шляхом запозичення досвіду французької кодифікації права, перебували під впливом французької та американської правової думки. На їх думку, еволюція права є загальносвітовим процесом, який розвивається згідно із загальним прогресом людської думки в напрямі до максимального наближення до вищого розумного права. Отже, перенесення на німецький грунт більш розвинених норм та доктрини зарубіжного права, з необхідним пристосуванням до місцевих умов, здатне сприяти національному правовому прогресу.

Представники цієї школи вважали, що на основі порівняльних історико-правових досліджень можна виявити етапи розвитку всесвітнього розуму. Отже, право розвивається стадіально і в контексті всесвітнього інтелектуального розвитку. Окрім того, для представників історико-філософської школи порівняльні дослідження стали також інструментом удосконалення чинного права шляхом його критичного переосмислення та запозичення зарубіжного досвіду.

Серед досліджень представників цієї школи слід виділити вже згадані праці А. фон Фейєрбаха, а також А.Ф.Ю. Тібо, насамперед «Необхідність загального цивільного права для Німеччини» 1814 р., Е. Ганса, зокрема «Право на спадкування у всесвітньо-історичному розвитку. Дослідження з всесвітньої історії права» у 4 томах 1824–1835 рр., К.Й.А. Міттермайєра, зокрема

«Кримінальне законодавство в його розвитку…» у 2 томах 1841–1843 рр. та ін. Одними з перших українських науковців – представників історико-філософської школи в порівняльному правознавстві стали П. Лодій, автор праці «Теорія загальних прав» (1828), та С. Орнатський, який, зокрема, у 1836 р. написав працю «Про відношення між загальним та особливим у законодавстві та законознавстві».

Історична школа права

Відправною точкою формування історичної школи права можуть вважатися ідеї Г. Гуго, висловлені у його «Підручнику природного права, як філософії позитивного права» вперше виданому в 1789 р. Критикуючи теорію природного права, Гуго вказував, що право є не здійсненням ідеї справедливості, а виключно засобом уникнення безпорядку; норми права майже завжди добрі в тому вигляді, в якому вони існують. Жодна людина і жодний народ не можуть претендувати на те, щоби примусити інших, проти їх волі, до єдиного юридичного стану.

Гуго проголосив ідею саморозвитку права: позитивне право кожного народу розвивається у зв'язку з його мовою і змінюється саме по собі, як і мова. Юридичний побут визначається зовнішніми умовами, унікальними в кожного народу. П. Новгородцев, аналізуючи праці Гуго, відзначав: «він вніс до науки ідею самобутнього розвитку права, повагу до звичаєвого права та до історичного минулого».

Гуго розробив ідею «різноманітності позитивного права», пізнання позитивного права як відображення досвіду різних народів. Він пропонував «вивчати позитивне право окремих народів, шукати причини і наслідки, порівняти варіанти між собою». Гуго зазначав, що завдяки порівнянню позитивного права можна визначити кращі моделі або варіанти поліпшення певної правової моделі. Природне ж право може бути вивчене лише на основі дослідження кожного позитивного права за допомогою філософії права, політики, «порівняння різних правових систем між собою, яке в сфері приватного права майже не здійснювалося».

Пізніше цю школу в порівняльному правознавстві було представлено працями Ф. К. фон Савіньї, насамперед «Про покликання нашого часу в законодавстві та юридичній науці» 1814 р., а також «Історія римського права у Середні Віки» у

5 томах 1815–1829 рр. Найбільш завершеної форми порівняльно-правовий зміст ідей цієї школи набуває у працях Г. Пухти «Нарис курсу юридичної енциклопедії та методології» 1822, «Звичаєве право» у двох томах 1828–1837 рр. та ін.

Ф. К. фон Савіньї та Г. Пухта проголошували, що право є насамперед продуктом історичного розвитку народу, і значно меншою мірою – втіленням волі законодавця. Право відображає характер певного народу, ступінь його історичного розвитку, природні умови його життя. Національне право є органічним і не може бути кардинально змінене з метою наближення до якогось примарного єдиного для всіх народів абсолюту. Воно, отже, стає самоцінним, окремим і гідним уваги предметом дослідження юриста; відкидається ідея Просвітництва про майбутню всесвітню правову уніфікацію («розумне право»); стає наочною певна «юридична карта світу», де національні правові системи можуть розглядатися як об'єкти наукового порівняння. При цьому право порівнюється сукупно, а особливий акцент робиться на звичаєвому праві. Порівняльне правознавство представниками цього напряму уявлялося насамперед як порівняльна історія права та правова етнологія.

У Східній та Центральній Європі найвпливовішим відгалуженням історичної школи права стала так звана школа слов'янського права. Зокрема, у 1832–1834 рр. була опублікована чотирьохтомна праця польського вченого В. Мацеєвського «Історія слов'янських законодавств», яка дала поштовх дослідженням слов'янського права. В Україні одним з перших представників цього напряму був професор Київського університету М. Іванишев, який мав змогу знайомитися з відповідними ідеями в Німеччині, слухаючи лекції Савіньї, та у Чехії, займаючися історико-правовими дослідженнями під керівництвом Ганки. Праця М. Іванишева «Про плату за вбивство в давньому російському й інших слов'янських законодавствах у порівнянні з германською вірою» (1840) стала чи не першою порівняльно-правовою дисертацією й монографією в Російській імперії.

Саме ж поняття слов'янського права було запроваджено пізніше М. Владимирським-Будановим як правовий масив, що протиставляється «германському праву». М. Загоскін проголосив новий метод юридичних досліджень – «порівняльно-слов'янсь-

кий», а О. Філіппов теоретично обґрунтовував існування слов'янського права як окремої галузі юридичної науки.

Окремі європейські юристи продовжували розвивати ідеї історичної школи права ще у другій половині XIX – на початку XX ст. Проте більш поширеною в цей період була інша думка, висловлена, зокрема, А. Г. Постом: «Та опозиція, яку чинить історична школа порівняльно-етнологічному методу – можна сподіватися – протримається вже недовго. Справа зводиться до того щоби застосувати інший метод там, де історичний нічого не може дати».

Заочний диспут Тібо й Савіньї у 1814 р. (праці згадані вище) є одним з перших прикладів дискусії представників двох шкіл порівняльного правознавства у сфері правової політики, а саме – щодо необхідності кодифікації німецького цивільного права.

Осмислення феномену порівняльного правознавства й розвиток теорії порівняльного правознавства

Вже згадувалося, що першим теоретико-методологічні основи порівняльного правознавства заклав П.Й.А. Фейєрбах. Виклад тез Фейєрбаха щодо необхідності та значення порівняльного правознавства містився у праці доктора права Г.В.Е. Генфе «Щодо вивчення римського права» (1814 р.), опублікованій у Швейцарії. Ідеї Фейєрбаха і Тібо розглянуто у праці датського і німецького вченого Н. Н. Фалька «Загальні думки з питань законодавства та правової науки» (1818), у якій порівняльне правознавство названо перспективною наукою, яка ще перебуває на стадії свого становлення. У статті в «Гейдельберзькому бібліографічному щорічнику» за 1818 р. вже розглядалося питання про джерела і передумови формування науки порівняльного правознавства Фейєрбахом і Тібо. У 1827 р. ідеї Фейєрбаха вперше вводяться в англомовну наукову літературу (стаття в англійському журналі «Юрист»). Наведені приклади дають змогу стверджувати, що компаративістські ідеї Фейєрбаха були широко відомі, використовувалися та аналізувалися в тогочасній Німеччині та інших країнах, значною мірою визначили розвиток теоретико-методологічних засад тогочасних порівняльно-правових досліджень.

На основі розробок історико-філософських та історичної шкіл права низка науковців вже у 1820-х – 1830-х рр. здійснила

нову концептуалізацію порівняльного правознавства. Зокрема. видатний англійський науковець Дж. Остін у своїх лекціях у Лондонському університеті (1827–1832 рр.) зазначав: «розвиненіші та зріліші системи більш цивілізованих суспільств пов'язані численними аналогіями, які можна знайти між усіма суспільствами, а також численними аналогіями, які можна знайти лише між ними. Відповідно, різні принципи, спільні для більш зрілих суспільств, є предметом великої науки, яку, на противагу партикулярному правознавству, з одного боку, та законознавству – з іншого, називають загальним (або порівняльним) правознавством, чи філософією позитивного права».

Як зазначав у 1839 р. віце-президент французької Академії моральних та політичних наук П.Ч.Ф. Дюпін, «…правова наука не може залишатися ізольованою в межах кожної окремої держави. Ми можемо сказати, що відтепер і надалі дослідження порівняльного права покликане сформувати суттєвий та найважливіший елемент науки. Це дослідження розширює та підносить ідею права; воно підносить його з обмеженої сфери приватного та місцевого права і навчає його узагальнювати; тим часом, в деталях, воно вказує недоліки і дефекти та готує реформи». Він також вказував на методологічні вимоги, за умови дотримання яких результати порівняльно-правового аналізу можуть вважатися достовірними, на небезпеки прямого перенесення елементів права з однієї країни в іншу без всебічного порівняльно-правового дослідження, на роль типології правових систем у порівняльному правознавстві.

Одна з ранніх концептуалізацій теоретико-методологічних основ науки порівняльного правознавства представлена у статтях французького науковця Ж.Л.Е. Лерміньє «Викладання порівняльних законодавств» та «Метод історії порівняльних законодавств», опублікованих у 1834 р. У останній з них він зазначав, що порівняльне законодавство є наукою, яка народилася у XIX ст., а також, поряд з порівняльним релігієзнавством, є найактуальнішим напрямом розвитку сучасної європейської думки.

На думку Лерміньє, за допомогою порівняння, яке здійснюється на науковій основі, можна визначити ті елементи в праві, які притаманні всьому людству, й ті, що притаманні окремій країні; існування й взаємодія загального й особливого є

умовою розвитку людства. Тому завданням історії порівняльних законодавств є визначення загального та особливого у розвитку людства, прогресивності тих чи інших елементів права однієї країни щодо іншої, віднайдення закономірностей у розвитку права, формування історичної типології права, прогнозування подальшої його еволюції. Саме такий характер досліджень, наголошував Лерміньє, відрізняє наукове порівняльне законодавство від праць попередньої епохи, зокрема Монтеск'є. Порівняльне законодавство дуже близьке до філософії, адже за його допомогою можна пізнати розвиток людського розуму, раціональне та ідеальне, виявлені в праві.

Безумовно, на цих прикладах можна говорити про нові спроби осмислення порівняльного правознавства: науковці розглядали порівняльне правознавство не як проект на майбутнє, а як реальний, міцно вкорінений феномен – наукову та навчальну дисципліну, сферу практичної діяльності.

Становлення порівняльного правознавства як навчальної дисципліни

Одним з перших на необхідності інтеграції порівняльно-правових підходів при викладанні юридичних дисциплін під впливом ідей Фейєрбаха наголосив німецький вчений Г. Б. Вебер – у праці «Щодо вивчення правознавства і зокрема науки кримінального права» (1825).

Є підстави стверджувати, що, знов-таки, на основі праць Фейєрбаха було сформовано перші курси порівняльного правознавства у німецьких університетах. Зокрема, у 1828–1829 навчальному році в Університеті Галлє професором Блюмом читався курс «Порівняльне правознавство», у Ерлангенському університеті – професором фон Вендтом – курс «Принципи порівняльного правознавства». У 1829–1830 навчальному році професор Блюм в Університеті Галлє читав курс «Філософія права та порівняльне правознавство».

У 1829 р. один з американських науковців, автор анонімної статті, очевидно, вперше вказав на те, що загальне (порівняльне) правознавство має стати університетською навчальною дисципліною в США.

У 1831 р. було засновано кафедру загальної історії та філософії порівняльних законодавств у Коледж де Франс, яку до

1839 р. очолював Ж.Л.Е. Лерміньє. Важливо відзначити, що ця кафедра була хронологічно другою юридичною в Коледж де Франс після кафедри законів природних і людських. За рішенням Національної Асамблеї Франції назву цієї кафедри з 1849 р. змінили на «історії порівняльних законодавств». Лерміньє викладав, зокрема, порівняльну історію права і у 1838 р. підготував «Курс історії порівняльних законодавств» – перший відомий нам підручник порівняльного правознавства.

Також викладання порівняльного правознавства (на основі ідей Фейєрбаха, Тібо, Савіньї) було інтегровано у загальний курс енциклопедії права професором Кільського університету Р. Фальком, а до його підручника «Енциклопедія права для використання у академічних лекціях» (1839) включено окремий розділ «Пізнання зарубіжного права. Порівняльне правознавство».

У 1836 р. було засновано кафедру порівняльного кримінального права в Паризькому університеті, першим професором якої став Ж. Л. Е. Ортолан. У 1839 р. він видав «Курс порівняльного кримінального законодавства. Філософський вступ. Метод та анотація», а у 1841 р. – «Історичний вступ до курсу порівняльного кримінального законодавства», які можуть вважатися одними з перших підручників з галузевих порівняльно-правових дисциплін.

Зазначимо також, що за російським університетським статутом 1804 р. передбачалося утворення у кожному університеті кафедри «права найвидатніших як давніх, так і нових народів». Зокрема, така кафедра була заснована у 1805 р. у найстарішому українському університеті в Російській імперії – Харківському. Її викладачі читали курси, зокрема, із загального державного права, загального публічного права, загального кримінального права, «приватного права франків, германців та англосаксів». Згідно з новим загальноросійським університетським статутом 1835 р. цю кафедру було розформовано й відновлено лише у 1859 р. під назвою «кафедра державного права європейських держав».

Перші порівняльно-правові наукові журнали

Перший відомий нам порівняльно-правовий журнал «Критичний огляд зарубіжної правової науки та законодавства» видавався у Гейдельберзі з 1829 по 1856 рр. У Франції насампе-

ред слід відзначити публікацію, від 1829 р. й донині, журналу, який не був суто порівняльно-правовим, але став трибуною для компаративістів – юристів, політологів, культурологів та ін. – «Журнал двох світів: Збірник політики, управління та нравів». У передмові до першого номеру журналу, зокрема, вказувалася мета видання: «показати як однакові принципи по-різному тлумачаться й застосовуються у Франції та Англії, Бразилії та Німеччині, на берегах Делавару й на березі Південного моря».

У 1834–1843 рр. у Парижі видавався «Журнал зарубіжного та французького законодавства, юриспруденції та політичної економії»; у 1844 р. його назву було змінено на «Журнал французького та зарубіжного права», під нею він публікувався до 1850 р. З 1855 р. й донині у Парижі видається щорічник «Історичний огляд французького та зарубіжного права».

Таким чином, слід відзначити, що у 1820-х – 1830-х роках відбулася перша інституціоналізація порівняльного правознавства – реалізація інтересу до нього як до окремого предмету наукової розробки, викладання та практичної діяльності – у формі створення університетських кафедр і спеціалізованих журналів.

КЕЛЬМАН Михайло Степанович,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ

ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНИЙ ПОРІВНЯЛЬНИЙ МЕТОД: ПІДХІД ДО РОЗУМІННЯ

Важливим елементом обґрунтування актуальності дослідження цього методу є те, що він дає змогу виявити загальне і особливе в історичних явищах, досягнути пізнання різних історичних рівнів одного і того ж явища або двох різних співіснуючих явищ.

Проблеми порівняльних методів у різних аспектах висвітлювалися такими вітчизняними та зарубіжними вченими: Е. Врублевскі, В. Казимирчук, Л. Луць, І. Мішина, Л. Міцкевич, А. Тілле, О. Тихомиров, Р. Циппеліус.

Мета виступу полягає у висвітленні позитивних та негативних властивостей історико-юридичного порівняльного методу.

На відміну від порівняльно-юридичного догматичного методу, історико-юридичний метод оперує взагалі недостатнім матеріалом чужого права. За загальним правилом, історичний матеріал недостатній через найменше його збереження. Це особливо стосується прадавнього та первісного права загалом.

Позитивна сторона цього методу зрозуміла: за допомогою чужого права легко зрозуміти і своє історичне право, в його відмінності та розвитку, ймовірно доповнити й деякі проблеми шляхом реконструкції при недостатності свого історичного права в його пам'ятниках.

Негативна сторона пов'язана з вказаною позитивною. Основна мета порівняльного методу вимагає не лише умови близькості матеріалу по суті, а й обліку часу створення пам'яток права. Погрішності в цьому сенсі й становлять негативну сторону, особливо, під час реконструкції [1, с. 60–66].

Умови застосування методу.

Перша умова правильності застосування історико-юридичного порівняльного методу – порівняння пам'яток, найбільш близьких за часом їх створення.

Друга умова, що дає змогу порівнювати й найбільш роз'єднані в часі пам'ятки, – обмеженість систем і близькість їх вихідних пунктів (начал). Тут уже виявляється й дія методу цілого. Ціле може акцентуватися національною близькістю, загальними історичними долями, економічним побутом тощо. Наприклад, типи економічного устрою – це загальні рамки для історико-юридичного порівняльного методу, своєрідні віхи.

Втім обґрунтування результатів порівняння, обмежене цими віхами, щоразу вимагає поправок унаслідок певної диференціації того чи іншого типу (його види, підвиди) і взагалі через деякі особливості, пов'язані зі своєрідністю, оригінальністю взятого для порівняння матеріалу. Незалежно від цього основне акцентування (в цьому випадку економічне) все ж не виключає цілого. Тому й інші акценти (національні, історичні та культурні загалом) необхідно брати до уваги як додаткові акцентування, органічно пов'язані з економічним побутом. Те саме правило

стосується кожного головного акцентування іншого виду, оскільки акцентування як головне лежить в основі того чи іншого дослідження.

Третя умова правильного застосування зазначеного методу – обережна реконструкція. Як було зазначено, реконструкція передбачає включення в дослідження матеріалу, якого не вистачає, з історії іншого права, для своєрідного заповнення прогалин в історичних джерелах права, що вивчається. У зв'язку з цим, хоча сама по собі реконструкція і є позитивною стороною цього методу, що дає змогу відновити якнайповніше право того чи іншого періоду, але вона ж містить і негативну сторону, як будь-яка реконструкція, що по суті завжди є лише науковою гіпотезою. У цьому велика відмінність юридико-догматичного та юридико-історико-порівняльного методів. У першому немає реконструкції як необхідної умови завершення роботи. Крім того, порівняльний юридико-догматичний метод у своєму цільовому спрямуванні є також методом оцінки, натомість порівняльний історико-юридичний метод, за загальним правилом, несе в собі цільове спрямування до реконструкції. Оскільки ж історично порівнюються колись існуючі догматичні системи, там застосовується, і в площині історичній, лише догматико-юридичний порівняльний метод.

Зрозуміло, що порівняльний історико-догматичний метод передусім вимагає технічно встановлення достовірності порівнюваного матеріалу. Перевірка й оцінка цієї достовірності є настільки суттєвою умовою, що вона стоїть на першому місці, як попередня стадія дослідження.

Умова перевірки достовірності диференціюється залежно від встановлення фальсифікації того, що колись було справжнім. Розкриття цієї фальсифікації і є подальшою умовою застосування цього методу. Фальсифікація зазвичай має свою тенденцію. Розкриття цієї тенденції і становить завдання дослідника, аби таким чином отримати можливість використовувати фальсифікований матеріал як очищений від фальсифікації. Це своєрідне розчищання джерел. «Юридичний скальпель» тут має бути особливо гострим і точним у його застосуванні.

Встановлюючи достовірність, необхідно брати до уваги: а) час переписування джерела, б) термінологію того часу, в) по-

яснюючі вставки, які інколи важко виділити в джерелі, г) нагромадження термінів, ґ) ті чи інші протиріччя, невідповідності тощо, д) можливу неграмотність переписувача, е) помилки і взагалі недогляд під час переписування, є) скорочення тощо.

Особлива умова пов'язана з варіантами джерела. Методологічна складність тут виявляється передусім у складності вибору оригінала. Це особливо стосується історичного правового фольклору. В ньому матеріал багатоманітний у передачі одного й того ж мотиву.

Наступна умова пов'язана зі змістом термінів як правових інститутів. На прикладі римського права в його історичному розвитку термінів можна чітко бачити диференціацію змісту терміна (див. вище манципація). Тому до умови перевірки достовірності джерел додається ще умова встановлення змісту термінів (див. докладніше термінологічний метод).

Основною умовою цього методу є також необхідність його синтезу з іншими методами. Так, окрім зазначеного вище термінологічного методу, надзвичайно важливим є метод еволюційний як узагалі історичний. Історико-еволюційний метод є умовою самої органічності розвитку права, загалом консервативного. Тому в історико-юридичному дослідженні еволюційний метод є необхідним засобом перевірки отриманих результатів.

Такі в загальних рисах основні умови правильності застосування історико-юридичного порівняльного методу. До цього необхідно додати різні технічні засоби, за допомогою яких виявляються й самі історичні джерела. Так, блискучий приклад такої техніки наведено в історії джерел у відкритті інституції Гая, пергамент яких був використаний для написання іншого тексту. Зокрема, в комплікаціях римських джерел класичного права є своя суто технічна методика інтерпеляцій тощо [2, с. 242].

---

1. Малахов В.П., Эриашвили Н.Д. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. – М.: ЮННТИ-ДАНА, Закон и право, 2011. – 431 с.

2. Тищик Б.Й., Орач Є.М. Основи римського приватного права. – Львів: Вид-во ЛьвДУВС, 1994. – 242 с.

МАКАРЕНКО Лариса Олександрівна,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу теорії держави і права
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ПОРІВНЯННЯ ЯК МЕТОД ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИХ ЯВИЩ

Потреба дослідження проблем порівняльного правознавства має багатоаспектний характер. Вона зумовлюється як практичними, так і теоретичними причинами. Теоретичне значення має дослідження методологічного значення порівняльного правознавства та його місця в системі правових категорій наук. Практичний інтерес мають можливості визначення закономірностей розвитку національної правової системи, їх особливих рис та місця в міжнародно-правовому просторі.

Множинність різноманітних за конкретними властивостями елементів, що входять до правової системи, робить її особливо циклічною [6, с. 16]. Саме тому в процесі дослідження правової системи варто вивчати її елементи не окремо один від одного, а порівнювати, тобто одночасно вивчати їх взаємодію у зовнішніх, внутрішніх зв'язках та їх взаємозалежність.

Серед відомих зарубіжних компаративістів, які глибоко дослідили теоретико-правові аспекти порівняльного правознавства, зокрема, при дослідженні правових систем, слід назвати таких, як М. Ансель, Г. Гаттерідж, Р. Давид, Л.-Ж. Константінеско, Х. Кьотц, К. Цвайгерт та ін.

Ще за радянської доби дана проблема була у центрі уваги С. Зівса, А.Х. Саідова, А. Тілле, В. Туманова, М. Файзієва, Г. Швєкова та ін., що залишило цінний науковий матеріал щодо методики порівняльно-правових досліджень, видів порівняння, зв'язку порівняльного правознавства з іншими науками, започаткували аналіз порівняльно-правових досліджень як особливого напрямку радянського правознавства.

В Україні на сучасному етапі даний напрям досліджень ознаменований працями В. Денисова, В. Забігайла, О. Кресіна, П. Мартиненка, Н. Оніщенко, О. Тихомирова, Є. Харитонова та ін.

Однак проблема застосування порівняння в різноманітних юридичних дисциплінах потребує постійного оновлення та удосконалення з урахуванням особливостей конкретних досліджуваних об'єктів.

Будь-яке порівняння є своєрідним комплексним явищем, єдністю трьох складових: 1) логічного способу пізнання; 2) процесу, тобто окремої форми, пізнавальної діяльності; 3) окремого пізнавального результату, знання певного змісту та рівня.

Наукову цінність мають усі складові порівняння, які дозволяють розкрити закономірності розвитку тих чи інших явищ, внутрішньо характерних для них зв'язків та стосунків. Разом з тим, саме по собі порівняння не може відтворити повну картину явищ, що досліджуються, оскільки торкається лише деяких сторін предметів або понять, що порівнюються, абстрагуючи тимчасово та умовно інші сторони [1, с. 40].

Порівняння – це один із основних логічних прийомів пізнання зовнішнього світу, предметів і явищ, що починається з того, що ми їх відрізняємо від усіх інших предметів і встановлюємо їх схожість з родовими предметами [3, с. 169].

Співіснування правових систем визначає актуальність їх співставлення на різних рівнях – починаючи від правових норм, інститутів, галузей, що належать до однієї національної системи, і закінчуючи правовими масивами, які складають певні правові сім'ї.

Неабияке підґрунтя для порівняльного аналізу дають численні і різноманітні народи, держави, що існували у минулому, а також ті, що існують і розвиваються на сучасному етапі. В процесі кодифікацій, рецепції іноземного права, законодавці не могли не враховувати досвіду інших народів, а також історії розвитку власної правової системи задля усунення можливих недоліків у національному законодавстві та його удосконалення. Саме в процесі такої діяльності поставала неабияка потреба в порівняльно-правовому аналізі та отриманні відповідних наукових результатів, які мають також і практико-прикладне значення.

Першим пропагандистом порівняльного правознавства в Росії на рубежі XIX–XX ст. ст. став М. Ковалевський (1851–1916) – визначний історик, правознавець та соціолог. Він наполягав на двох умовах правильного застосування порівняльного методу:

1) порівняння не повинно обмежуватися народами однієї раси або народами, що говорять однією мовою, або що мають одну й ту ж релігію; 2) порівнювати можна тільки такі законодавства або правові системи, які знаходяться на одному рівні суспільного розвитку. Порівняльна історія права, звертаючись до питань політико-правового життя народу ніяким чином не повинна обмежуватися простим зіставленням двох або декількох юридичних систем тільки тому, що вони існують одночасно або в територіальній близькості одна від одної [2, с. 20–35]. Тобто, слід зіставляти не ті явища, які просто співпадають у часі і просторі, а ті з них, які є однотипними по рівню і характеру розвитку.

Особливе значення в науці надається теоретико-методологічній ролі порівняльного правознавства, яка традиційно зводиться до широкого використання порівняльного методу в процесі пізнання правової матерії.

Мова йде вже не про звичайне порівняння, а про порівняльно-правовий метод, який дозволяє виявити загальне й особливе у різних правових сім'ях, встановити особливості їх функціонування та тенденції розвитку. Як пише М. Марченко, не дивлячись на свою відносну самостійність і методологічну значимість, порівняльний метод по відношенню до процесу пізнання (у співставленні і протиставленні) правових систем і правових сімей виступає лише в якості метода порівняльного правознавства [4, с. 63].

Останнім часом в Україні відбувається зростання наукового інтересу до порівняльного правознавства вже не як наукового методу, а самостійної науки. І як констатує О. Скакун, оформлення порівняльного правознавства як самостійної науки вже завершене. До складу цієї науки входять: предмет науки та методологія, система науки, її функції, наукова термінологія і категорії, історія науки, її соціальне призначення [5, с. 558–559].

Застосування ж порівняльно-правового методу передбачає лише виявлення загального, особливого та одиничного у порівнюваних об'єктах, не вдаючись до їх вивчення, що є метою вже порівняльно-правового аналізу як ефективного засобу комплексного дослідження державно-правових проблем та явищ.

Отже, в юридичній науці порівняльне правознавство досі характеризується дискусійністю своєї природи, хоча ця про-

блема не применшує його значної практичної та методологічної ролі.

---

1. Дмитрієв А.І., Шепель А.О. Порівняльне правознавство: навч. посібник / Відп. ред. В.Н. Денисов. – К.: Юстиніан, 2003. – 184 с.

2. Ковалевский М.М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. – М.: Типография Ф.Б. Миллера, 1880. – 72 с.

3. Львова О.Л. Поняття та підходи до порівняльного аналізу державно-правових явищ // Правові системи сучасності: навч. посібник / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. – К.: Юрид. думка, 2012. – С. 168–187.

4. Марченко М.Н. Теоретико-методологическая и практическая значимость сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. – К.: Логос, 2006.

5. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учеб. – Х.: Консум, 2000. – 703 с.

6. Чурсин В.Д. Цикличность в правовой системе. – Ставрополь: Изд-во Ставроп. ун-та, 1998. – 97 с.

VARGA Csaba,
Doctor of Science, associated member
of International Academy of Comparative Law,
Professor Emeritus, Institute for Legal Philosophy of the Catholic
University of Hungary, Resigned Professor Emeritus,
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences

MENTALITY AS A COMPONENT OF LAW IN THE COMPARISON OF LAWS (A CASE-STUDY ON THE ANARCHY ARRIVED AT THROUGH RATIONALITY MAXIMALISATION IN AMERICA)

Law is complex a phenomenon in itself, with rules and/or norms as most visible surface elements. Consequently, comparison presupposes taking those accompanying components into account that serve as the carrier of rule/norm elements. This is the way how differing legal traditions have to be compared in cultivation of

what is called «comparative legal cultures», taken as a reasonable synthesis after the comparison of normative texts is done. The present paper is a case-study of contemporary development of the law of the United States of America, taken as a pattern of post-modernity with chance of spreading over to shape European developments as well.

Changes in Approach to and Processing Law

There have been changes in American legal practice over the past few decades such as (1) juridification or the increase of both the diversity of formal procedures and the variety of occurrences resorting to them, (2) processualisation or the tendency to assert law as a neutral set of rules within a formal game, presuming equality of parties with protection granted to the individual against the state, and (3) argumentation by principles, in case of which to extend individual freedom, there is creative argumentation that results in a Constitution re-interpreted. As to the outcome, now following or not-following a rule has become a function of whether or not this rule has already encountered lawyerly counter-argumentation with reference to values claimed to be constitutional. The result is an American law practically torn into two, and duplicated paths, with rules themselves reduced to a mere substitutive role.

Ethos of Law with Legality Processualised

There are destructive consequences if social space vanishes from behind the law, if religion instead of cementing society becomes inoperative, if values degenerate into personal pleasure, and social normativity is atomised. Then, law will remain the last common denominator among individuals.

In parallel, rationality is elevated to the heights of omnipotence. Accordingly, there is a culture in which «problems have solutions» and there is an underlying «mania for giving reasons». The consequence is «juridical saturation»: a strive for «going to law», and «Legalize it!» Just as if changing over priests, astrologists, therapists, and psycho-analysts, now lawyers had a kind of inherent wisdom or learned knowledge to stand for human certainty. For such mentality nothing matters but law. Nothing can create community but law. And there is no other authority than that of law.

Hyper-rationalism, with Verbal Magic

In contemporary America «law is manifesting itself as a kind of cultural madness, whereby hyperrational modes of decision making are employed in a vain attempt to resolve rationally what are rationally irresolvable moral and political conflicts». Underlying is «the widespread delusion that something called «the rule of law» can succeed where politics and culture fail».

Albeit no matter how sensitively the law is formed, it cannot be but a net of conceptual projections that reflects an ideal order according to the intention, imaginative power and conceptualisation of its designer, while real life will strive – by balancing conflicting values and interests – to find fulfilment within such conceptualisation. This implied contradiction is neither a defect of law nor a deviation in life but the very substance of any legal (and, indeed, all formally mediated) game [1]. American legal ideology keeps silence on the issue. The substitute it offers is «the contemporary worship of analytical and supposedly scientific modes of thought [that] can shade off into a type of dogmatic pseudo-religious belief, and eventually into the realm of a sort of intellectualized irrationalism». The result is the mistrust of American justices of any decision making based on personal responsibility, which testifies to mistrust of democracy itself. For personal stance is replaced by the «expertise» of lawyers, alleged to allow a deeper insight [2].

Jurispathy, with Professional Self-interest

This is the self-interest of the legal profession maintaining increasingly confused methods of regulation and decision-making. For it, a mythical self-belief is cultivated.

As a counter current in reaction to obsessive rationalism accompanied by political correctness and value relativism, classical values – wisdom, virtues, readiness to serve the public, following the old stature of statesmen – are reclaimed for again. «Prudence, fortitude, temperance, justice, faith, hope and love» are heralded to become the old/new ideal of legal education and professional practice, not reducible any longer to the role of hired warrior winning over the technicality of legal processes. For the postmodern construct of «secular humanism» is at stake again, and the trouble of

defining and justifying societal ends with classical foundations refuted.

Conclusion

Panoramic views on the mentality of living cultures may be edifying. For no law can be made a fetish or abstracted from the society collectively shaping it.

The more the everyday life of legal cultures is based on written records, on formal mediation by texts and on the internal constraint of debates and reconsiderations within a professional community, the stronger are the mechanisms in-built that aim at constantly further increasing the complexity and refinement of the law's internal structure and operations. In large systems ramifications are also larger, so the chances are greater for both functional excesses and dysfunctional forced paths to occur.

---

1. Варга Ч. Природа права и правовое мышление // Российский Ежегодник Теории Права. – 2008 [2009]. – Vol. 1. – P. 343 – 356.

2. Campos P.F. Jurismania. The Madness of American Law. – New York; Oxford: Oxford University Press, 1998.

РАФАЛЮК Елена Евгеньевна,
кандидат юридических наук, старший научный сотрудник
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

1. Важность культурологического подхода в сравнительном правоведении объясняется тем, что сравнительно-правовые исследования не ограничиваются лишь анализом правовых норм и институтов того или иного государства, что является слишком поверхностным, но предполагают изучение природы и уровней правосознания, образов права, нравственно-религиозных представлений [5; 6]. Правовые семьи как устойчивые историко-культурологические пласты являются хранилищем право-

вых идей, взглядов и ценностей [9]. Применение инструментария культурологии позволяет глубже понять природу правовых семей; факторы, обусловливающие их развитие; общую структуру и особенности [1].

2. Использование культурологического подхода актуально в связи с тем, что современный законодатель устанавливает единые правила поведения для носителей различных правовых культур, проживающих на территории одного государства (марокканцы в Испании, алжирцы во Франции, турки в Германии и др.). Без проведения сравнительного культурного анализа, по мнению профессора П. Хеберле, невозможно построение единого неконфликтного европейского права. Европейское культурное пространство состоит из различных национальных идентичностей, которые являются равноправными участниками создания и развития общего европейского права. Современная европейская солидарность состоит в культурном многообразии Европы [11].

3. Правовая культура является разновидностью общей культуры и взаимосвязана с ней. Выделение латиноамериканского типа культуры обусловлено рассмотрением Латинской Америки как особого цивилизационного образования [3, с. 7]. Его отличают «несформированность, незавершенность, магмообразность, разносоставность, крайняя гетерогенность и динамизм социокультурного бытия» [3, с. 9]. Данные черты как отражение общекультурных процессов проливают свет на сложившуюся фрагментарность правового регулирования, выразившуюся в заключении более 20 соглашений о достижении той или иной формы интеграции и создании различных межгосударственных объединений [7, с. 265].

4. Культурологический подход важен при изучении преемственности в праве, которая представляет собой элемент традиции, образует «коллективную память» общества и культуры, обеспечивая «самотождественность и преемственность в развитии отдельных индивидов и целых сообществ» [4, с. 176]. На латиноамериканском правовом пространстве черты правовой преемственности сохранялись даже после того, как испанские и португальские колонизаторы насильственно прервали формирование собственных правовых систем у индейских народов. Колонизаторы, привнесшие континентальную правовую

культуру, столкнулись с устойчивостью некоторых традиционных институтов и правовых обычаев и были вынуждены признать их, некоторые из них были прямо включены в колониальное право.

5. Унификация права применительно к каждому отдельному виду культуры получает свое особое выражение [2, с. 104]. Особенности договорной и обычно-правовой форм унификации права в государствах Латинской Америки основаны на взаимопроникновении двух правовых систем: континентального права и обычного индейского права. После колониального захвата унификация права шла по пути заимствования из континентального права. С обретением независимости государствами Латинской Америки унификационный процесс испытывал влияние французского, испанского, немецкого права. На унификацию права в Латинской Америке повлияла система общего права, т.к. США входят в состав государств-участников Организации Американских Государств (ОАГ), а также являются участниками некоторых межамериканских конвенций.

6. Одной из составляющих правовой культуры являются тексты правовых актов и юридическая техника. Романо-германский вектор развития права предопределил особое внимание латиноамериканских юристов к систематизации законодательства в форме кодификации. Широкая рецепция зарубежного законодательства в латиноамериканских государствах часто приводила к искусственному перенесению иностранных правовых институтов [10, с. 22], при этом национальные кодификационные документы дополнялись латиноамериканскими чертами, а также положениями, наиболее приближенными к римской и кастильской правовым традициям, что говорит об их эклектичном стиле и технике [8, с. 266]. На латиноамериканском континенте была предпринята попытка сблизить романо-германскую и англосаксонскую правовые системы. Элементами такого сближения стали: многоступенчатость правовых решений; дух «примирения» правовых институтов.

---

1. Бибик О.Н. Культурологический подход к исследованию права и государства // Журнал российского права. – 2009. – № 5.

2. Гинс Г.К. Право и культура / науч. ред. В.М. Баранов. – М., 2012.

3. Гирин Ю. Поэтика сверхпредельности. К интерпретации художественных процессов латиноамериканской культуры. – СПб., 2008.

4. Культурология / под ред. Ю.Н. Солонина, М.С. Кагана. – М., 2005.

5. Курильски-Огивэн Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова О.М. Образы права в России и Франции. – М., 1995.

6. Лафитский В.И. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. – М., 2003.

6. Международная экономическая интеграция / под ред. проф. Н.Н. Ливенцева. - М., 2006.

7. Рафалюк Е.Е. Зарубежный опыт развития нормотворческой юридической техники // Нормотворческая юридическая техника / под ред. Н.А. Власенко. – М., 2011. – С. 251–281.

8. Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. – 2006. –№ 6.

9. Черняев В.А. Развитие законодательных источников права в странах Латинской Америки: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – М., 1973.

10. Häberle P. Общее европейское конституционное право [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_079_016.pdf

ФАЛЬКОВСЬКИЙ Андрій Олександрович,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ АКСІОЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ В ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Правова реальність нашого часу визначається процесом взаємного впливу різноманітних правових систем, діалогом правових культур, поєднанням традицій і новацій у правосвідомості та правовому розвиткові. Все це надає потужний імпульс для порівняльно-правових досліджень, у тому числі в Україні. В такому контексті набуває особливої актуальності необхідність

вирішення фундаментальних питань методології порівняльно-правових досліджень, що включає в себе вирішення питань про евристичний потенціал використання аксіологічного підходу. Необхідність вирішення окресленої проблематики обумовлено пошуком шляхів удосконалення методології порівняльного правознавства, що ще більш актуалізується в наш час на тлі поступової наукової інституалізації цього напрямку юридичних досліджень. Порівняльному правознавству властиві ціннісні орієнтири, серед них окремо слід виділити збереження культурної, правової, політичної та ін. різноманітності, діалогу основних правових сімей світу, рівнозначність впливу позаправових чинників (релігійних, моральних, традиційних) поряд із правовими.

Ціннісний (аксіологічний) підхід у методології юриспруденції – це загальна стратегія дослідження, що визначає розгляд права крізь призму його відповідності певним цінностям, що можуть забезпечуватись правом та бути його основою. Розгляд права в межах ціннісного підходу зумовлюється двома найбільш важливими чинниками. По-перше, ціннісний підхід до права має своїм фундаментом певну філософську концепцію цінностей. Від розуміння природи цінностей безпосередньо залежить і визначення ціннісного змісту права. По-друге, саме тип праворозуміння безпосередньо впливає на тлумачення зв'язку між цінностями та правом, визнання його цінності для людини та суспільства.

На основі розкриття сутності права крізь призму цінностей, котрі безпосередньо впливають на образ правової реальності та втілюється в соціальне життя, можливо всебічне порівняльно-правове дослідження. Адже як уявлення про природне право, так і позитивне право (система законодавства) завжди ґрунтуються на певних цінностях, виявлення та порівняння яких є можливим шляхом застосування аксіологічного підходу в порівняльно-правових дослідженнях. Право завжди є квінтесенцією цінностей, думок, уявлень, міркувань, що висуваються в межах тієї чи іншої культури про належне упорядкування соціальних відносин. Воно також є виявом традиції, що не змінювалася протягом тривалого часу, своєрідним відображенням комунікативного простору певної соціокультурної спільноти.

Застосування аксіологічного підходу є потужним чинником розвитку методології порівняльно-правових досліджень, адже саме на його основі слід відокремлювати та розкривати змістовне навантаження категорії «традиція права», що в наш час є однією з центральних у порівняльно-правових дослідженнях. Водночас, складові компоненти традиції права не можна визначати інтуїтивно, вони потребують глибокого осмислення за допомогою філософського розуміння цінностей. Тому застосування ціннісного підходу у порівняльно-правових дослідженнях обумовлюється фактором подвійної методологічної трансформації. Ціннісний підхід у царині методології порівняльно-правових досліджень зазнає подвійної адаптації та трансформації – до предмету дослідження юриспруденції взагалі (перший рівень) й до компаративного методу зокрема (другий рівень).

На першому рівні розкривається тісна спорідненість світу цінностей зі світом права. На цій основі виявляється можливим розкрити ціннісне наповнення права та його здатність задовольняти ціннісні потреби людей, втілювати в життя певні цінності – наприклад, права людини.

На другому рівні, відбувається адаптація ціннісного підходу до компаративного методу, що є домінуючим у порівняльно-правових дослідженнях й визначає методологічний образ цього напрямку юридичних досліджень. Аксіологічний підхід на цьому рівні набуває вигляд розгорнутої ціннісно-компаративної стратегії, котра має виняткові евристичні можливості в розкритті їхнього ціннісного наповнення.

В сучасних порівняльно-правових дослідженнях цілісна картина світу є недосяжною без використання аксіологічного підходу, так як саме на його основі є можливим розкриття ціннісних основ будь-якого правової культури, що є особливо необхідним у розкритті сутності релігійних і традиційних правових систем.

Окреме місце у порівняльному правознавстві займають порівняльні історично-правові дослідження. Порівняльне історично-правове пізнання є діалектичним синтезом порівняльного та історичного пізнання й визначається специфічними особливостями кожного з них, а також має власні особливості. Водночас, кожний з цих видів пізнання виявляє свій потужний евристичний потенціал при застосуванні аксіологічного підходу,

що надає можливість змістовно висвітлити специфіку історично-правової реальності.

Отже, особливістю використання ціннісного підходу в порівняльно-правових дослідженнях є його поєднання з порівняльним підходом, що дозволяє визначити процес становлення та функціонування права будь-якої культури та цивілізації як цілісної ціннісно-нормативної системи. Саме в такому вимірі право найбільш повно розкриває свій соціокультурний зміст, що є головною умовою збереження його стабільності на тлі потужних викликів доби глобалізації.

ХАЛАБУДЕНКО Олег Анатольевич,
доктор права, доцент кафедры частного права
Международного свободного университета Молдовы (ULIM)

МЕТОДЫ ФУНКЦИОНАЛИЗМА И КОНСТРУКТИВИЗМА В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Сравнительное правоведение – рефлексия юридической науки по поводу правовой действительности, формирующейся в результате преодоления известного конфликта между универсальностью правовых теорий, с одной стороны, и национальным уровнем существования правовых явлений – с другой. Исследование форм манифестации правовых концептов относится к предметной области юридических дисциплин, ориентированных на практику, тогда как основанная цель сравнительного правоведения (*telos*) – поиск лучшего решения на основе сопоставления сравниваемого правового материала. Для компаративиста сравнительное правоведение предстает в форме наднационального знания о праве, выраженного в определенных понятиях (инвариант правового материала).

Поскольку результат сравнения ожидается полезным, сравниваемый материал должен быть представлен «полезно сопоставимыми» фактами правовой культуры, выполняющими одну и ту же функцию. Основным методом сравнительного правоведения признается функциональный подход, в соответствии с

которым функция того или иного явления сравниваемой правовой действительности служит критерием сравнения (*tertium comparationis*), позволяющим выявить приемлемое для каждой правовой системы решение проблем. При этом функционализм исходит из предположения функциональной эквивалентности правовых институтов (*praesumptio similitudinis*), разрешающих схожие правовые проблемы. Полученный в результате сравнения абстрактный правовой материал может быть выражен лишь в форме теоретического построения, свободного от концептуального контекста и лишенного подтекста национальной доктрины.

Теоретический уровень сравниваемого правового материала представлен устойчивыми юридическими понятиями, такими как: права и обязанности, выраженные в типизированной, например, договорной форме; физические и юридические лица – как «слепок» юридически значимых свойств участника правового общения и т.д. Анализ этих понятий следует начинать со сбора правового материала, оцениваемого как факт правовой (нормативной) действительности. Правовые понятия воспринимаются как конструкты, обладающие заданной структурой, отвечающей типовой функции, которую выполняет соответствующий элемент правовой действительности. В связи с применением метода понятийных конструктов возникает вопрос о самодостаточности нормативного материала. Ведь анализ структуры того или иного понятия основывается на логической дедукции, либо на заключении по аналогии, тогда как право – сфера социальной жизни – не может игнорировать «факты первичного порядка» (действия законодателя, судей, участников правового общения).

Следовательно, полноценный анализ сравниваемой правовой действительности предполагает выделение определенных метафизических категорий (правовых идей), выполняющих типизированную функцию. Причем сама по себе правовая ситуация, вне типизированной формы, искомым результатом сравнительно-правового анализа служить не может. Нормативный уровень правовой действительности также не может быть востребован для целей сравнительного правоведения. В самом деле, перенос норм (нормативных предписаний) одного правопорядка в другой вне контекста правовой определенности невозможен. В иных случаях рецепция нормативных высказываний без учета

особенностей правовых конструкций национального права приводит к деформации национальных правовых систем, не давая взамен должного положительного эффекта. С другой стороны, отыскание явления, позволяющего достигнуть определенности правового высказывания и способного служить проявленным результатом функционально-структурного анализа в механизме рецепции, возможно лишь в сфере правовой действительности. Такое правовое явление должно быть способно к объективации и субстантивации, определенности, автономности среди других социальных факторов и при этом не совпадать с определенной (индивидуализированной) формой объективного права. Представляется, что таким явлением служит «юридическая конструкция» с соответствующим данному понятию методом «юридического конструктивизма».

Всякая юридическая конструкция может быть представлена как структура, которая служит отражением ее внутренней формы. Причем функция юридической конструкции реализуется лишь в тесной связи с ее структурой. Как целостное образование, юридическая конструкция обладает вовне проявленной формой. Следовательно, ее анализ возможен не только с позиции отдельных элементов, но и с точки зрения целостности. При описании юридической конструкции как целостной структуры наглядно проявляются её системные свойства. Элементы конструкции обладают самостоятельным юридическим смыслом лишь в силу существования целого – юридической конструкции. Исследование нормативной функции юридической конструкции показывает, что процесс восприятия новых нормативных образований обусловлен тем, что исследуемый первичный правовой материал выступает в качестве модели. В процессе рецепции выделяется объект (явление), объективирующий сущностные элементы правовой действительности и выполняющий определенную функцию, а затем выражается в форме нормативных предписаний, обеспечивая тем самым экзогенное развитие права. Заметим, что такой объект – еще не сущность; юридически он безразличен для участников правового общения, хотя способен к постижению (существует на понятийном уровне). Характер субстанции юридическая конструкция приобретает тогда, когда в ней обнаруживается некий «центр» – волеизъявление властно-

го органа или субъекта частного права. Рассмотренный процесс воспроизводится всякий раз, когда возникают предпосылки манифестации правовой традиции, правовыми «идеями-формами» которой выступают юридические конструкции. Природа юридических конструкций свидетельствует, что креативно-конструктивная составляющая, проявляемая как идеальное (трансцендентальное) начало на уровне исследования, не исключает их внешнюю объективацию, что позволяет рассматривать данное правовое явление как релевантное для целей сравнительного правоведения.

КОСИЛО Андрій Богданович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінології
та кримінальної політики Варшавського університету

МАТЕМАТИЧНІ ОСНОВИ МЕТОДУ ФУНКЦІОНАЛЬНОГО АНАЛІЗУ В ПОРІВНЯЛЬНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ

В даній презентації ставиться теза про те, що метод функціонального аналізу в порівняльному правознавсті знаходить своє обгрунтування в математичному правилі додавання або віднімання дробів з різними знаменниками.

Ця теза вкотре підтверджує слушність методу функціонального аналізу в порівняльному правознавстві та його ключову роль в здійсненні компаративістських досліджень.

Методу функціонального аналізу присвячували свої праці такі вчені юристи-компаративісти, як К. Цвайгерт, М. Ансель, Р. Токарчик, А.Х. Саїдов [3, с. 49], О.В. Ткаченко, В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов [4, с. 23] та ін.

Актуальність теми полягає у висвітленні нових підходів при застосування методу функціонального аналізу в юридичній компаративістиці.

Однією з основних проблем з якою кожний компаративіст має справу є визначення об'єктів порівняння. В доктрині порівняльного правознавства неодноразово наголошувалось на тому, що порівнювати можна лише правові явища які є порівнювальними.

На перший погляд видається, що можна порівнювати все з усім, однак, як зауважує польський юрист-компаративіст Роман Токарчик: «вимоги наукової методології обмежують межі порівнювальних об'єктів шляхом окреслення відповідних умов порівняння. Щоб відповідно до методологічних засад юридична компаративістика мала більш глибокий сенс та значення, то вона повинна охоплювати порівнюванням лише об'єкти, котрі належать до спільної для них однорідної категорії» [5, с. 34]. Такої ж думки дотримується французький компаративіст Марк Ансель [1, с. 34].

Підтвердженням такого підходу може бути математичне правило ділення дробів. Відповідно до якого, щоб здійснити дію додавання або віднімання дробів з різними знаменниками необхідно звести їх до спільного знаменника, тобто знайти найменше спільне кратне для двох чисел, які є знаменниками даних дробів. В цьому випадку «кратне» – це число, яке ділиться на перший і другий знаменник без остачі [2, с. 30, 42]. Однак, виникає наступне питання: що саме може бути «кратним» для правових явищ, які походять з різних правових систем?

Суттю будь-якого суспільного явища є функція яку воно виконує в суспільній системі. В даному випадку, маємо справу з правовим явищем, а відтак, суттю правового явища буде функція, яку воно виконує в правовій системі, тобто, які саме суспільні відносини регулює.

Таким чином, спільним знаменником для правових явищ з різних правових систем буде функція яку вони виконують в тій чи іншій правовій системі.

Для того, щоб дослідити конкретне правове явище недостатньо здійснити догматично-правовий аналіз нормативних актів, однак слід більш повно проаналізувати явище шляхом аналізу положень не лише законодавчих актів, але й судової та адміністративної практики, доктрини тощо [1, с. 34].

Розглянемо конкретний приклад застосування методу функціонального аналізу в порівняльному правознавстві. Наприклад, для того, щоб провести порівняльно-правовий аналіз інституту адвокатури в Україні та Польщі необхідно:

1) Знайти спільне «кратне» для інституту адвокатури в українській та польській правових системах. В даному випадку, це буде функція, яку виконує адвокатура, тобто – надання

правової допомоги. Виявиться, що правову допомогу в Польщі та в Україні надають не лише адвокати, але й представники інших професій. Крім того, в Польщі поряд з адвокатами існує інститут правових радників, які надають правову допомогу в таких самих межах як і адвокати (крім захисту в кримінальних справах) і т. п.

2) Наступний крок – це аналіз нормативних актів (закони про адвокатуру, про правових радників, процесуальні кодекси та ін.), судової, адміністративної практики, положень доктрини, що стосуються правової допомоги в Україні та Польщі.

3) Таким чином бачимо, що виходячи з суті застосування методу функціонального аналізу здійснюючи порівняння адвокатури в Польщі та Україні не достатньо проаналізувати лише закони про адвокатуру в цих двох країнах. Об'єкт дослідження буде значно ширший – це функція яку виконуює адвокатура, тобто надання правової допомоги. Відтак, аналізувати слід не лише положення права, що стосуються адвокатури, але положення, що стосуються інституту правової допомоги загалом. Тільки такий підхід надасть змогу в повній мірі проаналізувати досліджувані правові інститути та на основі цього зробити методологічно слушні висновки.

---

1. Ancel M. Znaczenie i metody prawa porównawczego. Wprowadzenie ogólne do badań prawnoporównawczych / Tł. K. Piasecki. – Warszawa, 1979. – 195 s.

2. Довідник з елементарної математики / за ред. П.Ф. Фільчакова. – К.: Наукова думка, 1975. – 632 с.

3. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В.А. Туманова. – М.: Юристъ, 2003. – 448 с.

4. Ткаченко В.Д., Погребняк С.П., Лук'янов Д.В. Порівняльне правознавство: підручник. – Х.: Право, 2003. – 274 с.

5. Tokarczyk R. Komparatystyka prawnicza. – Warszawa, 2008. – 262 s.

6. Brodecki Z., Konopacka M., Brodecka-Chamera A. Komparatystyka kultur prawnych. – Warszawa, 2010. – 222 s.

7. Ziembiński Z. Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych. – Poznań, 1983. – 143 s.

ЧИСТЯКОВА Юлія Володимирівна,
асистент кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПОБУДОВА КЛАСИФІКАЦІЙНИХ СХЕМ В ПОРІВНЯЛЬНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ ЗА ДОПОМОГОЮ СЕМІОТИЧНОГО ПІДХОДУ

Класифікація займає важливе місце в порівняльно-правовому пізнанні. В той же час побудова класифікаційних схем, в тому числі й класифікацій правових систем, є важким та об'ємним завданням, що потребує використання широкого методологічного арсеналу, в тому числі й семіотичного підходу.

Визначити певний клас об'єктів – означає встановити ті істотні характеристики, які є загальними для усіх складових елементів однієї групи. Усі класифікації ґрунтуються на виявленні тієї або іншої впорядкованості. Класифікація є фундаментальним процесом. Вона, на думку Г. Сельє, є першим кроком в розвитку науки [2]. Будь-яка класифікація має велику евристичну силу, дозволяючи передбачити існування невідомих раніше об'єктів або розкрити нові зв'язки і залежності між вже відомими об'єктами.

Семіотичний підхід є важливим інструментом при здійсненні класифікацій в порівняльному правознавстві. Сам процес класифікації можна визначити як процес семіозису, тобто процес отримання певними поняттями, явищами знакової форми. Будь-яка класифікація представляє собою сукупність знаків і, одночасно, нову знакову систему, яка розкриває порядок співвідношення між певною сукупністю знаків. Під час проведення класифікації в рамках порівняльно-правових досліджень ми постійно звертаємось до знакових конструкцій, які вироблені розумом, тобто постійно перебуваємо в семіотичному просторі.

В залежності від типу взаємодії знаків в рамках класифікаційних схем, виходячи з розробок А. Соломоніка [3, с. 133–138], можливо виділити три класи агрегатних станів класифікаційної системи:

1) зібрання знаків – слабкий агрегатний стан, за якого знаки в системах майже не пов'язані між собою і співіснують

рядоположенно. У таких системах між знаками не спостерігається жодної ієрархічної залежності, вони ніби усі однаково важливі і рівнозначні [4, с. 202]. Яскравим прикладом слабкого агрегатного стану є розміщення правових систем в різного роду юридичних енциклопедіях, довідниках, наприклад в довіднику, що вийшов під редакцією А.Я. Сухарєва «Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник» [1]. В ньому всі правові знаки, які позначають національні правові системи розміщені за алфавітним порядком. Такого роду списки є предтечами достовірно наукових класифікацій правових систем за ознаками і якостями, які іманентно ним властиві [4, с. 207];

2) проміжний агрегатний стан – знаки в системах розподілені по класам, інколи можуть бути навіть ієрархічні відносини між знаками. Знаки групуються за ознаками, запозиченими з їх онтологічних взаємовідносин [4, с. 203]. Класифікатор вибирає одну або декілька взаємозв'язаних властивостей правових явищ, що класифікуються і розташовує їх по групах відповідно до прийнятого критерію. Прикладом подібної класифікаційної системи може стати класифікація правових систем за географічної ознакою (європейська, азійська, північноамериканська і т.д. групи правових систем). Взагалі цей тип класифікації є найбільш використовуваним в наукових розробках [4, с. 209], але він не є повністю прийнятним для порівняльного правознавства, адже правові знаки, які класифікуються в рамках цієї науки мають складний характер і не можуть групуватись за однією ознакою, оскільки така класифікаційна система буде поверхневою та не буде нести в собі наукової цінності та новизни;

3) сильний агрегатний стан – зв'язок між знаками в системі дуже глибокий та структурований, за допомогою таких класифікаційних систем можна обробляти цілі пласти дійсності, які закодовані за допомогою цих знаків. Такі системи вимагають найбільш ретельної класифікації включених в них знаків. Крім того, в системах цього типу увесь час можливо модифікувати прийняті раніше класифікації: до раніше відомих референтів, позначених в системах, постійно підключаються ті, що знову з'являються і раніше невідомі елементи, що підлягають класифікації, а також у елементів, що раніше класифікувались, відкриваються нові властивості, що примушує або переставляти

попередні групування [4, с. 203, 209]. Саме можливість здійснювати переміщення об'єктів з однієї групи в іншу є особливо важливою для порівняльно-правових досліджень, адже правові явища сучасності постійно змінюються та розвиваються за рахунок запозичень, інтеграції та глобалізації в правовому житті. Переміщення знаків відбувається головним чином як результат змін стану означаємого знаком об'єкту, ці трансформації відповідно відбиваються і в усередині класифікаційної системи [4, с. 209].

Таким чином, на основі семіотичного підходу можна побудувати класифікаційні схеми різного типу. Проте в рамках порівняльного правознавства для здійснення класифікацій найбільш характерним є побудова класифікаційних систем саме третього типу, адже тільки тоді можна буде повністю відобразити складність та поліструктурність правових явищ, що досліджуються, та дати найбільш повну характеристику їх взаємозв'язків.

---

1. Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / под ред. Сухарева А.Я. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2003. – 976 с.

2. Селье Г. От мечты к открытию // Сайт «Библиотекарь.Ру». Режим доступу: http://bibliotekar.ru/otkrytiya2/55.htm Дата доступу: 11.03.2012.

3. Соломоник А. Позитивная семиотика: О знаках, знаковых системах и семиотической деятельности / под ред. Г.Е. Крейдлина. – Изд. 2-е. – М.: Изд-во ЛКИ, 2011. – 192 с.

4. Соломоник А. Синтаксис в знаковых системах (с приложением дополненного словаря семиотических терминов). – Изд. 2-е. – М.: Изд-во ЛКИ, 2011. – 288 с.

МАЇК Іван Степанович,
здобувач кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ,
юрисконсульт ТОВ «Західтрансбуд»

ДОКТРИНА СИНЕРГЕТИКИ ЯК ВАЖІЛЬ ВПЛИВУ У ПОРІВНЯЛЬНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ

Синергетика акцентує увагу на необхідності передбачити виникнення декількох імовірних майбутніх станів правових

норм та обрати найбажаніший із усіх можливих [1, с. 45]. Прояв елементів правової системи, самовиявлення взаємодоповнюючої сутності їхніх ознак, властивостей, а також функцій, самоорганізоване об'єднання складових частин у сукупність спонукає до застосування синергетичного підходу у порівняльному правознавстві як одного із інструментів дослідження правової системи. Головним важелем[1] забезпечення ефективного розвитку правової системи є синергетичний ефект [3, с. 93].

Значний внесок у визначення основних концепцій порівняльного правознавства та до аналізу синергетики здійснили такі вчені, як: Р. Давид, К. Цвайгерт, Р.Г. Баранцев, В.Є. Войцехович, М.А. Дамірлі, І. С. Кривцова, І.Р. Пригожин, І.М. Ситар, С.С. Сливка, Г. Хакен тощо.

Застосування синергетики в галузі порівняльного правознавства дозволяє прийняти правильне рішення і спрогнозувати ймовірні наслідки певних дій. Вдале поєднання складових елементів правової системи, їх спільне функціонування «приносить» суспільству кращі результати, ніж їх автономна праця. Доведемо вищеописане.

Складноорганізована правова структура, досягнувши найвищого ступеня розвитку, відхиляється від стану рівноваги – настає хаос у правовому середовищі. Хаос є чинником, що продовжує прогресивні зміни системи. Для досягнення бажаного результату в першу чергу необхідно вивести систему з рівноваги, тобто досягти стану внутрішньої та зовнішньої флуктації. Флуктація спричинює виникнення послідовної, самоорганізованої зміни правових режимів. Правова система стає нестійкою під впливом зовнішніх факторів, що викликає біфуркацію. Нестійкість складних правових організацій призводить до фазового переходу. Фазові переходи здійснює будь-яка правова система на певній стадії розвитку при зумовленій зміні відповідних показників, спричиняючи виникнення процесів самоорганізації. Вивчення етапу флуктації дозволяє відповідно описати сфери переходу, що матимуть місце під час біфуркації [4, с. 10, 136,

[1] Важіль – це засіб впливання на щось, який зазвичай стимулює чиюсь діяльність [2, с. 90].

362]. У поведінці нелінійної правової системи можлива не одна, а декілька біфуркацій під час певних дій протягом виділеного для цього часу. При досягненні точки біфуркації, виникають два шляхи подальшого розвитку подій: припиняє існувати правова організація, а складна правова структура більше не становить єдність; відбувається вихід до нового атрактора – нового режиму функціонування. Власне у точці біфуркації слід обрати маршрут руху до атрактора [1, с. 49–59, 84–90, 177]. Атрактором у синергетиці вважається стійкий стан правової системи, до якого прагне наблизитися кожен із її складових елементів протягом певного періоду часу. Правова система – це єдність складових елементів (юридичних засобів, що регулюють суспільні відносини) та юридичних явищ (змін, які виникають внаслідок такого регулювання), що проявляють себе як єдине ціле та володіють новою якістю [5, с. 64; 6, с. 91].

Фахівці у галузі порівняльного правознавства, дотримуючись синергетичного підходу, діють упорядковано: вивчають об'єкти права; беруть до уваги просторово-часовий взаємозв'язок між подіями у галузі права світового рівня; враховують кожне правове рішення, що виникло; фіксують момент, у який складна правова система виходить із рівноваги та наближається до точок біфуркації; обирають найкращий із можливих шляхів розвитку подій. Підштовхнути правову систему до самоорганізованого подальшого просування, забезпечити самоупорядкований розвиток навколишньої правової дійсності, керувати, не здійснюючи прямого управління, – завдання синергетичного підходу у порівняльному правознавстві [7, с. 68].

Синергія – це енергія, що створюється в процесі спільної роботи частин системи або реалізації процесів у ній [8]. Існує ймовірність скомбінувати елементи правової системи таким чином, аби ефективність їх взаємодії перевищувала суму ефективностей дій окремих елементів. Синергія виникає як спільна дія різних чинників, що перевищує своїми ознаками просту суму усіх факторів (2+2≥5) [9]. Ми одержуємо певний результат – ефект.

Рисою синергетичного ефекту являється зміна ефективності функціонування правової системи, що досягається завдяки об'єднанню окремих частин воєдино: наслідок взаємозв'язку між елементами правової системи у спільних діях не дорівнює сумі

результатів діяльності кожної частини окремо. Синергетичний ефект може мати як позитивний (2+2=5), так і негативний (2+2=3) вияв [9].

У порівняльному правознавстві синергетичний ефект пов'язаний з тим, що комбіноване використання кількох взаємоузгоджених, взаємодоповнюючих правових стратегій виявляється кориснішим, ніж ізольоване впровадження якоїсь однієї із них.

Синергетичний підхід у порівняльному правознавстві надає змогу по-іншому ставитися до правового світу: чітко усвідомити принципи еволюції складних правових систем; виявити причини кризи, неврівноваженості та хаосу; опанувати методи управління складними правовими системами, що перебувають у нестабільному стані без збереження певної послідовності; впевнено з надією сприймати наявність цілковитого безладдя.

Зміст синергетичного аналізу у порівняльному правознавстві «полягає» у зіставленні майбутніх самоорганізованих наслідків, одержаних від об'єднання різних елементів, враховуючи вплив зовнішніх факторів.

---

1. Князева Е.Н., Курдюмов С.П. Основания синергетики: Синергетическое мировидение. – Изд. 3-е, доп. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2010. – 256 с.

2. Сучасний тлумачний словник української мови: 100000 слів / За заг. ред. В.В. Дубічинського. – Х.: ВД «ШКОЛА», 2009. – 1008 с.

3. Мізюк Б. М. Системні основи теорії та інструментарій менеджменту підприємства: Монографія. – Львів: Коопосвіта, 2000. – 418 с.

4. Хакен Г. Синергетика: Иерархии неустойчевостей в самоорганизующихся системах и устройствах / пер. с англ. – М.: Мир, 1985. – 423 с.

5. Штеренберг М. И. Синергетика: наука? философия? псевдорелигия? – М.: Academia, 2007. – 176 с.

6. Ситар І. М., Чорнобай О. Л. Порівняльне правознавство: основні категорії: Навч.-методич. посіб. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – 176 с.

7. Ораз Туркмен. Синергетическая теория Жизни: природа, алгоритм, самопостижение, осознанная эволюция. – К.: Наук. думка, 2009. – 112 с.

8. Сутність ефекту синергії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukrref.com/ua/?id=MTAxNJY%3D

9. Синергетичний ефект [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// Ukrainian-market.eu/blog.php?user=Tania&blogentry_id=19

СПИРИН Михаил Юрьевич,
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории
и истории государства и права; международного права
Самарского государственного университета

О ПРОБЛЕМАХ И ПЕРСПЕКТИВАХ РАЗВИТИЯ ПРЕДМЕТНО-УРОВНЕВОЙ МЕТОДОЛОГИИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Сравнительно-правовые исследования производятся на определённом методологическом уровне, который предполагает активное использование универсальных и общенаучных методов, но, при этом, испытывает потребность в углублении научного поиска посредством использования специальных методов.

Современное сравнительно-правовое знание объективно нуждается в более развитом подходе к методологии. Такой подход уже сформировался в западной юриспруденции и постепенно формируется в российском правоведении [1; 2; 3; 4]. В то же время в процессе его развития возникают известные проблемы, одной из которых выступает противопоставление двух типов методики сравнительного исследования правовых систем: предметного и функционального.

Предметный метод исследования часто воспринимается как некий «начальный», «втягивающий» этап. Сторонники такой точки зрения полагают, что предметный метод имеет дело с «заданными», статичными правовыми явлениями, которые не столько нужно познать, сколько грамотно систематизировать. В то же время, данные специалисты чрезмерно восторженно воспринимают функциональную методику, полагая, что именно она в полной мере соответствует потребностям современного общества.

Как представляется, подобная характеристика сочетания двух важнейших методологических основ правовой компаративистики чрезмерно упрощена и не соответствует реальной действительности.

Во-первых, не следует идеализировать функциональный (прикладной) подход к методике сравнительно-правовых исследований. Данное направление познания правовой реальности во многом конъюнктурно реагирует на фактические изменения

в правовой картине окружающего мира. Достаточно убедительна в этом контексте мысль В. А. Слыщенкова о том, что «функциональный метод связан с юридическим позитивизмом, в рамках которого право отождествляется с законодательством в широком смысле … Весь вовлечённый в анализ нормативный материал принимается как данность: его правовой характер не оспаривается и не проверяется на соответствие основополагающим юридическим принципам» [4, с. 13]. Результаты такой методологии принципиально важны на микроуровне сравнительно-правового анализа, в тех его срезах, которые посвящены сравнительной характеристике правовых норм и их структурных элементов.

Иные уровни сравнительно-правового исследования в большей степени нуждаются в действии предметной (институциональной) методологии. Как замечал в своё время В.А. Туманов, «правильно построенное «законодательное сравнение», берущее объект исследования в его социальных взаимосвязях и социальном функционировании, обладает достаточно большим научным потенциалом» [5, с. 542]. Знаковым в этом отношении является известное высказывание Раймона Леже о двух типах предметного сравнения права: синтетическом и аналитическом [6, с. 487].

Во-вторых, предметный метод юридической компаративистики не следует воспринимать как отдельный способ исследования правовых явлений. По сути, это обозначение целой системы сравнительно-правовой методологии (предметной методологии).

Недопустимо отождествлять предметную методологию в целом и нормативный сравнительно-правовой анализ, который является лишь одним из способов реализации предметной методологии. В противном случае происходит подмена понятий (методологических средств): нормативный анализ как частный элемент предметной методологии используется для обозначения всей методологии данного типа, что, в свою очередь, придаёт преувеличенно большое значение функциональной методологии сравнительно-правовых исследований.

В-третьих, важно понимать предметную методологию компаративистики в качестве предметно-уровневой, поскольку анализ любого элемента её объекта никогда не может быть онтологически законченным. Каждый раз такой анализ зависит от того, на каком уровне он производится и с какими правовыми

явлениями происходит сопоставление первичного правового материала. В этом случае всё определяет установленный критерий сравнения (сравнимости) – tertium comparationis.

Таким образом, в рамках предметно-уровневого подхода следует выделять три плоскости сравнительного исследования: макроуровень (базисное сравнение; правовая система в целом - межсистемное и внутрисистемное сравнение), мезоуровень (отрасль, подотрасль либо иная часть правовой системы; внутринациональное сравнение) и микроуровень (норма права, её структурный элемент; нормативно-прикладное сравнение).

В случае, когда мы ограничиваемся предметным исследованием на микроуровне, мы можем допустить системную ошибку и тогда, какими бы грамотными не были наши выводы по поводу оптимальной конструкции отдельной нормы, они неизбежно войдут в противоречие с более общими правовыми закономерностями отраслевого либо общесистемного типа [7, с. 13; 8, с. 95]. Классическим примером такой ситуации является сравнительное изучение института доверительной собственности (trust) в английском общем праве и договора доверительного управления имуществом (гл. 53 части II ГК РФ) в современном российском праве.

Таким образом, методология современного сравнительного правоведения стабилизируется, переходя от увлечения функциональностью исследований к тенденции грамотного сочетания предметно-уровневого и функционально-уровневого подходов к сравнению в праве. На основе такого сочетания необходимо развивать идею «смешанного сравнения», которая тесно увязывает два изначально полярных методологических подхода и предполагает параллельное использование двух основных типов юридического сравнения.

---

1. Ардашкин В.Д. Сравнительное правоведение: вопросы теории и методики // Вестник Красноярского государственного университета. – 2001. – № 1.

2. Егоров А.В. Сравнительно-правовой метод и установление содержания иностранного права // Журнал российского права. – 2005. – № 8.

3. Марковичева Е.В. К вопросу об использовании современными исследователями сравнительно-правового метода // Сравнительный метод в правоведении и политологии. – Пенза, 2009.

4. Слыщенков В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. – М.: Статут, 2011.

5. Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения / Туманов В.А. Избранное. – М.: Норма, Инфра-М, 2010.

6. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / пер. с франц. – 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2011.

7. Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: в 2 т. / пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2010.

8. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. – Т. I. – М.: Статут, 2010.

ПОЦЕЛУЕВ Евгений Леонидович,
кандидат исторических наук, доцент,
заведующий кафедрой теории и истории государства и права,
руководитель Центра немецкого права
Ивановского государственного университета

ПОЧЕМУ НУЖНО ИЗУЧАТЬ СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ?

1. Сравнительное правоведение в форме курсов лекций, спецкурсов, коллоквиумов и семинаров преподается в юридических вузах Европы, США, Канады, Японии и других стран [1, с. 5]. Данная дисциплина читается мной в Ивановском государственном университете с 1999 г.: на II курсе заочного отделения (обязательная дисциплина) и на V курсе дневного отделения (элективная дисциплина).

2. Ответы на поставленный в заголовке статьи вопрос мы можем найти в работах Р. Давида, К. Цвайгерта и Х. Кётца, У.Э. Батлера, К. Осакве, Х. Бехруза, О.Ф. Скакун, А.Х. Саидова, Л.В. Бойцовой, М.Н. Марченко, А.В. Малько и А.Ю Саломатина, А.Э. Черноокова, ЮА. Тихомирова и др.

3. Цель выступления – обоснованность важность, значение и необходимость изучения студентами юридических вузов и факультетов этой учебной дисциплины и юридической науки.

4. Сравнительное правоведение необходимо познавать по многим причинам. Во-первых, оно делает юридическое образо-

вание более фундаментальным, так как изучаются важнейшие правовые категории. Во-вторых, это вызвано интернационализацией жизни, интеграционными процессами, унификацией законодательства, участием государств в региональных, межрегиональных и универсальных организациях, процессами глобализации, определяющими тенденции и направления развития общества в правовой сфере [2, с. 7]; потребностями в длительном юридическом диалоге между различными правовыми культурами и типами мышления [3, с. 4], преодоления стереотипов «свой – чужой». В-третьих, необходимостью «научно-обоснованного заимствования и конвергенции норм и институтов», «преодоления позитивистских подходов» [4, с. 5–6]; преодоления определенной ограниченности и провинциальной замкнутости современного высшего юридического образования в РФ, повышению качества подготовки специалистов, способных квалифицированно решать задачи, возникающие на стыке отечественного и зарубежного права [1, с. 12], подготовки «компетентных специалистов для современной транснациональной юридической практики» [5, с. 13]. В-четвертых, оно является самостоятельной научной [6, с. 15, 18] и учебной дисциплиной [7, с. 10], одной из главных [8, с. 639–640; 9, с. 225], ключевых дисциплин правовой науки, выполняющей интегративную функцию в правовой системе, являющееся важным ингредиентом транснационального юридического образования, способствующего приобретению «глубокой правовой культуры и гибкости правового мышления» [9, с. 225], дающего «возможность постижения сравнительного метода» [10, с. 75]. В-шестых, обогащает юридическими знаниями и расширяет кругозор, прививает уважение к правовой культуре других народов, дает возможность оценить собственную правовую систему и совершенствовать ее, углубляет понимание перспективы взаимодействия внутригосударственного и международного правопорядков, способствует взаимопониманию [5, с. 35].

5. В 2006 г. Украина создала Ассоциацию сравнительного правоведения. С 2006 г. ежегодно проходят международные конференции по сравнительному правоведению, выпускаются журналы, выходит литература в серии «Энциклопедия сравнительного правоведения», существуют кафедры права Европейского

Союза и сравнительного правоведения, проходят защиты диссертаций по сравнительному правоведению.

6. Дисциплина «Сравнительное правоведение» по стандартам для специалистов, для бакалавров второго и третьего поколения не является в России обязательной. Она «лишь с недавнего времени стала входить в учебные планы российского юридического образования», но, несмотря на новизну, «стремительно расширяет свое присутствие в российском образовательном пространстве» [11, с. 9]. В РФ регулярно выходит Ежегодник сравнительного правоведения.

7. Основные цели сравнительного правоведения: познавательная, информационная, аналитическая, интегративная, критическая, пропагандистская [3, с. 9–10].

Конечно, изучение права конкретных государств, правовых семей, отдельных групп правовых семей, права региональных международных организаций преследует как академические, сугубо научные, так и прикладные цели.

Таким образом, сравнительное правоведение это фундаментальная юридическая учебная дисциплина и наука, имеющая первостепенное как теоретическое, так и практическое значение в условиях интеграции и глобализации, которую полезно и необходимо постигать студентам -юристам; в этом случае, название предмета должно найти отражение и в названиях кафедр; заслуживает внимания опыт украинских коллег по выделению юридической специальности для защиты кандидатских и докторских диссертаций, выпуску специализированных журналов, учебной и научной литературы, проведению ежегодных компаративистских чтений.

---

1. Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: Городец-издат, 2002. – 1068 с.

2. Бехруз Х. Сравнительное правоведение: учебник для вузов. – Одесса: Фенікс, 2008; М.: Транс-Лит, 2008. – 504 с.

3. Черноков Ф.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие. – СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2004. – 207 с.

4. От редколлегии // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. – М., 2002.

5. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира: учебник для студентов вузов. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 464 с.

6.Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: Учебно-практическое пособие. – М.: Дело, 2000. – 256 с.

7. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В.А. Туманова. – М.: Юрист, 2000. – 448 с.

8. Нерсесянц В.С. Философия права: учеб. для вузов. – М., 1997.

9. Бойцова Л.В. Европейское образование и преподавание права ЕС // Московский журнал международного права. – 1998. – № 3.

10. Батлер У.Э. К разработке программы сравнительного правоведения // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. – М., 2002.

11. Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение: учебно-методический комплекс. – М.: Норма, 2008. – 352 с.

БЕХРУЗ Хашматулла,
доктор юридических наук, профессор кафедры права
Европейского Союза и сравнительного правоведения
Национального университета
«Одесская юридическая академия»

ПРИМЕНЕНИЕ МУЛЬТИМЕДИЙНОЙ МЕТОДИКИ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРЕПОДАВАНИЯ УЧЕБНОГО КУРСА «СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ»

Мультимедийная методика представляет собой взаимодействие визуальных и аудио эффектов на основе интерактивного программного обеспечения с использованием современных технических и программных средств. В этом процессе происходит объединение текста, звука, графики, фото, карт, картинок, видео в одном цифровом представлении. В одном процессе может участвовать текстовая, аудиальная, графическая и видео информация.

Использование мультимедийной методики находит своё применение в различных областях человеческой деятельности: рекламе, искусстве, образовательном процессе, индустрии развлечений, медицине, бизнесе, научных исследованиях и др., т. е.

в тех сферах, где ключевую роль играет восприятие информации человеком.

В образовательном процессе данная методика используется для создания компьютерных учебных курсов и справочников, таких как энциклопедии и сборники, а также в проведении лекционных и практических занятий, что позволяет участникам образовательного процесса пройти через серию презентаций, тематического текста и связанных с ним иллюстраций в различных форматах представления информации.

Мультимедийные технологии обогащают процесс обучения, позволяют сделать обучение более эффективным, вовлекая в процесс восприятия учебной информации большинство чувственных компонент обучаемого.

При помощи мультимедийного кейса, содержащего текстовую, графическую, аудио и видео - информацию, возможен способ интерактивного взаимодействия с подаваемым материалом, что значительно сокращает время для исследования, изучения подаваемой информации мультимедийными средствами.

Для совершенствования программного и методического обеспечения, материальной базы, а также в обязательном повышении квалификации преподавателей, обеспечивающих учебный курс «сравнительное правоведение» успешно используются современные информационные технологии в образовании. Применение мультимедийных средств – это одно из перспективных направлений информатизации различных тем, входящих в программу по изучению данной учебной дисциплины.

Эффективность применения мультимедийной методики в обеспечении интерактивного учебного курса «сравнительное правоведение» предопределяется поразительным многообразием объектов и различных аспектов предмета «сравнительного правоведение», имеющих выход на различные культурные уровни цивилизации и соответствующие правовые системы. Появление мультимедийных средств и их применение в обучающем процессе предоставляет безграничные возможности в обучении и подачи учебного материала, так как мультимедийные технологии позволяют сделать обучение более эффективным, значительно обогащают процесс изучения дисциплины.

Главным функциональным предназначением курса «сравнительное правоведение» является исследование различных

правовых явлений в сравнительном аспекте. Вовлекая аудио, видео и другие визуальные сопровождения в процесс восприятия учебной информации по учебному курсу «сравнительное правоведение» большинство чувственных компонентов обучаемого достигается наибольшая эффективность восприятия подаваемого материала, что как следствие повышает эффективность обучения.

В образовательном процессе изучения курса «сравнительное правоведение» мультимедийные технологии можно эффективно использовать для создания компьютерного учебного курса по данной дисциплине, а так же различных справочников по определенной тематике.

При помощи таких приемов как серия презентаций, тематический текст, и связанные по смысловому значению с текстовым материалом иллюстрации, представленные в различных форматах подачи информации, достаточно наглядно продемонстрирует общее, различное и особенное в сравниваемых объектах.

Мультимедийная методика позволяет более четко представить критерии национальных правовых систем, относящихся к соответствующей правовой семье, и наглядно показывает в качестве составляющей элементов мозаики формирующую общую панораму мира.

Правовая система как сложный правовый феномен является отражением самых различных аспектов правовой жизни любого общества. В ней сконцентрированы не только основные элементы, но и вовсе не заметные. Применение мультимедийных средств позволяет обратить внимание на все составляющие элементы правовой системы.

Накопленный опыт и проведённые психологическое тестирование убедительно показывает, что мультимедийное сопровождение примерно на 50 процентов повышает восприятие информации в ходе подачи учебного материала. Как показывают учебные программы различных ВУЗов, объем и количество часов выделенных для изучения предмета «сравнительное правоведение» не пропорционально объему материала необходимого для его изучения. Поэтому, мультимедийный сопроводительный материал позволяет экономить время и повышает объем подачи материала.

BUTLER William Elliott,
doctor of law; foreign member, National Academy of Sciences of Ukraine; associate member, International Academy of Comparative Law; John Edward Fowler distinguished professor of law, Pennsylvania State University; emeritus professor of comparative law, University College London

LEGAL TRANSLATION, INTERNATIONAL ADJUDICATION, AND COMPARATIVE LAW

Where issues of the application of foreign law are involved that require recourse by a court or arbitration tribunal to the texts of foreign legislation, judicial practice, or doctrinal writings, the guidance offered by the legislator is helpful only to a point. The Law of Ukraine on International Private Law is probably representative, at least generally, of the approach taken in many, if not most, countries of the world. A Ukrainian court or arbitral tribunal is directed, when applying foreign law, to establish the content of norms of foreign law «… according to the official interpretation thereof, practice of application, and doctrine in the respective foreign State» (Article 8[1])[1]. The court or arbitral tribunal is at liberty to apply in the established procedure for assistance and explanation either to the Ministry of Justice of Ukraine (or, respectively, the Russian Federation) and other competent agencies or organizations in Ukraine or, respectively, Russia, or abroad, or to enlist experts for this purpose [2].

Participants in a Ukrainian or Russian proceeding may submit «documents» to the court or tribunal that confirm the content of norms of foreign law that are referred to either in substantiation of or by way of objection to demands being made or

---

[1] Translated in: [4]; identical language appears in Article 1191(1), Civil Code of the Russian Federation. See: [3, p. 386].

[2] But contrast the United States practice, which allows a federal court to undertake its own research and consider any relevant material found. The court may have better foreign law materials available than counsel or may reexamine and amplify material presented by counsel in partisan fashion or in insufficient detail.

to otherwise assist the court or tribunal in establishing the content of these norms (Article 8(3), Law of Ukraine on International Private Law; Article 1191(2), Civil Code of the Russian Federation). Ukrainian or Russian law is the default position if the content of norms of foreign law cannot be established, notwithstanding the measures taken pursuant to Article 1191.

What the legislator glides over in silence (and does so, virtually universally) is that legal translation will inevitably underlie establishing the «content of the norms of foreign legislation». No standards are prescribed for translations, and judicial practice can be astonishingly cavalier in its naiveté about the central role translation must play in determining what the rules of foreign law may be in a particular situation. Experts may be enlisted to assist the court (Article 8(2), Law of Ukraine on International Private Law; Article 1191(2), Russian Civil Code; §44.1, Federal Rules of Civil Procedure, United States), although the need to involve them is being doubted in some circles.

The parameters of the discussion are well illustrated in a case in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit[1]. Unless the court reads the relevant foreign language, translations must be consulted, whether supplied by the parties and/or located by the court independently. Courts are circumspect about their capacity to work in foreign languages. Arbitrators may be less circumspect and, in my experience, commonly work in two or more languages without interpreters – a facility which may have contributed to their being chosen to arbitrate. Nonetheless, international arbitrations addressing foreign law situations widely use legal translations of foreign normative, judicial, and doctrinal material and will usually depend upon the parties to provide texts in support of their allegations or objections.

It can happen that texts provided by the parties to a proceeding enjoy the status of an «official» translation – a status that involves its own problems. «Official» rubbish is rubbish nonetheless; attaching the word «official» to a translation does nothing to enhance the quality of the product. Governments do not translate; people do (or computers, which is a danger of an entirely

[1] Bodum USA Inc., Plaintiff-Appellant, v. La Cafetiere, Inc., Defendant-Appellant.

different magnitude). Governments (or churches) endorse the quality or accuracy of a translation at their peril; in doing so, they do not elevate the text to the level of legislation. Rather, they do seek to quell a measure of dissonance over what the legislation adopted in one language means in another. In attempting to do so, they may create more problems than they resolve, tempting as superficially the prospect may be, that labeling a translation as «official» confers upon it an immutable and unassailable quality.

But these situations are uncommon. Most often translations are anything but official, even in countries where bilingualism is predominant. Consider Ukraine, for example, where the official gazette in Ukrainian contains a Russian-language section that is expressly designated as an «unofficial» translation. Unofficial it may be, but almost always the translation is superior to the commercial versions available in Ukraine that survive partly because of the unconscionable delays in producing the Russian-language versions in the gazette (four to six months).

Legal translation may be the proverbial iceberg in the larger world of translation, but not the tip. The ordinary consumer of translations – the layman, the ordinary reader – encounters translation in the domain of literature and poetry. The bookshops and the libraries are full of these and, quite frankly, these receive all the publicity – the prizes, the advertising, the conversation («have you read …?»), the assignments in schools and universities, and the mill that is called «literary criticism». What the layman does not and cannot see is the submerged portion of the translation iceberg. Legal translation – beyond doubt the most difficult and challenging of all and the essence of comparative law – comprises a vast submerged volumetric portion of the iceberg: «Legal texts are translated in vaster quantities that books and in more varied directions. Dreary as it may seem to all but legal eagles, the translation of law is a prerequisite for the construction and maintenance of a global society»[1].

This has generated a number of subsidiary legal fictions (leaving aside the proposition that all law is a fiction – a

[1] See: [2, p. 217] The «Fish» to which the title of the book refers is a literary reference to the «Babel fish» in [1], a device to provide us with instant communication with all the peoples on earth.

proposition that flows from the roots of law in symbols, or words) [1]. These fictions surface in international arbitrations, I suggest, because such arbitrations are by definition «international», that is, more likely than ordinary domestic litigation, arbitration, or other forms of dispute settlement to engage two or more languages either in the proceeding or in the materials submitted by the parties and/or consulted by the arbitrators. We address several of these below, some based on experience, others on anecdote. I offer my own labels for them – some familiar, others perhaps original.

The Fiction of Equivalence

The self-enclosed nature of the terminology of law encourages the creation of an internally coherent set of signs that can never be successfully superimposed upon any other system. The seemingly abstract and neutral statement of that proposition is complicated immeasurably by the fact that the coherence of the system – being a human creation and part of the political process in any given society – is far from perfect and is reflective of cultural, historical, sociological, anthropological, and other extraneous elements that influence the choice and the meaning of the signs (words) chosen. Taken to an extreme, this state of affairs would suggest that legal translation is impossible. Even within a single language the signs vary, such that English law, American law, Australian law, Canadian law, despite a measure of shared signs, operate different distinctions. As Barros aptly observed, these are the reasons «… you can't translate legal language – except that you must» [2].

Some years ago I was invited to speak at a summarily-convened conference in Moscow of Russian teachers of English language to law students. A foreign language is compulsory for Russian law students. The English language is the most popular

---

[1] «Law is the very model of an untranslatable text, because the language of law is self-enclosed and refers to nothing outside of itself» [2, p. 217]. Oddly enough, in our studies of comparative law we classify families of legal systems on the basis of legal traditions, legal cultures, legal sovereignties (geography), and others, but not on the basis of languages. Are we overlooking the obvious?

[2] «…The terms they use are not interchangeable. Each one is truly sui generis, constituted exclusively by the particular distinctions it makes».

choice. The conference participants assembled from throughout the country, though the majority were Muscovites. I was asked to speak about my approach to legal translation. I spoke for more than two hours and answered questions for another ninety minutes. It became clear that these teachers were experiencing a tangible measure of dissatisfaction on the part of their students. They were trained in philology, fluent in English, well-schooled in the rules of English grammar and style. But they were not trained in English law, and that was the source of the dissatisfaction. Their students believed that under the guise of teaching language, they were in fact teaching English law – of which they as teachers knew nothing. And so the question was framed: can one teach legal terminology of a foreign language to law students without teaching the law itself? Or should, or must, one be legally trained in order to teach the legal terminology of a foreign language, together with all other aspects of the foreign language, to law students?

Possible corollaries fall into place rather quickly. Should one be legally trained in order to undertake legal translation or interpreting? Should international and comparative lawyers, as an integral part of their education, be required to produce a legal translation of quality using materials from the legal system(s) in which they propose to concentrate? Should international arbitrators be required to demonstrate proficiency in legal translation as part of their qualifications to serve on a panel of arbitrators?

It is easy to fall into the creation of what I would call «false standards» for attempting to deal with the problems of translation. In fact, legal systems create false standards routinely. It is a widely accepted axiom of court procedure and due process that a defendant or respondent have, or should have, the right to understand the proceeding in which they participate and to speak to the court in their own language. Interpreters are commonly used for this purpose. They are unlikely in practice to be legally trained and may themselves not understand what they are witnessing or being asked to interpret. The fiction is that because they have some knowledge of the languages involved, they are proficient to act. Courts on appeal will not be sympathetic to the complete absence of an interpreter, but are rarely well placed to address the consequences of poor interpreting.

International arbitrations confront the same issues. Interpreters will routinely be provided by the parties and the costs absorbed for this. But the search for individuals who are capable of simultaneous interpretation (a considerable skill quite different from translations done in the solitude of one's study or office) and who have a genuine command of the terminology is perhaps more difficult than for routine court cases. International arbitrations are by their nature sophisticated forms of litigation and the issues more nuanced – and therefore more difficult to translate.

Notaries are commonly requested or required under domestic procedural rules and international conventions to certify or attest the quality of the translations of documents being submitted from one legal system to the courts, officials, or institutions of another. Apostille is a simplified means of such certification. Yet the exercise itself, so far as translation is concerned, is pure charade. The notary invariably has absolutely no basis, skills, or even time to make such a determination.

Law is not literature. The legislator (how deceiving is the singular, when even in the most totalitarian systems legislation is the product of many hands) is about as far removed from producing texts of literary quality as can be. The legislator's inherent provincialism (preoccupation with his own legal system and its signs) means that he uses words in ways that create opportunities for the fashioning of transactions that in effect produce results not merely not intended, but actually in circumvention of what the legislator was seeking to achieve. This happens, for example, when the legislator, in seeking to prohibit certain outcomes, fails to take into account what exists in other legal systems to which parties may have recourse in their transactional activity.

Ukrainian and Russian family law offer an example. All property acquired during marriage by spouses, under the Russian Family Code (Article 33) or Ukrainian Family Code (Article 60), is in their joint ownership, subject to certain exceptions, unless provided otherwise by a marriage contract [6, p. 22]. It did not occur to the Ukrainian and Russian legislators that other legal systems might make available trust structures under which Ukrainian and Russian spouses could arguably acquire property and place it outside the spousal ownership regime. Had the Ukrainian and Russian legislators done their homework in

comparative law and been determined to close the door to any possible circumvention by recourse to institutes of foreign law, such closure might have been easily achieved. By failing to address themselves to, in this example, well-known signs extant in other legal traditions, questions arise about the comprehensiveness of the Ukrainian and Russian marital property regimes.

Globalization may be encouraging the homogenization of, to use Barros' term, «transnational legalese». The Russian language offers an example of a legal system whose signs are in transition as Russian law moves from a socialist to a market-oriented legal tradition: the use of the word арбитраж (arbitrazh) to refer to both «arbitration» and to its exact opposite, litigation in State courts called «arbitrazh» courts. So endemic is the confusion that the website of the Supreme Arbitrazh Court in Moscow actually, in its English-language version, described itself as the antimone, the Supreme Arbitration Court. Instances are encountered every year of contracts whose dispute settlement clauses in Russian refer the parties to the «arbitrazh courts of Moscow» and in English speak of the «arbitration courts of Moscow». Double signing, of course, and mistranslations of calques operating in tandem.

Authentic Texts

The international legal system employs the «ostrich» theory of legal translation: produce a treaty text in multiple languages and describe each text to be «equally authentic». The European Union operates under the rule that all languages of the Union enjoy equal status. The rule itself is paradoxically ungrammatical: «a single original in Danish, Dutch, English …». The implication is that within the European Union, just as in the case of the multilingual texts of international treaties, there are no translations. Every language text is an original – that is, has the same legal force, the same authority, the same validity. Although this overlooks the reality that in almost all international forums, whether the European Union or international treaty-making conferences, or in multilingual national parliaments, the delegates worked in one or a few languages and generated a working document in a single or handful of languages, the fiction of equal authenticity is maintained even though the drafting history is

otherwise. The authentic texts, thus, are routinely agreed once the final text is achieved in the single or handful of working languages of the conference or parliament. In other words, the act of translation actually did occur, and may indeed have resulted in the original working-language version being tweaked in order to address nuances what arose in the context of further discussion. The ostrich sees only the authentic text-outcomes of the process and ignores the means by which the texts were actually achieved.

Language-Parity

For those who prefer a less avian characterization of authentic texts, the principle at stake is «language-parity». Because every official EU text or treaty text so designated is deemed to be original and authentic, issues of incorrect translation do not enter into the equation. Just as the Emperor has no clothes, so too every language in which the treaty is concluded is the original. Parallel authentic texts are known early in human history. A favorite example is the Rosetta stone (196 B.C.), which recorded a tax amnesty in Greek, Egyptian, and hieroglyphics. Other examples include the Treaty of Nerchinsk (1689), in which the Jesuits accompanying the Chinese delegation elaborated a text in Latin and then Russian and Chinese language versions were prepared, or a privatization transaction in Kazakhstan in which parallel Russian and English language texts were negotiated and the text in the Kazakh language generated later. Or arbitral awards in which the arbitrators drafted a Russian-language version and then produced the English text as required (or *vice versa*), both texts of the award being equally authentic.

In a sense what the European Union is doing to quite a high standard is developing its own self-enclosed system of legal language within the 24 languages that have official status. For all of its difficulties and denials, that system is capable of working and supporting the myths that it generates. It is strengthened in this mission by the fact that its translators at the level of the European Court of Justice are legal and language professionals who are involved in drafting exercises, or as Barros put it, «… the manipulation of the law as language and language as law».

International commercial arbitrations operate in a more decentralized environment with respect to translations and

multiple languages, as indeed do most domestic courts. In American federal courts, the judges often see the issue with respect to languages as one which either requires the court to consult existing translations of foreign legislation, doctrine, and judicial practice, or to permit or encourage the parties to enlist the services of experts on foreign law: «But … the law of most … nations that engage in extensive international commerce, is widely available in English. Judges can use not only accepted (sometimes official) translations of statutes and decisions but also ample secondary literature, such as treatises and scholarly commentary» (Chief Judge Easterbrook). Arbitrators may say the same.

There may be an additional disadvantage to using experts, at least in the American context: «Trying to establish foreign law through experts' declarations not only is expensive (experts must be located and paid) but also adds an adversary's spin, which the court then must discount. Published sources such as treatises do not have the slant that characterizes the warring declarations presented in this case» (Chief Judge Easterbrook).

Much of the American concern about experts serving as «hired guns» for the parties who retain their services is self-inflicted. The federal judiciary is itself appointed on the basis of political calculations and considerations, and experts are not charged, as for example they are in England, with assisting the court or the arbitral tribunal rather than the parties to the case[1]. What the court believed ought to be encouraged is locating «… official, or reputable unofficial, translations and when there are not the parties can have the relevant portions translated into English».

What constitutes a «reputable» translation? At the outset, at least, a reputable translator. However, in practice these days the commercial legal world operates with translations deliberately anonymous (produced within law firms by translation divisions or outsourced to

---

[1] In his concurring opinion, and presumably in confirmation of the American perception of the «hired gun» syndrome, Judge Posner said: «Lawyers who testify to the meaning of foreign law, whether they are practitioners or professors, are paid for their testimony and selected on the basis of the convergence of their views with the litigating position of the client, or their willingness to fall in with the views urged upon them by the client».

translation agencies, or downloaded from the Internet). Firms, just as governments or international organizations, do not translate. People do. Who? What qualifications do they have? Are they experienced legal practitioners or young graduates in languages? Who in the firm is qualified to assess the quality of the work being produced? Worse are the unattributed translations on the Internet or offered by commercial data bases. In the CIS, although the quality and accuracy of the data bases may vary from one country to another, and appropriate account must be taken of those where computers are being used without disclosure of this (e.g., Ukraine), the English-language versions of this material are nothing short of dreadful. The principle *caveat emptor* must operate.

The same due diligence that lawyers routinely undertake when assessing the quality and veracity of evidence needs to be undertaken with respect to the accuracy of translation [5, p. VI]. Legal translation, as this writer has argued elsewhere, is the foundation of comparative law. As the European Union recognizes, translation is a matter for the experienced lawyer/linguist/comparatist. Monolingual arbitrators and judges work at their peril with translations whose origins are unknown. Monolingualism is not merely a self-imposed disability; it fractures the ability to place oneself within the mental set of another legal system and its signs, including to appreciate and anticipate the perplexities that may arise simply by virtue of multilingual situations, even if the language is one which the judges, arbitrators, or lawyers themselves do not possess.

---

1. Adams D. The Hitchhiker's Guide to the Galaxy. – New York: Harmony Books, 1980.

2. Bellos D. Is That a Fish in Your Ear? Translation and the meaning of everything. – London: Particular Books, 2011.

3. Butler W. E. Civil Code of the Russian Federation. – London: Wildy, Simmonds & Hill Publ., 2010.

4.Butler W. E. Russia & The Republics: Ukraine (looseleaf service; 2006).

5. Butler W.E. Russian-English Legal Dictionary and bibliographic sources for Russian law in English. – Ardsley, NY: Transnational Publishers; London: Simmonds& Hill, 2001.

6. Family Code of Ukraine / Ed. and transl. by W. E. Butler. – Kyiv, 2011.

МАКСИМОВ Сергей Иванович,
доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент Национальной академии правовых наук,
профессор кафедры философии Национального университета
«Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого» (Харьков)

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИНГВИСТИКА: ПЕРСПЕКТИВА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

В системе юридических наук сравнительное право (или сравнительное правоведение) представляет собой часть общих правовых исследований, наряду с такими дисциплинами, как теория/философия права и история права. В то же время, сравнительное право отличается от них тем, что подобно доктринальным правовым исследованиям (отраслевым юридическим наукам) часто обращается к изучению действующего права. При этом оно интерпретирует право в пределах не одной правовой системы, а в нескольких одновременно. Поэтому его эпистемологическая позиция отличается от исключительно внутренней позиции доктринальных исследований. Другим проявлением методолого-эпистемологической особенности сравнительного права является то, что его представители должны быть способны к реконструкции смысла чужих для них норм.

Для достижения этой цели необходимо не только учитывать социокультурный контекст, но и особенности языка, на котором написаны сравниваемые тексты. Один из основателей сравнительного права Эрнст Рабель (1874–1955) подчеркивал, что простое сравнение текстов не является подлинным сравнительным правом; тексты сами по себе подобны скелету без мускулов и нервов. Язык – это форма, которую принимает закон. Задача компаративиста состоит в том, чтобы «забраться под кожу» закона.

Поэтому к сравнительному праву тесно примыкает такое относительно новое направление правовых исследований, как сравнительная юридическая лингвистика. Она очень тесно связана со сравнительным правом и порой трудно говорить о них

раздельно. Сходство между ними легко понять, потому что юридические тексты в различных правовых системах написаны на разных языках. Тонкое понимание языка права и владение несколькими языками является важным требованием к современному компаративисту. Лингвистический дефицит создает барьер между ученым и его предметом. В эпоху, когда право становится глобальным и межнациональным (по крайней мере, европейским) важно понять, что юридический перевод, также как интерпретация и систематизация наднационального права в национальных системах означает, что сравнительное право и юридическая лингвистика становятся факторами, которые влияют на методологию национального права.

Большое значение для развития сравнительно-правовой лингвистики имеет функциональный подход, обоснованный Конрадом Цвайгертом (1911–1996) и Хайном Котцом (род. 1935). Согласно их точки зрения основным методологическим принципом всего сравнительного права является принцип функциональности, поскольку правовая система любого общества стоит по существу перед теми же самыми проблемами и решает эти проблемы очень отличающимися методами, хотя очень часто с подобными результатами.

Юридический перевод – одна из самых важных проблем в сравнительном праве. Цель состоит в том, чтобы содержание правового документа было правильно передано иностранному читателю. На общем уровне функциональное сравнительное право и юридический перевод могут частично толковаться как одно и то же. Однако различия существуют, и они являются результатом несходства интересов компаративиста и переводчика. Компаративист сравнивает функции, принятые в различных системах, чтобы решить ту же самую правовую проблему, и ищет сходства и различия, обращаясь к истории, экономике, политике, культуре, даже географии. В то время как для переводчика чужая правовая система и юридическая культура – существенные контексты для перевода хорошего качества, для компаративиста язык иностранной правовой системы – одно из необходимых условий для исследования.

То, что юридическая лингвистика и сравнительное право настолько близки, объясняет, почему некоторые лингвистичес-

кие ориентируемые компаративисты полностью переключились на юридический перевод и юридическую лингвистику.

Появление наднациональных правовых структур (право ЕС, Европейский суд по правам человека) бросает методологический вызов и национальной правовой доктрине, и сравнительному праву. Для наднациональных судов удобство и простота использования сравнительного права очевидна: для того, чтобы знать как иметь дело с различными национальными системами Европейский суд справедливости должен, прежде всего, знать, как эти системы функционируют. Сравнительные правовые интерпретации также играют важную роль в этих видах сравнении: различные языковые версии также изучают параллельно.

Пример необходимости сравнительного права представлен выражением «гражданские права и обязанности» ('droits et obligations de caractère civil' на французском языке) в статье 6 (1) Европейской конвенции по правам человека. Выражение проблематично, потому что в различных государствах-членах у него есть различные формулировки, которые отражают собственную юридическую культуру государства-члена, а не содержание Европейской конвенции по правам человека (примером чему является немецкий перевод). Европейский суд по правам человека должен выразить в своих решениях хорошо определенные с юридической точки зрения значения, что означает, что он должен применять практическое сравнительное право, конструирующее общее содержание для различных языковых версий.

В юридическом переводе принцип функциональности не отвергается с такой настойчивостью, как в сравнительном праве, поскольку не нужно в переводе делать неправдоподобные предположения о подобии правовых систем. Обычно переводчик не должен давать подробное объяснение на общем (юридическом) уровне относительно того, почему он выбрал особые функционалистские эквиваленты в процессе перевода. С другой стороны, для сравнительных юридических лингвистов в процессе осуществления перевода важно знать контексты юридических языков. Для сравнительного права знание языка является самым эффективным и коротким путем к достижению понимания.

ГУСАРЄВ Станіслав Дмитрович,
доктор юридичних наук, професор,
начальник кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ

СТРУКТУРА ДІЯЛЬНОСТІ ЯК КРИТЕРІЙ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

У сучасному правознавстві досить широко використовується принцип діяльності, що зумовлено соціальною природою та функціональною роллю права, цілеспрямованою діяльністю соціальних суб'єктів, які виступають як суб'єкти права або суб'єкти правових відносин тощо. Так, наприклад, дослідження держави, її окремих форм пов'язується з функціонуванням, розвитком, режимом здійснення влади, де людська діяльність є першоосновою всякого динамізму. Функціонування права в суспільстві також можна пояснити за допомогою категорії діяльність, яка характеризує стан активності соціальних суб'єктів, з одного боку, та втілення у їх поведінку приписів права, що є змістом окремих функцій, з іншого. Разом з цим, реалізація норм права досліджується через призму людської діяльності, набуваючи різних форм втілення у правову дійсність. Отже феномен соціальної діяльності може бути взятий за основу для пізнання закономірностей виникнення, розвитку та функціонування правових явищ, що стали предметами наукового пізнання. Саме це обумовлює необхідність звернення до питань інструментальної цінності діяльнісної методології, яка широко використовується у дослідженнях загальнотеоретичного та прикладного характеру, що саме і обумовлює актуальність обраної проблеми.

У зв'язку з цим основною метою запропонованої статті є висвітлення структури діяльності, в якій кожний із її елементів може використовуватись як критерій для проведення правового порівняння.

Своєю актуалізацією у сфері наукових досліджень категорія «діяльність» має завдячити досягненням соціальної філософії, іншим чинникам, що сприяли актуалізації та поширенню положень західної праксеології, а також розповсюдженню сине-

ргетичних, біхевіористських тенденцій у наукових дослідженнях. Серед всіх категорій, що становлять каркас соціальної філософії, категорія діяльності знаходиться у розряді перших серед загальних поряд із такими важливими категоріями, як людина, цивілізація, суспільство, суспільно-економічна формація, суспільні відносини тощо [1, с. 27].

Якщо йдеться про історико-порівняльні дослідження, то вивчення державно-правових явищ в аспекті діахронного або сінхронного порівняння взагалі не мислиме без детального аналізу діяльності конкретних людей, їх громадських, політичних об'єднань, взаємодії людських формувань, результатів політичного правління тощо. Принцип діяльності, як провідна ідея, методологічна установка, вимагає від дослідника відшукувати причинні зв'язки між подіями в суспільстві через їх детермінацію предметною діяльністю членів суспільства. Тому зазначимо, що безпосередня деталізація принципу діяльності відбивається у методиці діяльного підходу, використання якого дозволяє не тільки висвітлити динамізм явищ правової дійсності, але й роль людського фактору, пов'язати абстрактні правові конструкції з практикою життя, конкретною поведінкою суб'єктів права, надати, таким чином, теоретичному дослідженню рис прагматизму.

За визначенням Е.Г. Юдіна, діяльність – це специфічна людська форма активного відношення до оточуючого світу, зміст якого становить цілеспрямована зміна та перетворення цього світу на основі оволодіння й розвитку наявних форм культури [4, с. 267–268].

Але привертає увагу позиція Б.Ф. Ломова, який категорію діяльності визначив як суспільно-історичну категорію. Дійсно, слід визнати, що «діяльність» – це категорія історичного матеріалізму, виходячи з аналізу наукової літератури другої половини XX ст. Проте яке її методологічне значення – про те свідчить активність її галузевого й міжгалузевого використання.

Із категоріями «діяльність» та «поведінка» як основними категоріями діяльного підходу тісно пов'язуються й інші, зокрема, категорії «активність», «спілкування», «структура», використання яких дозволяє співставити не тільки взаємозв'язок окремих явищ завдяки опосередкованому характеру діяльності лю-

дини, але й дослідити шляхом співставлення окремі види діяльності як самостійний предмет вивчення.

Одним із центральних аспектів у компаративному дослідженні діяльного спрямування є визначення елементного складу внутрішньої будови діяльності. Як складові діяльності більшість вчених у психологічних дослідженнях визнають такі: мотив, ціль, планування діяльності, переробка поточної інформації, оперативний образ (та концептуальна модель), прийняття рішень, дії, перевірка результатів, корекції дій [3, с. 216]. Разом з цим М.С. Каган пропонує у визначенні структури діяльності користуватися системним аналізом, який дозволяє уявити діяльність в якості «організованої складності», а також виокремити саме ті критерії, які б дозволили розглядати окремі види діяльності як необхідні й достатні підсистеми цілісної системи діяльності [2, с. 51].

Найбільш універсальним та поширеним підходом для проведення порівняння пропонується обрати такий, в якому структурними елементами діяльності виокремлюють суб'єкт, об'єкт, мету, мотив, ціль, засіб, спосіб, результат тощо. Саме ці складові можна використовувати як критерії при визначенні рис схожості або відмінності явищ, що функціонують у різних правових умовах, але обумовлюються у своєму розвитку фактором людської діяльності. Отже кожний складовий елемент структури діяльності може виконувати роль методологічного аспекту, зрізу або площини, у якій відбувається пізнання явищ, що співставляються. Це можуть бути, наприклад, суб'єкти здійснення різних видів правової діяльності, засоби забезпечення законності в умовах різних правових систем, юридичний та фактичний зміст правових відносин, мета законодавства різних епох або країн тощо.

---

1. Андрущенко В.П., Михальченко М.І. Сучасна соціальна філософія: курс лекцій. – 2-ге вид., вип. й доп. – К.: Вид-во «Генеза», 1996. – 368 с.

2. Каган М.С. Человеческая деятельность. – М., 1974. – 328 с.

3. Ломов Б.Ф. Методологические и теоретические проблемы психологии. – М.: Изд-во «Наука», 1984. – 445 с.

4. Юдин Э.Г. Системный подход и принцип деятельности. – М., 1978. – 391 с.

ВЕТЮТНЕВ Юрий Юрьевич,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры истории и теории права и государства
Волгоградской академии государственной службы

К ВОПРОСУ О СРАВНИТЕЛЬНОМ ИЗУЧЕНИИ ЯЗЫКОВЫХ ФОРМ ПРАВА

Юридический язык – едва ли не главный фактор, конституирующий право как самостоятельный социальный институт. Сравнительный анализ свидетельствует о том, что юридические тексты пишутся и всегда писались на совершенно особом языке; сам этот язык меняется, но его «особость» по отношению к общелитературному усредненному языку данной эпохи и общества неизменно сохраняется. Регулярно высказываемая учеными-юристами идея, будто бы законы должны писаться на языке, понятном и близком большинству людей, едва ли имеет шансы быть претворенной в жизнь.

Р. Барт в своих эссе «Разделение языков» и «Война языков» показал, что наличие у каждой социальной группы собственного языка, так или иначе вписывающегося в национальный язык (так называемого «социолекта») является залогом выживания данного коллектива. Использование определенных слов и грамматических конструкций позволяет выстраивать ту картину мира, которая функционально необходима данной социальной группе. Эти языки находятся между собой в сложных отношениях, часто построенных на силе и противостоянии [1, с. 519–540]. Соответственно, написание юридических текстов на языке большинства не имеет смысла: «незачем приспосабливать письмо к языку большинства, ибо в обществе отчуждения большинство не универсально, и потому говорить на его языке (так поступает массовая культура, ориентируясь на статистическое большинство читателей и телезрителей) – значит все-таки говорить на одном из частных языков, пусть даже и на самом массовом» [2, с. 533]. Если следовать классификации Барта, то юридический язык относится к так называемым «энкратическим» языкам, которые обладают властным характером – либо рождаются и живут внутри властных группировок, либо используются ими для влияния на остальное общество.

Обособление юридического «социолекта» внутри национального языка, по существу, способствует сохранению правовой системы как функционально самостоятельного механизма в сос-

таве общества; переход права на разговорный или любой другой язык, соответственно, означал бы постепенное растворение в культуре и утрату своей предметности. Особенности юридического языка соответствуют миссии права и юридического сообщества как хранителей идеи социального порядка.

Сравнительно-правовые исследования подтверждают эти гипотезы. Так, изучая язык Декларации независимости США 1776 г., И.П. Малинова отмечает ее сдержанный пафос, достоинство слога, благородную интонацию («Когда в ходе событий для одного народа становится необходимым разорвать политические узы, связывавшие его с другим, и среди других держав на земле занять самостоятельное и равное положение, на которое ему даруют право законы естества и создатель, – приличествующее уважение к мнению человечества обязывает объявить причины, побуждающие к отделению…»). Далее, переходя к современной традиции составления международных актов о правах человека, автор указывает: «В ней превалирует установка на исчерпывающую точность формулировок, категоричность тона и присущая скорее отраслевым кодексам канцелярская стилистика. В грамматическом, фразеологическом и вообще стилистическом построении самих преамбул, задающих тон всему документу, совершенно отсутствует человек – и как адресат деклараций, конвенций, и как их смысл, и как тот подлинный автор, от лица которого и составляли конвенцию ее авторы. В результате в этих декларациях и конвенциях есть буква, но нет *духа*» [2, с. 87].

Но это суждение противоречиво. Разве сама бросающаяся в глаза категоричность и отсутствие личностного начала не относятся именно к духу этих юридических текстов? Видимо, здесь предполагается, что дух права может быть основан только на чувстве индивидуальности; в этом случае безличность и холодность юридического языка действительно свидетельствовали бы о бездуховности. Но если «подлинный автор» правовых текстов – не личность, а социальное целое, то категоризм и строгость формулировок говорят именно о том, что замысел текста не обращен к отдельно взятому лицу, а направлен на общее благо, являющееся для каждого императивом.

Развивая эту критику современных конвенций о правах человека, И.П. Малинова продолжает: «Поэтому они действуют на официальном, формальном уровне. В них нет интонации, отсутст-

вует та гармоническая, почти звуковая волна культуры, которая только и может вызвать резонансный отклик людей…» [2, с. 87]. По всей видимости, следует понимать это так, что действие права «на официальном, формальном уровне» есть какой-то низший способ его осуществления, не требующий никакого резонансного отклика. Однако наличие у права официальных свойств и является, собственно, его основным преимуществом, которое ценится более всего. Именно ради того, чтобы право действовало на формальном уровне, и понадобился отказ от образных языковых средств, от эмоциональности и благородного пафоса. Вполне очевидно, что Декларация независимости США выполняло совсем иную задачу, а именно *демонтировала* существующий политический порядок, чтобы построить на его месте новую государственность; именно этому и служили соответствующие языковые конструкции, не рассчитанные поэтому на формальное действие. Что касается современных юридических актов, направленных на *защиту* правовых ценностей, то они достигают этого именно своим формализмом, требовательностью, намеренной сухостью и бесстрастностью, поскольку устранение эмоций оказывается одним из необходимых первоначальных условий для создания общей среды обитания.

---

1. Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. – М.: Прогресс, 1989. – 616 с.

2. Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). – Екатеринбург: УрГЮА, 1995. – 160 с.

АНДРЮШКО Ірина Ярославівна,
аспірант кафедри теорії держави і права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
заступник начальника юридичного відділу
Южненської міської ради Одеської області

ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ ЯК ПРЕДМЕТ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Порівняльно-правові дослідження є прикладом функціонування порівняльного правознавства як самостійної науки у

системі юриспруденції, яка має власні предмет, методологію, понятійно-категоріальний апарат тощо.

Саме завдяки порівняльно-правовим дослідженням можливо дослідити генезис правової панорами світу, вивчити характерні риси правових сімей, що у подальшому дозволить вийти на рівень кожної правової системи. Серед правових засобів, які утворюють правову систему, чільне місце посідає правове мислення професіоналів-правознавців, оскільки ця категорія розкриває внутрішнє буття професійної юридичної діяльності, фундаментом якої є праворозуміння – детермінанта формування правових сімей.

Метою даного дослідження є теоретичне обґрунтування необхідності вивчення правового мислення у порівняльно-правових дослідженнях як категорії понятійно-категоріального апарату загальної теорії держави і права, що буде досягнуто завдяки аналізу лише деяких дефініцій поняття категорії «правове мислення» та ілюстрації можливого порівняння дискреційних повноважень суддів у правовій сім'ї романо-германського права та правовій сім'ї загального права як проявів правового мислення.

Нині, комплексного дослідження порушених вище питань, не існує, що підкреслює доцільність такого вивчення. У російській юридичній науці проблемам правового мислення присвячені праці А.В. Аверіна, В.А. Курьянова, А.Є. Жалінського, А.Ю. Мордовцева, А.І. Овчинникова та інших.

На думку А.Ю. Мордовцева, правове мислення – це особливий різновид інтелектуально-пізнавальної діяльності, а також правила (канони), за якими у визначеній соціально-правовій системі прийнято формувати та розвивати правову мову та передавати будь-яку юридично важливу інформацію [1, с. 38].

Правове мислення – феномен правової сфери духовного світу людини, процес розуміння індивідом навколишньої соціально-правової дійсності, результатом якого є, з однієї сторони, бажане та позитивне право, а з іншої – комплекс правових знань, навичок та стереотипів поведінки, що формуються та інституціоналізуються у правовій свідомості та юридичному світосприйнятті людини [2, с. 309].

А.Є. Жалінський зазначає, що «правове мислення є інтелектуальною діяльністю, що направлена на вирішення завдань, пов'язаних із використанням правових засобів або правових аргументів …» [3, с. 198].

Вважаємо, що правове мислення – це поетапна розумова, творча, інтелектуальна діяльність професіонала-правознавця у процесі правової комунікації, направлена на пізнання, оцінку правових явищ, використання норм права, правових принципів для реалізації суб'єктивних прав та обов'язків професіонала-правознавця, що зосереджена на оцінюванні правомірної чи неправомірної поведінки за допомогою використання суджень, що створюються під впливом як раціональних, так і ірраціональних чинників.

Яскравим прикладом реалізації правового мислення є функціонування дискреційних повноважень суддів, тобто повноважень дії за власним розсудом.

Теорія дискреційних повноважень розробляється у напрямку «вільного права» соціологічної юриспруденції та «відродженого» природного права західноєвропейської юридичної науки.

На думку С. Липня, представники юридичного позитивізму ратували за режим повної законності, за буквальне застосування права. Водночас, прибічники соціологічних та психологічних юридичних теорій наполягали на неможливості абсолютного підкорення судді закону (дана проблема аналізується у зв'язку із правозастосовчою діяльністю суду), на ту обставину, що у законі немає відповідей на всі питання, які ставить життя. Таким чином, необхідно встановити межі розсуду суддів, дослідити та вказати критерії, на які повинен орієнтуватись суддя [4, с. 318]. Головне у правовому мисленні судді при виконані дискреційних повноважень – не перетворити суддівський розсуд на суддівське самоуправство.

У судах правових систем загального права визнана фундаментальною доктрина, відповідно до якої судді не повинні допускати до того, щоб їх використовували як «знаряддя нерівності та несправедливості» [5, с. 208–209]. Втілення такого положення можливо знайти і у судах правових систем романо-германської правової сім'ї із кореляцією на чіткі та жорсткі законодавчі межі такого суддівського розсуду. Тобто, у сім'ї романо-германського права такі повноваження функціонують порівняно із аналогічними повноваженнями у суддів сім'ї загального права, оскільки законодавство сімей загального права є більш казуїстичним, чим правової сім'ї романо-германського права. Е. Аннерс відмічає, що така юридична техніка – наслідок пре-

цедентного методу, та її головна мета – досягти такого ж ефективного вирішення конкретного випадку у законодавстві, яке надає прецедент [6, с. 369].

З огляду на вищезазначене, вивчення правового мислення у порівняльно-правових дослідженнях шляхом порівняння його проявів на правовій карті світу, дозволить у подальшому з'ясувати загальні, відмінні та специфічні ознаки правового мислення професіоналів-правознавців відповідної правової системи, правової сім'ї, як фундаментального чинника еволюції правових систем.

---

1. Мордовцев А.Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурно-антропологические проблемы // Правоведение. – 2003. – № 2. – С. 38–42.

2. Овчинников А.И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2003. – 344 с.

3. Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность: учебное пособие. – М.: Изд-во БЕК, 1997. – 330 с.

4. Липень С. Правопонимание и применение права: к проблеме соотношения законности и усмотрения в правоприменительной деятельности с позиций ранних подходов к пониманию права в юридической науке начала XX в. // Право Украины. – 2011. – № 1. – С. 317–319.

5. Кросс Р. Прецендент в английском праве / пер. с англ. – М., 1985. – 238 с.

6. Аннерс Э. История европейского права / пер. со швед. – М.: Наука, 1994. – 397 с.

САПАРОВА Анастасія Олександрівна,
викладач кафедри теорії та історії держави і права
Київського міжнародного університету

УНІВЕРСАЛІСТСЬКИЙ СЦІЄНТИЗМ ЯК КОНТЕКСТ ВИНИКНЕННЯ І КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЇ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Питання концептуалізації методології порівняльного правознавства є невіддільним від ідеї універсалізації права, яка має свої корені у багатьох епохах, але найяскравіше цей процес отримав свій розвиток починаючи з епохи Просвітництва.

Як вказував відомий вітчизняний філософ права Є.В. Спекторський в праці «Походження ідеї загального, чи універсального, права», в основі ідеї загального права лежить прагнення всезагальності і необхідності, універсалізму у науці. І в цьому смислі ця ідея така ж стара, як і прагнення піднятися над описом окремих фактів на висоту принципів – якщо не апріорних, дедуктивних, то хоча узагальнюючих, синтетичних, а то і просто еклектичних. В цьому смислі теорія загальної науки була дана вже Платоном, який ставив ідею вище емпірії, і Аристотелем, котрий вважав, що одиничне як таке не може бути предметом науки [2, с. 433]. Але, разом з цим, вказаний вчений особливо наголошував, що поняття наукового універсалізму пов'язане з новою, більш пізньою традицією. А саме, що ідея універсального, загального права в сучасному розумінні «могла виникнути тільки завдяки універсалізму раціоналістів 17 століття. Повсюди – як у пізнанні, так і у бутті – вони шукали єдність і тотожність [2, с. 435]».

Прагнення у Просвітництві «стати зі століттям нарівні» пробудило також юристів і особливо теоретиків права у 17 столітті подбати про те, щоб звести просторий океан права до небагатьох прозорих джерел чистого і «правового» розуму, і створити загальну юриспруденцію (jurisprudentia universalis), об'єктом якої було б тільки загальне право – jus universale. Завдяки цьому у розуміння юридичних і інших взагалі норм була внесена вимога їхньої неодмінної всезагальності. Теорія юридичного і взагалі морального пізнання збагатилася ідеєю категоричного, всезагального і необхідного імперативу. Оскільки найбільш суттєвим, і навіть лише гідним уваги науки вважалось загальне, то перед філософією права 17 століття природно виникло питання про те, як знайти загальне право і до чого його застосовувати. При цьому, «для універсальної юриспруденції 17 століття вже не Стародавній Рим був, як виразився Юстиніан у дев'ятій новелі, батьківщиною законів. Такою батьківщиною визнавалась філософія, і до того ж раціоналістична. Тому універсальна і філософська юриспруденція вважалися синонімами. Більшості новаторів 17 ст. здавалось, що як з боку змісту, так і з боку методу універсальна юриспруденція повинна співпадати з новим, раціоналізованим природним правом [2, с. 436]».

Однак, порівняльне правознавство виникло не з самої ідеї філософізації юриспруденції, а з усвідомлення недостатності класичного філософського знання для формування універсального права. Найбільш повно цю ідею висловив німецький філософ права А. фон Фейєрбах в праці «Погляд на німецьке правознавство», який вважається першим, хто обґрунтував науку порівняльного правознавства. Зокрема сучасний дослідник ґенези та історії порівняльного правознавства О.В. Кресін вказує, що датою «появи на світ» порівняльного правознавства можна вважати 1810 р. (рік першої публікації вказаної праці Фейєрбаха), коли йому дана назва та сформульована мета, принципи й засоби розвитку [1, с. 27].

Як зазначав німецький вчений, «філософія, як тільки вона заходить на територію позитивної науки, не може бути творцем, а лише учителем. Там вона прив'язана до вже існуючої матерії. Вона може формувати її, наповнювати ідеями й духовно оживляти. Однак у неї такі ж можливості, як у скульптора, який не створює мармур, або ж як у душі, яка не може зруйнувати власне тіло. Тобто вона не може ані надто звеличити певну матерію, ані забрати у неї щось, що було їй первісно притаманне. Однак про своє покликання філософія надто швидко забула. Вона захотіла бути не компаньйонкою, а повелителькою правознавства, не просто навчати, а панувати, не тільки аналізувати і коментувати закони, але й видавати їх, а те, що вже існувало і діяло, – знищувати, керуючись лише повноваженнями, які нібито надавав їй безсмертний «практичний розум». Позитивне право валялося в її ногах немов жалюгідна матерія і щоразу коли не вписувалося в її рамки, було зневажене. Запитання на кшталт «що це таке?» для неї якщо і мало сенс, то дуже незначний, адже «немає того, чого не має бути! Немає жодного іншого закону як тільки в мені й завдяки мені». Це було золотим правилом філософії, яке вона або ж чітко проголошувала, або ж якого мовчки дотримувалася. Тому й небезпідставно проти такої пихатості повстали як практики, так і теоретики, відтак – з виправданою ненавистю озброїлися проти неї [3, с. 13–14]».

Філософія права – це просто наука про правила, які повинні стримувати законодавця і керувати ним. Однак те, що стримує і спрямовує законодавця, є мудрістю, а мудрість – ніщо інше, як

прояв його розуму на службі справедливості. Єдине, що можна вивести з чистого розуму, – це необхідність існування поміж людьми певного законодавчо врегульованого, правового співіснування. Але як усе це функціонує? І як досягти такого стану? На ці запитання чистий розум навіть не намагається дати відповідь, цим опікується просто глузд. Чиста форма права, як би її не розуміли, завжди негативна. З неї не може утворитися нічого позитивного, а відтак – вона позбавлена будь-якого змісту і слугує критерієм для визначення того, наскільки чинні та майбутні закони прийнятні з правової точки зору. Однак вона не є тим елементом, з якого міг би розвинутися зміст будь-якого законодавства.

Саме тому Фейєрбах проголошує створення нової юридичної науки – порівняльного правознавства. Вже у назві порівняльного правознавства німецькою мовою – vergleichende Jurisprudenz – закладено розуміння його як науки. Об'єктом її мало стати право усіх країн та народів, що мало досліджуватися у порівнянні. Предметом її є пізнання спільного та особливого у розвитку правових систем, а також забезпечення розвитку національного права шляхом його взаємодії із зарубіжними правовими системами, в тому числі шляхом запозичення правових елементів. Окрім того, Фейєрбах у цій праці порушує питання про ціннісний потенціал порівняльно-правових досліджень: вони здатні сприяти «створенню загальної спільноти ідей та діянь» [1, с. 27]. Вчений підкреслював, що «найбагатшим джерелом для будь-яких відкриттів у кожній емпіричній науці є порівняння і поєднання. Лише завдяки різноманітним протиставленням протиставлене стає абсолютно зрозумілим. І тільки завдяки виявленню подібного і несхожого, а також їхніх причин, можна вичерпно обґрунтувати якість та сутність будь-якої речі. Так само як на основі порівняння мов формується філософія мови (тобто власне мовознавство), так і на основі порівняння законів та правових звичаїв як найбільш споріднених, так і найбільш культурно віддалених націй усіх часів і держав вибудовується універсальна юриспруденція – наука про закони, без зайвих додатків, яка тільки одна й зможе привнести справжнє, повноцінне життя в кожну зі спеціальних галузей юриспруденції. Не можна говорити про дух окремого законодавства, якщо знайомий лише з ним одним і тільки з історією його розвитку [3, с. 15]».

Отже, порівняльне правознавство виникло як етап і необхідний логічний наслідок розуміння універсалізації права як розгортання і втілення його сутності, воно мало стати формою здійснення і існування такої універсалізації. Ґенеза порівняльного правознавства полягає в усвідомленні недостатності і неможливості класичного філософського знання забезпечити формування універсального права і знаходження універсального в праві, необхідності трансформації філософського підходу до права. Наслідком такої трансформації і стало порівняльне правознавство, яке вперше обґрунтував німецький філософ права А. Фейєрбах.

---

1. Кресін О.В. Пауль Йоганн Анзельм фон Фейєрбах і питання про ґенезу порівняльного правознавства // Порівняльно-правові дослідження. – 2011. – № 2. – С. 22–28.

2. Спекторский Е.В. Происхождение идеи общего, или универсального, права // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира: у 2 кн. – Кн. 2 / за ред. І.С. Гриценка. – К.: Либідь, 2011.

3. Фейєрбах П.Й.А. Погляд на німецьке правознавство // Порівняльно-правові дослідження. – 2011. – № 2. – С. 10–22.

СЕРЕДЮК Вікторія Володимирівна,
асистент Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

МОДЕЛЬ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ К. ЦВАЙҐЕРТА І Г. КЬОТЦА

Юридична компаративістика як наука та юридична дисципліна в історичній ретроспективі виникла не так давно, на початку XX ст. З огляду на сучасний суспільний і науково-технічний розвиток, вона набула суттєвої актуальності та поширення у науково-пізнавальних та інших сферах суспільного життя різних країн. Її методологія не набула рис непорушної та усталеної системи, а характеризується як складне та багатопланове утворення, що активно видозмінюється та розвивається у наукових дослідженнях останніх десятиліть.

Методології та методиці порівняльно-правового дослідження присвячені роботи О. Кресіна, П. Рабіновича, О. Скакун, Ю. Тихомирова, В. Ткаченка, Є. Харитонова, О. Харитонової, В. Шишка та ін.

Сучасний стан юридичної компаративістики, як вітчизняної, так і зарубіжної, характеризується активним розвитком, конструюванням та дослідженням відповідних теоретичних схем як правопізнавальних процедур в сфері порівняння права та правових ідей.

На нашу думку, у вітчизняній науці залишаються малодослідженими моделі, розроблені в працях іноземних правознавців. Вони могли б збагатити вітчизняну методологію науки порівняльного правознавства та слугувати дороговказами при здійсненні порівняльно-правових досліджень.

Особливий інтерес становить висвітлення моделі порівняльно-правового дослідження, запропонованої німецькими правниками К. Цвайґертом та Г. Кьотцем. Тому предметом нашого виступу є розгляд цієї моделі як формалізованої методики порівняльно-правових досліджень.

В своїй роботі науковці виокремлюють п'ять характерних етапів дослідження у сфері порівняння права та правових ідей. Це такі етапи: постановка проблеми, вибір матеріалу для порівняння, власне порівняння, створення системи внаслідок порівняння, критична оцінка результатів порівняльно-правового процесу дослідження. Спробуємо розкрити їх зміст.

1. Постановка проблеми. Цей етап полягає у висуненні питання, ідеї, гіпотези стосовно прогалин, суперечностей у регулюванні певної ситуації за національним законодавством. Формулювання проблеми – це творчий інтелектуальний процес пізнання. Він становить теоретичне виокремлення кола питань на основі усвідомлення недоліків національного законодавства та юридичної науки, а також спробу пошуку їх вирішення в іноземній системі права.

2. Вибір матеріалу для порівняння. До матеріалу, на основі якого буде здійснюватися подальше порівняння належать правові норми, обсяг дослідницького матеріалу, система понять тощо. При цьому слід дотримуватися правила «порівнюваності» об'єктів, тобто співвідносити однопорядкові предмети та явища,

що містять спільні ознаки для порівняння. Необхідно враховувати, що різні системи права та правові науки тієї чи іншої держави містять відмінні норми та інститути для врегулювання певних відносин, терміни та поняття для позначення того чи іншого явища. Тому при здійсненні порівняння варто виходити не з системи понять власного національного правопорядку, а з огляду на цілі, функціональність, природу і сутність предметів і явищ, що порівнюються.

3. Власне порівняння. Цей етап полягає у здійсненні порівняння на основі зібраного емпіричного матеріалу, його опису та формування звіту стосовно правових систем різних країн. На цьому етапі здійснюється вивчення, систематизування та порівняння наявних робіт, присвячених окремим державам з метою з'ясування, в яких з них досліджуваний предмет вже реферативно окреслений. При цьому дослідник повинен бути детально ознайомлений з вихідним матеріалом цих робіт, сутнісними ознаками та властивостями досліджуваного предмету. Порівняльний аналіз правових систем різних країн призводить до віднайдення вирішення поставленої проблеми, формування певної концепції. Тому для повного і правильного порівняння дослідник повинен порівняти також ці вирішення з точки зору оцінки їх подібності, відмінності чи тотожності. Дослідник так повинен проаналізувати обрані концепції, щоб в результаті міг віднайти власне нове вирішення поставленої проблеми, а не обмежуватися суто оцінкою їх співвідношення.

4. Створення системи на основі результатів порівняння. На цьому етапі здійснюється формування певного термінологічного словника, системи понять, властивих для спеціальних предметів порівняльно-правового дослідження. Вона має бути інструментом для об'єднання в межах більш широкого родового поняття формально різних, проте функціонально однорідних інститутів [2; с. 70]. На думку Р. Токарчика, це своєрідна метасистема, система вищого ступеню, що поєднує окремі системи зі спільними функціями [3, с. 72].

5. Завершальним етапом порівняльно-правового дослідження науковці визначають критичну оцінку результатів цьо-

го дослідження. Тобто дослідник повинен оцінити результати своєї роботи з точки зору того, що залишилося відкритим для подальшого порівняння, стосовно різного функціонального значення порівняних правових концепцій.

На нашу думку, запропонована К. Цвайґертом та Г. Кьотцем модель є логічною складовою частиною вітчизняної методології юридичної компаративістики. Застосування у порівняльно-правових дослідженнях аналізованої методики підвищить їх рівень і слугуватиме використанню цих досліджень у подальшому компаративістському процесі.

---

1. Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. – К.: Знання, 2005. – 334 с.

2. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Т. I: Основы / пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000.– 480 с.

3. Tokarczyk R.A. Komparatystyka prawnicza. – Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business, 2008. – 261 s.

КУДІН Сергій Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії,
історії держави і права та конституційно-правових дисциплін
Академії праці і соціальних відносин (Київ)

ОСНОВНІ НАПРЯМИ ПОРІВНЯЛЬНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ВІТЧИЗНЯНИХ ВЧЕНИХ У XIX СТ.

Останнім часом компаративізм стає одним з провідних напрямів вітчизняної історично-юридичної науки; застосування порівняльного методу дозволяє істотно розширити ареал вивчення проблемних питань історії вітчизняного права, інтенсифікувати отримання предметних знань. Проте, важко уявити сучасні розвідки без звернення уваги до характеру перших порівняльних досліджень вітчизняних вчених. У зв'язку із викладеним вище, варто оцінити наукову спадщину М.Д. Іванишева

та Ф.І. Леонтовича, які у XIX ст. активно здійснювали історично-порівняльні дослідження.

Метою даної роботи є з'ясування основних напрямів порівняльних досліджень М.Д. Іванишева та Ф.І. Леонтовича.

Основою досліджень М.Д. Іванишева був історично-порівняльний метод, який він використав для вивчення історії слов'янських законодавств. Вчений зазначає, що метою дослідження законодавства слов'янських народів є виявлення «чисто славянских начал», їх відділення від німецьких та римських, адже «Между древними Славянскими законодательствами находится внутренняя тесная связь, возникшая из одноплеменности Славянских народов…» [1, с. 33, 111–112].

Вчений пояснює, що для виявлення відмінних рис правових явищ у різноетнічних народів необхідно спочатку виділити певні спільні риси у споріднених народів: «…я считаю нужным сравнить Германские законодательства разных времен, отыскать в них общие черты, и эти общие черты составять характер Германской виры» [1, с. 2]. Діючи за аналогією, він намагався знайти спільні риси плати за голову у слов'янських народів, для порівняння виділяв, на його думку, найкращих репрезентантів німецького та слов'янського права – право скандинавське та богемське [2]. Другий етап застосування історично-порівняльного методу – порівняння вказаних рис з метою виокремлення відмінних ознак правових явищ. Так, вчений виявив кілька суто етнічних особливостей плати за вбивство як у німецьких, так і слов'янських народів [1, с. 111–112]. Разом з тим, важливим аспектом застосування вченим історично-порівняльного методу, є не лише виділення та протиставлення у різних європейських етнокультурних народів ознак правових явищ. Як зазначає М.Д. Іванишев, порівняння слов'янських законодавств необхідно і для глибокого дослідження національного права [1, с. 112].

Невід'ємною частиною наукової творчості Ф.І. Леонтовича також стала його орієнтація на історично-порівняльний метод, але у широкому його розумінні. На думку вченого, сутність цього методу полягає у розкритті подібностей в однорідних інститу-

тах у різних народів. Тому для найповнішого використання його методологічних можливостей слід було застосовувати метод у широких масштабах [3, с. 29].

Проте, аналіз предметності його перших досліджень: порівняльне вивчення Руської Правди, Полицького Статуту, пам'яток південно-західних слов'ян, хорвато-далматського законодавства, застосування діахронічного підходу при історичному порівнянні інститутів руського та литовсько-руського права та ін. – свідчить про зацікавленість порівняльною історією слов'янського права. Вчений зазначає, що історія слов'янських законодавств має першочерговий науковий інтерес через їх подібність з давньоруським законодавством; вивчати їх, як і литовсько-руські пам'ятки, слід заради пояснення юридичних порядків часів Руської Правди та місцевих законів (до кінця XV ст.) [4, с. 366, 371; 5].

Разом з тим, вчений у кінці 60-х років підкреслює можливість використання історично-порівняльного методу у широкому значенні. Тому закономірним виглядає його прагнення у 70-х роках досліджувати правовий устрій неслов'янських народів. Наприклад, до таких досліджень можна віднести вивчення аналогій між монгольським та московським адміністративно-правовим устроєм, що стало, на думку вченого, наслідком впливу монгольських порядків; дослідження звичаєвого права народів Північного та Східного Кавказу, необхідність вивчення якого він пояснює науковим інтересом виявлення загальних законів розвитку правових інститутів (у звичаєвому праві горців, на погляд Ф.І. Леонтовича, можна знайти такі явища суспільної культури, що спочатку зустрічались в історії усіх народів) [6, с. 250–254; 7, с. 2, 4].

Отже, можна зробити наступні висновки:

1. Основою наукових пошуків вчених було використання ними історично-порівняльного методу.

2. Різниця полягала у тому, що М.Д. Іванишев намагався виділити особливості правових явищ у слов'янських народів та використати результати дослідів для вивчення руського права; Ф.І. Леонтович дотримувався думки щодо використання вказа-

ного методу у широкому значенні з метою розкриття подібностей в однорідних інститутах у різних народів.

1. Иванишев Н. О плате за убийство в древнем русском и других славянских законодательствах в сравнении с германской вирой. – К.: Университетская типография, 1840. – 112 с.

2. Иванишев Н.Д. Сочинения / под ред. А.В. Романовича-Славатинского. – К.: Университеская типография, 1876. – 451 с.

3. Леонтович Ф.И. История русского права. Университетский курс. – Одесса: Тип. Штаба Одесского военного округа, 1892. – Вып. I: Введение. – Одесса, 1892.

4. Леонтович Ф.И. Указатель источников и исследований по истории славянских законодательств // Журнал Министерства народного просвещения. – 1867. – № 8. – С. 365–413.

5. Леонтович Ф.И. Древнее хорвато-далматское законодательство. – Одесса: Типогр. Л. Нетче, 1868. – 60 с.

6. Леонтович Ф.И. К истории права русских инородцев. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. – Одесса: Тип. Г. Ульриха, 1879. – 283 с.

7. Леонтович Ф.И. Адаты кавказских горцев. Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа. – Одесса: Тип. П.А. Зеленого, 1882. – Вып. I. – 437 с.

МУДРИЕВСКАЯ Людмила Михайловна,
кандидат юридических наук,
кандидат философских наук, доцент,
заведующая кафедрой теории государства и права,
конституционного права и государственного управления
Днепропетровского национального университета
имени Олеся Гончара

МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ В ТРАКТОВКЕ А.Н. ФИЛИППОВА

Методология исследования права, его истории в современной юриспруденции, по мнению автора, является одной из самых противоречивых и системно не разработанных проблем. Объясняется это многими причинами: и отсутствием единого

подхода к методике и методологии изучений, и многогранностью некоторых тематик, к исследованию которых можно применить и методы естественно-научных изысканий и т.п. Поэтому обращение к истории становления методологии историко-юридических исследований не будет лишним и поможет современным исследователям в выработке своих концепций и подходов к данной проблематике. Ранее автор тезисов обращался к методологии историко-правовых исследований в научном наследии известного российского историка и методолога права Ф.В. Тарановского, которого относят к школе западнорусского права, основателями которой в России стали ученики профессора Н.Д. Иванишева: М.Ф. Владимирский-Буданов и Ф.И. Леонтович. Она существовала в конце XIX - в первой трети XX ст. Эта школа характеризовалась приверженностью историко-сравнительному методу исследования.

Интересно обращение и к ученикам школы Импереаторского Московского университета, среди которых можно назвать и Александра Никитича Филиппова, который, так же как и Ф.В. Тарановский стажировался и слушал лекции по истории права и государственному праву в университетах Гейдельберга, Берлина, с 1885 по 1892 годы состоял приват-доцентом Московского университета по кафедре истории русского права; в 1892 г. был назначен профессором государственного права в Дерптском (Юрьевском) университете, ректором которого стал позднее (там же преподавал и Ф.В. Тарановский примерно в тот же период). Магистерскую диссертацию «О наказании по законодательству Петра Великого в связи с реформой» А.Н. Филиппов защитил в 1891 г., докторскую: «История сената в правление верховного тайного совета» (ч. I: «Сенат в правление верховного тайного сонета») – в 1895 г. Кроме того, Филиппову принадлежат работы: «Народное обычное право как исторический материал», «Современные записи обычного права и их значение», «Очерки по русскому крестьянскому обычному праву»; «Значение Сперанского в истории русского законодательства», «Сперанский, как кодификатор русского права» и другие.

В 1905 году был напечатан его конспект лекций «История русскаго права» в Москве, а в 1907 г. увидел свет «Учебник русс-

кого права», изданный уже в Юрьеве. В этих трудах он констатирует необходимость всестороннего поливариативного подхода к изучению истории права: «Историк права, конечно, должен принимать во внимание все эти учения о природе права и относительной важности отдельных факторов его образования, поскольку их значение установлено в науке, но, чтобы не впасть в односторонность и субъективность, он должен, на наш взгляд, при изучении отдельных эпох праворазвития, считаться со всем сложным комплексом означенных факторов, если их наличность может быть выяснена из данных самой изучаемой эпохи» [1, с. 7]. А.Н. Филиппов выступает сторонником положения Р. Иеринга, высказанного ним в «Духе римского права», что в праворазвитии существуют закономерности и развитие юридического строя зависит у определенного народа от совокупности факторов, которые неизменны во времени, но изменяемы по важности в определенной исторической эпохе. Среди этих важных факторов А.Н. Филиппов называет экономические, хозяйственные и политические. Ученый выступает также и приверженцем эволюционного метода исследований, который, по его мнению, показал блестящие успехи в области человеческого знания. Но главной задачей истории права правовед считает самопознание человечества, успехов в котором можно достигнуть, только изучая подобное в подобном: «…когда изучение прошлых судеб своего национального права будет поставлено в непосредственную связь, как с изучением таковых же судеб права у более близких, по происхождению, или по культуре, народов, …так и с изучением права подобно другим общественным наукам, в связи с наукою об обществе или социологией» [1, с.8].

Однако общее историческое прошлое, например, славянских народов, не должно быть изучаемо без сравнения с подобными «человеческими группами», без рассмотрения их прошлого. Исходя из замечания А.Н. Филиппова, что в развитии права существуют общие закономерности, можно предположить, что славянские народы в своем праворазвитии прошли подобные стадии с западно-европейскими нациями, при этом имея свое своеобразие, также познающееся в сравнении: «Если историк права анной народности, – следя за многообразием

движения юридических институтов, под какими бы, внутренними или внешними, влияниями оно ни совершалось в прошлом, – должен воссоздать все типичные черты, выделяющие данную народность в особую культурную группу человечества, то он в то же время не должен забывать о связи своего национального права с правом других народов, а равно вообще с социальною средою» [1, с. 10].

Историю права А.Н. Филиппов, вслед за М. Ковалевским, полагает составной частью учения об обществе или социологии, и считает, что «задача социологии – изучить законы, управляющие развитием человеческой солидарности и ее проявления в формах общежития». В этом утверждении он ссылается также на Ф.В. Тарановского, который в своей работе «Сравнительное правоведение в конце XIX в.» постулирует, что сравнение различных систем права приводит к научным обобщениям лишь тогда, когда, оно связано со всем комплексом социальных явлений, которые объясняют права и сами в свою очередь объясняются правом.

Подводя итоги краткому изложению некоторых положений исследовательского наследия А.Н. Филиппова, необходимо отметить широкую распространенность в историко-правовых кругах конца XIX – начала XX века позитивистской парадигмы и методологии исследования как ее составной.

---

1. Филиппов А.Н. История русского права. Конспект лекций. – Ч. 1. – М., 1905. – 296 с.

СУЧАСНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ ВЗАЄМОДІЯ

ЛУК'ЯНОВ Дмитро Васильович,
кандидат юридичних наук, доцент, начальник управління
планування і координації правових досліджень
Національної академії правових наук України (Харків)

ПРАВОВІ СИСТЕМИ СВІТУ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА НАДНАЦІОНАЛЬНИЙ РІВНІ

Незважаючи на наявні значні напрацювання у дослідженні правових систем сучасності, багато аспектів їх сутності, видів і закономірностей функціонування та взаємодії ще недостатньо досліджені. Одним з них є питання про те, які види правових систем існують у світі, яку систему вони утворюють, чим відрізняються, як термінологічно визначаються.

В.В. Оксамитний, який розробив одну з найбільш детальних класифікацій видів правових систем [1], зазначає, що правова система найчастіше розглядається у зв'язку з державою як основним носієм публічної влади [2, с. 4]. Дійсно найбільш поширеним є підхід, коли всі правові системи визначаються як національні, а через їх сукупність визначається вся правова карта сучасного світу. Проте такій підхід є невиправданим спрощенням різноманітності правових систем. Ще Р. Давид відзначав, що правові системи не завжди пов'язуються з державністю, а їх кількість не тотожна кількості країн [3, с. 37].

Безумовно найбільш поширеними у світі є саме національні правові системи. Членами Організації об'єднаних нації зараз є 193 країни (лише Ватикан із загальновизнаних держав не є членом ООН), кожна з яких відповідно має власну національну правову систему [4].

В.В. Оксамитний розширює перелік правових систем за рахунок інших державо-організованих спільнот: внутрішньодержавних утворень, залежних територій, державно подібних утворень (невизнаних держав), міждержавних об'єднань [2, с. 3].

Повністю поділяємо такий підхід, але водночас він потребує певного уточнення, розширення та відповідного термінологічного визначення правових систем.

Цікавим феноменом є існування в деяких країнах декількох правових систем, які співіснують в межах єдиної національної системи, але водночас мають певні риси для того, щоб вважатися окремими правовими системами. Для розмежування з національними, але водночас підкреслюючи нерозривний зв'язок з ними пропонуємо називати такі правові підсистеми нижчого рівня субнаціональними.

Рисами субнаціональної правової системи можливо виокремити наступні:

- створюється та існує у межах національної правової системи, є її складовою частиною;
- не має самостійного значення та функціонує лише в контакті з національною системою;
- має підлеглий щодо національної системи характер;
- має певну ступінь автономності у регулюванні суспільних відносин щодо національної;
- може бути побудована на інших типах права, ніж національна система.

Крім цього, на правовій карті світу існують наднаціональні правові системи, які поширюються на соціальні системи декількох держав. Одними з їх підвидів є міжнародні правові системи, які утворюються окремими державами згідно укладених міжнародних угод. Так Л.А. Луць визначає, що міждержавна правова система – це цілісна структурно впорядкована за допомогою міжнародно-правових норм та інших правових засобів стійка взаємодія суб'єктів міжнародного права, що забезпечує досягнення міжнародного правопорядку як необхідної передумови функціонування світової системи в цілому та регіональних систем зокрема [5, с. 145]. Виникає запитання – міжнародні правові системи чи міждержавні? Л.А. Луць зазначає, що правові системи можуть бути лише міждержавними, так як їх елементами є, насамперед, такі суб'єкти міжнародного права як держави (а похідними від них – міждержавні організації) [5, с. 274, 275]. Проте така позиція має зазнати трансформації внаслідок суттєвої зміни суб'єктів міжнародного права. Так, Євро-

пейський Союз не можливо вважати лише міжнародною організацією, його політико-правовий статус вийшов далеко за межі такої конструкції та все частіше визначається як особлива наднаціональна організація влади [6, с. 15], яка має власну правосуб'єктність. Тому на наш погляд більш точним є застосування терміну міжнародні правові системи.

Риси міжнародних правових систем:

- утворюються декількома державами внаслідок наявної міжнародної правоздатності;
- поширюються на соціальні системи держав-учасників;
- створюються на основі установчого договору, який визначає основні параметри правової системи;
- в межах системи створюються наднаціональні органи, що можуть наділятися компетенцією правотворення, правозастосування, здійснення правосуддя;
- до нормативної основи системи можуть входити також нові джерела права, прийняті наднаціональними органами;
- наявність субординаційних зв'язків з національними системами держав-учасників та інших держав;
- наявність певної автономії від інших правових систем.

До наднаціональних належать також релігійні правові системи, які мають величезну специфіку порівняно з національними.

Вони мають наступні риси:

- нерозривний зв'язок з релігією;
- розгляд права як результату божественного відкриття, а не як наслідку раціональної діяльності особистості і держави;
- персональний характер дії права;
- визнання соціальної цінності права;
- невизнання принципу формальної рівності прав людини.

Таким чином, на правовій карті сучасного світу необхідно розрізняти національні (субнаціональні) і наднаціональні (міжнародні та релігійні) правові системи, які взаємодіють між собою й утворюють міжнародний правопорядок.

---

1. Оксамытный В.В., Мукиенко И.Н. Правовые системы современных государственно-организованных обществ. – М.: МосУ МВД РФ, 2008. – 164 с.

2. Оксамытный В.В. Правовые системы современного мира: проблема идентификации: Открытая лекция. – Киев, Москва, Симферополь: Логос, 2008.

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

4. Сайт ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/members/

5. Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика: дис. … д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. – Львів, 2004. – 448 с.

6. Якименко Х.С. Європейський союз: правова природа об'єднання: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / НЮАУ імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2009. – 20 с.

ШЕВЧЕНКО Анатолій Євгенович,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
начальник кафедри теорії та історії держави і права
Донецького юридичного інституту МВС України

СИТНИК Олександр Миколайович,
доктор історичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Донецького юридичного інституту МВС України

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ ТА НАДНАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА: ІДЕОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

Сучасні процеси державного будівництва та правотворчості в Україні потребують, серед іншого, необхідність доктринального осмислення перспектив національного державотворення та розвитку права. Визначення шляхів еволюції держави та права з врахуванням національних традицій – з одного боку, та характеру взаємодії зі світовим співтовариством – з іншого, є одним із провідних завдань сучасної науки, насамперед – правничої. У цьому і полягає актуальність даного дослідження.

На сьогодні є декілька думок відносно перспектив національного державотворення та розвитку права. Еволюції розвит-

ку держави присвячені дослідження М. М. Марченка [1], Е. Гобсбаума [2–4], Ю. Габермаса [5], Д. Ланґевіше [6], У. Бека [7] тощо. Тематика розвитку права представлена в працях І. О. Ільїна [8; 9], Ю. О. Тихомирова [10], О. Д. Тихомирова [11] та ін. Проте, на даний час не існує спільної, узгодженої думки щодо цих питань.

Відтак, постає потреба компексного й узагальненого дослідження проблеми співвідношення національної держави та над національного права. Тому автори цієї наукової статті зробили спробу осмислити цю наукову проблему з урахуванням правосвідомості та такого її важливого чинника, як правова ідеологія.

Еволюція та перспективи розвитку держави та права в майбутньому, значною мірою, як стверджує М. М. Марченко, будуть визначатися за образом і подобою минулого та сучасного, не якимись глобалізованими й уніфікованими моделями, а національним різноманіттям і внутрішньою логікою вдосконалення держави та права, як відносно самостійних утворень. У той же час, припускається певний ступінь впливу процесів глобалізації та регіоналізації на процес розвитку держави й правових систем в сучасний період і в майбутньому [1, с. 467]. Водночас, ще з кінця XIX століття, на думку Е. Гобсбаума, процес глобалізації економіки призвів до появи імперіалізму як феномену не лише в економічній, а й – політичній та ідеологічній сферах. При цьому, вплив метрополій на колонії був значно більшим, ніж вплив останніх на імперіалістичні держави. Якщо всередині метрополій переважала політика зміцнення демократії та виборної системи, то в колоніальних імперіях правила автократія, що базувалася на фізичному примусі та підкоренні, і її безумовне панування виглядало цілком законним, оскільки ніде не зустрічало виклику [2, с. 90, 91, 120]. Але у праці «Вступ: винаходження традицій» Е. Гобсбаум звернув увагу на значну роль в історичному процесі національних традицій, та протиставивши їх панівним ідеологіям (ліберальній, соціалістичній, комуністичній) пов'язував їх з націоналізмом, національною державою, національною символікою, національними історіями тощо. При цьому, вченим зауважено наступне: історики при дослідженні винайдення традиції стикаються з тим, що історія, котра стала частиною корпусу знань або ідеологією нації, держави чи руху, –

це не те, що насправді збереглося в народній пам'яті, а те, що відібрали, записали, зобразили, популяризували й інституціоналізували ті, у чиї обов'язки це входить [3, с. 13, 21–23, 25–27]. Традиції практикували як офіційно, так і неофіційно. У першому випадку Е. Гобсбаум умовно називає їх «політичними». Вони творилися переважно державою чи в державі або організованими соціальними й політичними рухами. У другому випадку їх названо «соціальними». Вони запроваджувалися здебільшого формально неорганізованими соціальними групами та тими, хто свідомо не ставив перед собою конкретних політичних цілей, наприклад, клубами, братствами, незалежно від того, виконували вони політичні функції чи ні. Природно, що винайдення «політичних» традицій було свідомішим і навмиснішим, оскільки це здебільшого робили інституції, котрі ставили політичні цілі. Розглядаючи процес творення традицій у XIX столітті на прикладі Західної Європи, Гобсбаум підкреслює вплив на них тогочасних докорінних і швидких соціальних перетворень. Досить нові або старі, але разюче змінені соціальні групи, середовище та умови потребували нових інструментів, щоб забезпечити й виразити соціальний взаємозв'язок та ідентичність і структурувати суспільні відносини. Водночас суспільні трансформації ускладнили чи навіть унеможливили традиційні форми правління, практиковані доти державами й соціальними чи політичними елітами. Це вимагало нових методів правління та лояльності [4, с. 303, 304]. Внаслідок цього виникали нові форми державотворення та правотворчості. І протягом XX – початку XXI століть однією з домінуючих стає тенденція глобалізації. Однак, досить сумнівним шляхом була б заміна цього процесу всіх тих традицій у розвитку держави та права, котрі формувалися століттями, зокрема й в Україні.

Ю. Габермас, розмірковуючи над запитанням – «чи має майбутнє національна держава?», висловив сумнів щодо того – чи може бути знятий її нормативний зміст. Оскільки, «за світлою ідеєю дієвих наднаціональних потужностей, які б дозволили Організації Об'єднаних Націй і її регіональним осередкам розпочати створення нового світового та всесвітньо-економічного порядку, постає тінь питання, що викликає занепокоєння: а чи може взагалі демократичне витворення громадської думки та

політичної волі мати зв'язкову силу поза межами сфери національно-державної інтеграції?» [5, с. 185, 186]. Д. Ланґевіше досліджуючи процес формування національної держави на прикладі Німеччини, як також – ідею єдиної Європи, переконався, що національні ідентичності не так легко звести до єдиного «європейського» знаменника [6, с. 184-190].

Критикуючи «методологічний націоналізм» і вважаючи національну державу застарілим явищем, У. Бек на власних принципах «методологічного космополітизму» розробляє своєрідний сценарій-ідеологію, ключовим поняттям котрого є доктрина космополітизму. Також, цим німецьким соціологом розвивається концепція космополітизації права, котра передбачає, що держави підтримують норми, правові форми й організації, що забезпечують демократію, дотримання прав людини, громадянські свободи тощо [7, с. 125, 126, 285]. Певною мірою, така позиція співпадає з трактуванням Ю. О. Тихомирова, який визначив сучасне право, як – правові погляди та позиції, що виражають загальнолюдські цінності та соціальні інтереси й закріплювані в системі загальнообов'язкових принципів і правил поведінки, встановлених державою, включаючи загальновизнані принципи та норми міжнародного права, і регулюючих суспільні відносини, забезпечені державою та інститутами громадянського суспільства й світового співтовариства. Також підкреслено, що право – не абстрактне поняття, існуюче лише в теоретичних уявленнях вчених-юристів. Воно має двояке вираження. По-перше, право як загальна чи типова правосвідомість, та право як юридична наука [9, с. 5]. Саме правосвідомість, на нашу думку, виступає тим чинником, котрий характеризую право в національному контексті.

І. О. Ільїн відзначив, що діюче в країні право – закон, указ, повноваження, обов'язок, заборона – не може існувати й застосовуватися поза «живою» правосвідомістю, не може підтримувати й оберігати ні сім'ю, ні батьківщину, ні порядок, ні державу, ні господарство, ані майно [8, с. 240]. Вчений наголошував на універсальності правосвідомості. Зокрема, він вважав, що правосвідомість властива кожній людині. Людина має правосвідомість незалежно від того чи вона знає про це, дорожить цим надбанням чи зневажає його. Все життя та доля людини фор-

муються за участі правосвідомості та під її верховенством [9, с. 185, 186.]. Стверджуючи про універсальність правосвідомості, І. Ільїн, одночасно підкреслював її необов'язковість. На його думку правосвідомість не має власної примусової сили й не може змушувати людину робити правові вчинки та уникати неправових дій. Тобто, у разі своєї специфічної активації правосвідомість завжди дає будь-якій людині чітку відповідь на запитання, є той чи інший вчинок правовим чи ні.

Право та держава мислились І. Ільїним насамперед як регулятори не лише зовнішнього, а й внутрішнього життя людини та суспільства. Тим не менше і право і держава живуть, як він вважав, насамперед внутрішнім душевно-духовним станом людини [12, с. 85]. Відповідним чином, розвиток права, значною мірою, залежить від розвитку правосвідомості та духовного розвитку людини й суспільства.

Згідно твердження І.О. Ільїна, для нормальної правосвідомості увесь рід людський входить у правопорядок. При цьому, любов до своєї вітчизни не веде до заперечення природного права на існування та духовне зростання інших народів. Право інших не закінчується там, де починається інтерес «свого» народу, а право «свого» народу не простягається за межі його можливостей, але лише до його духовних потреб. Кожен народ має невід'ємне природне право вести національно-автономне життя, оскільки «автономія складає саму сутність духу, і кожен народ у боротьбі за свою національну автономію є правий перед лицем Божим» [9, с. 312]. Отже, важливою складовою національної правової системи є національна правосвідомість.

Суттєвим підґрунтям процесу становлення національної правосвідомості є цивілізаційний механізм формування та здійснення різногалузевого процесуального права – форми чинної різноджерельної (різногалузевої) державно-правової свідомості, у результаті праворефлексивного здійснення якої утворюється групова цілісність системи національної правосвідомості, що має культурно-історичну, політичну, господарську й територіальну специфіку. Регулятивно-статична сутність національної правосвідомості реалізується в українській державності, що припускає цивільні форми перетворення актів правосвідомості в статичні правові норми. Виділяються такі основні функції наці-

ональної правосвідомості, як: пізнавальна, емоційно-ціннісна, регулятивна. Національна правосвідомість спрямована на етнічно-регулятивне самовизначення, будується на ментально-етнічному розумінні цілей, ідеалів розвитку, виражається в правовій ідеології, що зміцнює єдність національної правосвідомості – процесуальної першооснови соціально-політичної спільності. У цьому контексті, зазначає Ю. М. Дмитрієнко, досить важливою потребою є виявлення сутнісної (істотної) специфіки ідейно-світоглядної та нормативно-правової інституалізації національної української правосвідомості за дорадянських і пострадянських часів. А головною ознакою національної правосвідомості він вважає державність, що праворефлексивно характеризує ідею, погляди, емоції, теорії, духовно-правові уявлення про державну цілісність, суверенітет [13, с. 21, 22]. Корекція та відтворення правосвідомості, в тому числі й національної, є обов'язковим елементом процесу становлення в Україні інститутів правової держави та громадянського суспільства. І це завдання може бути реалізована насамперед завдяки системі державно-правового регулювання.

Також значну роль у розвитку права та правосвідомості відіграє компаративізм, а зокрема – регулятивний компаративізм, як його складова. Компаративізм витікає з різноманіття реальностей різних країн і континентів, становлення загального в результаті їх взаємодії, діалогу, полілогу, поліфонії, а не по заздалегідь встановленим кимось правовим ідеалах і нормах. Кожна країна, нація, цивілізація вступає в діалог у всій своїй багатоманітності, неповторності та унікальності. А відтак, компаративізм передбачає виділення в якості одиниці аналізу не правової системи, а сукупності соціальних, культурних, релігійних та інших регуляторів, існуючих в кожній окремо взятій країні (регіоні) [11, с. 178, 179]. Суттєвим чинником процесу еволюції держави, а особливо права, виступають національні традиції.

Таким чином, на підставі викладеного автори дійшли до висновку, що перспективи розвитку національної держави та права значною мірою залежать від національних політико-правових традицій. При цьому на процес еволюції держави та права суттєвим чином впливає характер національної правосвідомості та правової ідеології. Саме ці складові будучи важливи-

ми чинниками процесу формування інститутів правової держави та громадянського суспільства в Україні, сприяють подальшим перспективам розвитку національної держави та права.

Особливо варто наголосити на ролі та значенні ідеологічних аспектів на шляху розбудови національної держави та права, і, насамперед, це стосується становлення правової й державної ідеології в Україні.

---

1. Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. / А. В. Аверин, И. А. Гобозов, А. Г. Гузнов и др.; отв. ред. М. Н. Марченко. – Т. 2. – М.: Проспект, 2011. – 512 с.

2. Хобсбаум Э. Век Империи. 1875–1914 / пер. з англ. Е. С. Юрченко, В. П. Белоножко. – Р.-н.-Д.: Изд-во «Феникс», 1999. – 480 с.

3. Вступ: винаходження традицій // Винайдення традиції / за ред. Е. Гобсбаума, Т. Ренджерса; пер. з англ. М. Климчука. – К.: Ніка-Центр, 2005. – С. 12–28.

4. Масове традиціїтворення: Європа, 1870–1914 рр. // Винайдення традиції… – С. 303-352.

5. Габермас Ю. Залучення іншого: студії з політичної теорії / пер. з нім. А. Дахній; наук. ред. Б. Поляруш. – Львів: Астролябія, 2006. – 416 с.

6.Ланґевіше Д. Нація, націоналізм, національна держава в Німеччині і в Європі / пер. з англ. Л. Логвиненко. – К.: «К.І.С.», 2008. – 240 с.

7.Бек У. Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / пер. з нім. О. Юдіна. – К.: Ніка-Центр, 2011. – 408 с.

8. Ильин И.А. Путь духовного обновления // Религиозная философия: Сочинения в 2 т. – Т. 2. – М.: Медиум, 1994. – 576 с.

9. Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве. – М.: АСТ МОСКВА; ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 510, [2] с.

10. Тихомиров Ю. А. Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. – 1999. – № 8. – С. 5–12.

11. Тихомиров А. Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. – К.: Знання, 2005. – 334 с.

12. Окара А. Н. Правосознание – центральная категория философии права И. А. Ильина // Государство и право. – 1999. – № 6. – С. 84–93.

13. Дмитрієнко Ю. М. Національна правосвідомість у структурі етновідносин (за сторінками зарубіжних досліджень) // Держава і право: Зб. наук. праць. – Вип. 42. – К.: Ін-т держави ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – С. 20–27.

ОРЛОВ Сергій Федорович,
кандидат історичних наук,
доцент кафедри філософії та політології
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ «ПРАВОВА СІМ'Я»

Чисельність та різноманітність правових систем – це очевидність, що зумовлена відмінностями між людськими суспільствами, у межах яких право існує і упорядковує життя [1, с. 236].

Традиційно дослідники зазначають, що правових систем існує стільки, скільки суверенних держав, а це приблизно 200, і, безперечно, виникає питання щодо їх групування за певними критеріями, формами, групами, типами для з'ясування загальних та специфічних закономірностей виникнення, розвитку і функціонування правових систем.

Беручи до уваги, що правова карта світу не є одноманітною, а складається із окремих національних та міжнародних правових систем, між якими відбуваються складні інтеграційні, конвергенційні багатофункціональні процеси, вчені намагаються їх класифікувати за різними критеріями. Важливість вищенаведених класифікацій зумовлюється як теоретичною, так і практично-прикладною значущістю.

Для позначення групи правових систем, об'єднаних у процесі класифікації, що мають подібні юридичні ознаки, використовують різні терміни: «сім'я правових систем» (Р. Давід, А.Х. Саїдов); «правові кола» (К. Х. Еберт, Е. Райнштайн); «форма правових систем» (І. Сабо); «структурна спільність» (С.С. Алексеєв); «правовий стиль» (К. Цвайгерт); «тип правових систем» (Л.А. Луць); «правова родина» (О.І. Харитонова, Є.О. Харитонов).

Використовуються також такі терміни, як «правопорядок», «правова культура» тощо. Найбільш поширеними у сучасній компаративістиці є терміни «правова сім'я» та «тип правової системи».

Л.А. Луць виділяє «тип правової системи» як сукупність найбільш суттєвих юридичних ознак, притаманних групі правових систем, що знаходяться у межах певного простору та часу [2, с. 46].

Більшість компаративістів виділяють «правову сім'ю» як певну сукупність правових систем, об'єднаних спільністю істо-

ричного формування, структури права, його джерел, провідних галузей та інститутів правозастосування, правосвідомості, понятійно-категоріального апарату юридичної науки [3, с. 33].

На нашу думку, в термінологічному плані слід послуговуватись обома термінами: «тип правової системи» і «правова сім'я», що лише підсилить порівняльні дослідження.

На думку вчених-компаративістів, об'єднання правових сімей зазвичай характеризується релігійною, культурною, стильовою спільністю. Як правило, існує єдиний регіон розташування правових сімей.

Поняття «правова сім'я» має суттєве значення для порівняльного правознавства, оскільки використання цього поняття полегшує порівняльно-правові дослідження. У XX ст. кількість правових систем після розпаду імперій зросла втричі і сьогодні становить близько 200. Тож вивчити правові системи (кожну окремо) неможливо, тому слід звертатися до вивчення, аналізу так званих генетичних правових систем (наприклад, при аналізі романо-германського права слід звернути увагу на романську підсистему (Францію) і германську підсистему (Німеччину), тоді ми матимемо загальну уяву про дану правову сім'ю.

Неможливо обійтися без поняття «правова сім'я» і при формуванні загального уявлення про правову карту світу. Тільки глибоке вивчення правових сімей та правових систем світу, узятих спочатку окремо, а потім у їх взаємозв'язку і взаємодії, дозволяють створити правову картину світу, що адекватно відображає реальну дійсність. Як зазначають науковці, таке дослідження побудоване на діалектичному прийомі сходження від абстрактного до конкретного і навпаки.

Також слід зазначити, що поняття «правова сім'я» допомагає у вивченні окремих правових систем. Завдяки об'єднанню правових систем у правові сім'ї компаративісти можуть виявити внутрішню спільність принципів та інститутів правових систем, побачити основу правових систем, їх різноджерельність.

Допомога у пізнанні окремих правових систем є особливо відчутною, коли дослідник тільки починає вивчення зарубіжної правової системи. Віднесення конкретної правової системи до певної правової сім'ї дозволить навіть без детального аналізу з конкретним правовим матеріалом зробити висновок про її хара-

ктерні риси. Це свого роду дедукція. Відомо, що перша правова система, яка досліджується, належить до певної правової сім'ї та має певні характерні особливості. Також відомо, що інша правова система, яка досліджується, належить до цієї ж правової сім'ї. Отже, ми можемо зробити висновок, що даній правовій системі притаманні певні характерні особливості. Це дає можливість відразу зосередитись на їх дослідженні.

---

1. Бержель Ж.-Я. Общая теория права: пер. с франц. – М.: Nota Bene, 2000.

2. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посібник. – Львів: Вид-во ЛНУ ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

3. Ткаченко В.Д., Погребняк С.П., Лук'янов Д.В. Порівняльне правознавство: підруч. / за ред. В. Ткаченка. – Х.: Право, 2003. – 274 с.

ЗАХАРОВА Мария Владимировна,
старший научный сотрудник НОЦ «Институт зарубежного и сравнительного права», докторант и доцент кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина

ЮРИДИЧЕСКИЙ СУВЕРЕНИТЕТ ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

Размывание «классических основ» государственного суверенитета также с необходимостью ставит вопрос и о юридическом суверенитете правовых систем участников мирового юридического сообщества и в том числе и французской правовой системы как активного его актора.

В чем же выражаются детерминанты воздействия представленного феномена на инструментарии правового регулирования?

Представляется целесообразным в данном случае говорить о трансформациях механизма юридического регулирования в следующих основных качественных направлениях.

В первую очередь, речь идет о влиянии глобализации на французские правовые нормы как таковые, которое выражается, по справедливому замечанию директора Центра Глобальной экономики при ЮНЕСКО Андре-Жана Арнода:

- *в феномене дополнения существующего порядка нормативного регулирования:*

В некоторых областях общественного регулирования (таких, например, как защита окружающей среды, проблемы климата, международной экономической безопасности) государство в одиночку не может справиться с решением проблем упорядочивания общественных отношений. Здесь со всей очевидности необходимы и они долженствуют наднациональные правовые инструментарии. В экономической области актуализируется, в частности, начиная с 1980^{x} годов движение, которое в англосаксонской литературе получило название «*deep integration*», то есть некая фузия национальных экономик в экономику глобальную.

- *в феномене замещения национальных правовых норм как таковых:*

Получается парадоксальная ситуация, подчеркивает А.-Ж. Арнод. С одной стороны, государства провозглашают себя элементом той или иной могущественной наднациональной силы (например, Большой Восьмерки), а с другой – все больше теряют свое прежнее суверенное могущество.

С обоими феноменами социальной зоны действия французская правовая система столкнулась в процессе интеграции в общеевропейское правовое пространство.

Используя вертикальный (отраслевой) рубрикатор мы, в частности, не можем не замечать влияние *droit communautaire* на такие сферы социального регулирования, как гражданское, уголовное право, а также на право социального обеспечения.

Одной из самых интегрированных сфер социального пространства в данной связи выступает, безусловно, право гражданское. По оценкам специалистов, в указанной сфере регламентации из-под пера творцов *droit communautaire* вышло порядка 17 000 правовых актов. В будущем сближение правовых систем стран-участниц ЕС мыслится в гораздо более тесном ключе. Известна, в частности, инициатива гармонизации контрактного права ЕС, в более отдаленной перспективе – создание даже Общеевропейского кодекса частного права.

Что касается сферы социального обеспечения, то ее включенность *de facto* и *de jure* в общеевропейскую систему ценностей, институтов и юридических стандартов проходит достаточно болезненно. С одной стороны, Франция, как и многие ее соседи по общеевропейскому пространству отнюдь не отрицают для себя такие интеграционные базисы, как, например, взаимное признание медицинских дипломов, с другой - общая тенденция либерализации указанного сектора хозяйствования явно противоречит традиционным для Франции векторам развития социальной инфраструктуры в стране.

Относительно же уголовного права следует заметить, что именно «страсбургское право» с необходимостью детерминировало внесение ряда существенных изменений в указанный отраслевой блок.

Однако не только «страсбургское право», но и так называемое «люксембургское право» оказывает первостепенное влияние на современное уголовное право Франции, что свидетельствует, по оценкам самих французских юристов, о том, что последний бастион государственного суверенитета Франции пал на милость европейских арбитров.

Итак, как видим, зон прямых детерминированных воздействий общеевропейского права на право французское можно найти во множестве. Но не стоит также забывать, что генетические базисы самой французской правовой системы стали платформой для формирования сколь уникального, столь и суверенного в своей основе формирования, имя которому правовая система Европейского Союза. В качестве иллюстрации представленного креативного потенциала французской правовой системы можно назвать формирование общеевропейского блока норм административного права, что само по себе следует считать безусловным прорывом не только в практиках общеевропейской интеграции, но и в давнем франко-английском диспуте относительно роли и значения представленного отраслевого блока норм.

Также не стоит забывать, что глобализация напрямую ведет и к трансформациям внутри правоприменительной стадии механизма правового регулирования, преобразуя в том числе социальный статус ее основных акторов – судей.

Одной из заметных трансформаций в указанном стадийном элементе французского механизма правового регулирова-

ния следует считать, в частности, значительное расширение аргументационной базы при вынесении соответствующих судебных решений. Показательным в данном случае является дело «*Perruche»,* рассматриваемое в Кассационном суде Франции. В данном деле, касаемо врачебных ошибок, генеральный адвокат с заметным постоянством обращался в том числе и к практикам, сложившимся по данном вопросу в США.

Подобные явления обмена аргументациями, проходящего между государствами и государствами, государствами и надгосударственными образованиями, чья пассионарность не знает ни границ сухопутных, ни препятствий водных, по справедливому замечанию Ж. Аллара и А. Гарапона, представляют собой не что иное, как настоящий «горизонтальный форум судей», который впоследствии может привести к своего рода «юридическому эсперанто», сколь ценностно ориентированному, столь и функционально направленному. Таким образом, далее продолжают Ж. Аллар и А. Гарапон, судьи в условиях глобализации могут стать творцами своего рода общего права.

Определенную спецификацию в условиях глобализации приобретает и такой элемент правоприменительной стадии механизма правового регулирования, как интерпретационная деятельность.

В данном отношении нам представляется необходимым выделить несколько инновационных тенденций в процессах и механизмах толкования норм права во Франции.

Если, в частности, обращаться к практикам La Cour de justice des communauté européennes, чьи юрисдикционные детерминанты актуальны в безусловном порядке и для Франции, то мы увидим, что одним из методологических оснований вынесения решения в представленном органе становится индуктивный прием, свойственный правовым системам зоны Common Law, а не традиционный для стран континентально-европейской правовой стилистики дедуктивный метод.

Меняются и ценностные основания интерпретационной деятельности, которые в том числе с необходимостью насыщаются общегуманитарным базисом.

Представленные выше положения юридической доктрины относительно трансформаций в несущих остовах механизма

правового регулирования вряд ли стоит вводить в зону дискуссии. Однако станут ли указанные выше трансформации точками отсчета на пути утраты Францией своего юридического суверенитета как такового, то есть независимости в определении настоящего и будущего национального правопорядка согласно заданным историческим прошлым модусам?

Попытаемся ответить на представленный выше дискуссионный тезис, начиная с рассмотрения вопросов методологических, касающихся аксиологии компаративных мыслимых конструкций как таковых.

В первой главе диссертационного исследования нами было выдвинуто теоретическое положение о принадлежности французской правовой системы к так называемому континентально-европейскому юридическому миру. Оспоримо ли оно? С одной стороны, – да. Любая компаративно-правовая модель сродни «идеальному типу» Макса Вебера. И как любое проявление идеального в своей рефлексии заранее несет в себе потенциал условности и внеуниверсальности (отраженное никогда не будет соответствовать отражаемому, особенно отражаемому не застывшему, а эволюционирующему, а порой и революционирующему). С другой стороны, по нашему мнению, именно континентально-европейский стиль правового мышления стал базисным и ядрообразующим для французской правовой системы современного типа, начиная с момента ее институционализации. Но изменилось ли (меняется) положение вещей с введением в систему координат французского юридического мира новой переменной: трансформирует ли глобализация ее в феномен микстового порядка, в смешанную правовую систему?

Для того чтобы приблизиться к осмыслению представленной проблемы, необходимо остановится на доктринальной оценке смешанных правовых систем как таковых.

Смешанные правовые системы стали предметом научного поиска сравнительно недавно. В начале XX века, когда сравнительное правоведение только делало свои первые робкие шаги в мировой юридической науке, гносеология данного феномена оставалась за его рамками. Юридический мир представал перед компаративистами в виде чистых онтологических образов, незамутненных никакими микстовыми конструкциями. Здесь

право цивилизованное, а там право – варварское; здесь романо-германский юридический мир, здесь - англосаксонский и т.д.

К настоящему периоду времени можно говорить о двух сложившихся подходах к категории «смешанные правовые системы». Согласно первому из них любые правовые системы несут в себе заряд смешанности, уровни которого вирируются в каждом эмпирическом случае, то есть одни правовые системы по сути могут быть более смешанными, чем другие. Сторонники второго, так называемого «узкого» подхода к означенному выше феномену, ограничивают рамки «смешанности» правовых систем до юридического бытия в рамках двух правовых традиций: континентально-европейской и англо-саксонской.

По нашему мнению, смешанные правовые системы следует представлять как полиядерные социальные феномены. При этом полиядерность не должна быть окрашена в цвета только немногих стилей правового мышления, а отражать с необходимостью универсальный взгляд на юридическую карту мира как таковую. К настоящему периоду времени мы можем с той же очевидностью говорить как о пассионарности внутри одной правовой системы в рамках традиционного и религиозно-доктринального ядерных импульсов, как и смешанных правовых системах в рамках классической компаративной дилеммы: мир common law – мир civil law. Время, когда только так называемые «*Grands systèmes de droit contemporains*» могли оказывать влияние на развитие национальных правовых систем в мире безвозвратно прошло.

Видовое же разнообразие смешанных правовых систем, по нашему мнению, возможно актуализировать через следующие критерии оценки:

- в зависимости от темпорального критерия: первоначально смешанные и последующие смешанные правовые системы;

- в зависимости от качественной оценки ядерных зарядов правовых систем: правовые системы, окрашенные в цвета двух или нескольких стилей правового мышления (например, континентально-европейского и англосаксонского; традиционного и религиозно-доктринального и так далее);

- в зависимости от уровня распространения микстовых конструкций на социальные площадки тех или иных национа-

льных феноменов универсальные смешанные правовые системы и локально смешанные правовые системы;

- в зависимости от уровня оценки правовой системы как таковой смешанные правовые системы национального и наднационального действия.

Каждая из представленных выше видовых образов смешанных правовых систем имеет под собой безусловные эмпирики.

Классическим примером локально смешанных правовых систем являются так называемые «кочующие правовые системы», блестяще описанные в работе Ю.А. Тихомирова «Курс сравнительного правоведения». Речь идет, в частности, о правовых системах не целых государственных общностей, а определенных правовых анклавов внутри государственного феномена как такового. К таковым правовым системам относят юридическое бытие Квебека в Канаде и штата Луизина в США. Сохранив за собой кочевые образы прошлых колониальных экспансий, правовые системы указанных выше территориальных образований испытывают на себе влияние прежде всего континентально-европейского стиля правового мышления, хотя и остаются тем не менее составными единицами единого государства с преимущественным англосаксонским правовым модусом.

Отчасти также к локально смешанным правовым системам можно отнести и правопорядок Шотландии, страны, которая, с одной стороны, является составной частью Великобритании, а с другой достаточно – далека от монизма в ядерном основании собственной правовой системы.

Свойство локальности может быть детерминировано также и спецификой предметов правового регулирования. Так, отдельные исламские государства в области регулирования публичных отношений сохраняют верность религиозным правовым модусам, а в упорядочевании частных отношений (прежде всего, торговых) вслед за общемировыми тенденциями подключаются к позитивистским правовым конструкциям.

Однако большинство смешанных правовых систем, существующих или существовавших ранее на юридических картах мира, следует относить к универсально смешанным правовым системам, то есть таким социальным феноменам, где микстовость несущих ядерных зарядов имеет всеобщий территориальный характер действия.

Каждый из известных человечеству географических континентов может похвастаться наличием хотя бы одной первоначально смешанной правовой системы универсального характера действия. Так, на европейском континенте классическом образчиком подобного рода правовых систем стали национальные правопорядки Скандинавских государств, В Южной Америке – правовые системы латиноамериканских стран, в Африке – правовые системы практически всех без исключения государств, освободившихся от колониальной зависимости.

Что касается так называемых «последующих» смешанных правовых систем, то есть тех национальных правовых феноменов системного порядка организации, которые приобрели качества комплексности собственных ядерных зарядов не в момент их институционализации, а с течением времени, так сказать, на пути их эволюционного роста, то здесь, по сути любую правовую систему, не исключая французскую, можно признать смешанной. Но стоит ли это делать?

С одной стороны, совершенно правы были авторы классического компаративного исследования П. Арминжон, Б. Нольде и М. Вольф, когда подчеркивали, что в современном мире нет чистых правовых систем, сформированных без внешнего воздействия. С другой стороны, указанный факт отнюдь не означает, что полиядерность есть свойство всех без исключения правовых систем современного мира. Мозаичность – да, многослойность – да, но не полиядерность.

Для того чтобы признать правовую систему последующей смешанной, на наш взгляд, необходимо не простое наращивание, усложнение связей отношений внутри ядерного (нормативного) его заряда, а качественное преобразование его базисных основ.

К настоящему периоду времени французская правовая система, несмотря на указанные выше изменения в механизме правового регулирования, на наш взгляд, не совершила качественного скачка в своем развитии и отчасти сохранила верность прошлому суверенному пути развития. Однако этот факт не означает, что в будущем ее не постигнет бифуркационный излом.

ПОПКО Вадим Вікторович,
кандидат юридичних наук, доктор філософії,
доцент кафедри європейського та порівняльного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПРО СВОЄРІДНІСТЬ ДЕРЖАВНО-ПОЛІТИЧНОЇ СИСТЕМИ П'ЯТОЇ ФРАНЦУЗЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ

Вибір країни для вивчення і компаративістського аналізу не є випадковим і обумовлений тією політичною і соціально-економічною роллю, яку відіграє у Європейському Союзі й усьому світі загалом Франція. Французький політичний досвід з точки зору еволюційних та революційних змін у державному ладі та конституційному устрої держави притягує увагу вчених, політиків, державних діячів протягом багатьох десятиліть. Цей досвід є багатогранним, що виключає його сліпе копіювання, пряме запозичення, механічне відтворення на українському ґрунті, однак є цінним з точки зору вивчення, порівняння, аналізу, критичного ставлення. Урахування специфіки історичних традицій і національних особливостей, ретельний відбір досягнень Франції у державній сфері на предмет їх відповідності чи невідповідності, придатності чи непридатності для умов України.

Керуючись цією методологічною установкою, ми пропонуємо нашу спробу проаналізувати політичну систему П'ятої Французької Республіки, яка, як уявляється, до цього часу викликає іноді схожі, а іноді полярні оцінки вчених різних країн, сильних та слабких сторін, достоїнств і недоліків державного ладу Франції.

На відміну від Великобританії перехід Франції до демократії представляв собою не поступальний процес пристосування старих інститутів до нових політичних реалій, а переривчатий пов'язаний із кризами, революціями і переворотами шлях до свободи. С. Хантингтон називає таку модель переходу *циклічною*. Вона тягне за собою постійні коливання політичної системи між неконсолідованим авторитаризмом і нестабільною демократією [5, с. 41]. За багатством і різноманітністю форм державного устрою Франція не має собі рівних. Станова монархія, абсолютна монархія і три конституційні монархії, консулат, дві імперії і

п'ять республік, однопалатний, двопалатний і навіть трьох- і чотирипалатний парламенти - загалом шістнадцять конституцій. Такого не знала жодна країна.

Початок *П'ятої Республіки* у Франції припадає на 1958 р. і пов'язано з поверненням до влади Шарля де Голля (1890–1970) і з проведенням конституційної реформи. У результаті схвалення на референдумі нової Конституції (набрала чинності 6 жовтня 1958 р.) в країні сформувалась форма правління, в якій президенту випала роль вищого арбітра у взаємовідносинах і конфліктах у трикутнику: президент-уряд-парламент. Організація влади у П'ятій Республіці володіє певною своєрідністю, яка характерна як для президентської, так й для парламентарної форм. Поєднуючи у собі деякі ознаки обох форм правління, вона разом з тим настільки їх трансформує, що можна говорити про існування третього, змішаного різновиду республіканської форми правління.

Традиційно сучасну Францію за формою правління відносять до змішаної республіки [4, с. 170]. Іноді її розглядають як виключно президентську республіку [3, с. 195]. І все ж більшість фахівців по державному устрою вважають, що для Франції характерна змішана, напівпрезидентська форма правління [2, с. 212], яка поєднує в собі риси, що властиві як президентській так і парламентській республікам.

На своєрідність державно-політичної системи сучасної Франції вказує О.Д. Керімов [1, с. 176]. В Конституції Франції в рамках усталеної на її основі політичної системи закладені дві альтернативні можливості, два різних способи її функціонування, які можна з достатньою мірою точності охарактеризувати як президентський і парламентський. Перший, тобто президентський, спосіб реалізується тоді, коли президентська і парламентська більшість співпадають. У цьому випадку глава держави і призначений ним у відповідності зі ст. 8 Основного Закону прем'єр-міністр, рівно як й інші члени уряду, представляють один і той же політичний табір, являються політичними соратниками, притримуються схожих ідеологічних уявлень і установок. У подібній ситуації президент не тільки головує в Раді Міністрів, що передбачено ст. 9 Конституції, але й фактично самостійно керує урядом.

У випадку коли президентська і парламентська більшість співпадають, існуюча в сучасній Франції форма правління харак-

теризується єдиновладдям у державних виконавчих структурах. Виконавча гілка влади, на вершині якої знаходиться уряд, зосереджує у своїх руках значно більші порівняно з іншими гілками влади фінансові, матеріально-технічні, організаційні, насамкінець, людські ресурси. Саме вона значною мірою самостійно виробляє і проводить внутрішню і зовнішню політику країни. Вона ж здійснює повсякденне оперативне управління суспільством.

Однак ситуація корінним чином змінюється, наголошує О.Д. Керімов, коли президентська і парламентська більшість не співпадають. Реалізується другий, умовно кажучи, парламентський спосіб функціонування політичної системи сучасної Франції. У цьому випадку президент змушений призначити на пост глави уряду особу, яка підтримується більшістю нижньої палати парламенту. Адже будь-який інший вибір не влаштує Національне Зібрання і воно має право виразити вищому органу виконавчої влади недовіру шляхом прийняття резолюції недовіри (абз. 2 ст. 49 Конституції). Прем'єр-міністр повинен буде негайно вручити президенту заяву про відставку уряду (ст. 50 Конституції).

Отже, слід зазначити, що своєрідність сучасної французької державної системи полягає у тому, що залежно від співвідношення і розстановки політичних сил вона в кожен даний історичний момент тяжіє або переважно до президентської або переважно до парламентської форми правління. Саме тому твердження, що Франція – напівпрезидентська республіка, потребує деякого уточнення. По суті у Франції, в різні періоди фактично реалізується або президентська або парламентська форми правління. Уявляється, що французька модель державності дуалістична за своєю природою.

---

1. Керимов А. Д. Парламентское право Франции. – М.: Норма, 1998. – 176 с.

2. Крутоголов М. А. Парламент Франции. Организация и правове аспекты деятельности / отв. ред. Ю. П. Урьяс. – М.: Наука, 1988. – 239 с.

3. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. / отв. ред. М.Н. Марченко. – Т. 1: Теория государства. – М., 1998.

4. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. – К.: Юридична фірма «Салком»; Юрінком Інтер, 2005. – 569 с.

5. Huntington S. The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century. – Norman; London: University of Oklahoma Press, 1991.

МОЧУЛЬСЬКА Марта Євгенівна,
асистент кафедри основ права
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ВПЛИВ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ НА ЗАКОНОТВОРЧІСТЬ У КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ (НА ПРИКЛАДІ УКРАЇНИ, РОСІЇ ТА НІМЕЧЧИНИ)

Правова доктрина відіграє значну роль у розвитку континентального права. Це зумовлено як впливом правової доктрини на становлення континентальної правової системи, так і процесами конвергенції та уніфікації основних правових систем. Особливу роль правова доктрина відіграє у законотворчій практиці держав, що відносяться до континентальної правової сім'ї, серед яких є Україна, Росія та Німеччина.

Для вдосконалення законотворчого процесу в Україні з врахуванням здобутків юридичної науки та позитивного досвіду іноземних держав, доцільно провести порівняльно-правове дослідження впливу правової доктрини на законотворення у континентальній правовій системі, що і є метою даної наукової праці.

Окремі аспекти місця та ролі правової доктрини у правових системах досліджували С. Бошно [1], Н. Джааскінен [2], А. Зозуля [3], М. Кармаліта [4], Л. Луць [5], М. Марченко [6] та ін.

Правова доктрина здійснює вплив на законотворчість в різних формах, серед яких:

1. Розробка понятійно-категоріального апарату, юридичної техніки, що є основою законотворчості. На сьогодні одним з основних завдань правової доктрини є створення правових принципів, понять, термінів, методів законотворення, що є базисом для створення правових приписів.

2. Вплив на свідомість законодавця. Законодавці нерідко звертаються до доктрини, адже це зумовлюється необхідністю додержання такого принципу правотворчості як наукова обґрунтованість створення джерел права з використанням надбань юридичної науки та інших наукових знань [7, с. 187].

3. Розробка науковцями-правниками законопроектів.

4. Безпосереднє закріплення положень правової доктрини у тексті закону. Вироблені в результаті аналітичних досліджень узагальнення, класифікації та інші наукові результати нерідко сприймаються законодавцем, переносяться в закони [3, с. 16].

5. Безпосереднє посилання на положення правової доктрини у проекті закону. Наприклад, законопроект ФРН «Про врегулювання авторського права в інформаційному суспільстві» містить посилання на наукове правове дослідження: *Schack, Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen, AfP 2003, S. 1 (Шак. Чи мають право громадські установи створювати електронні архіви, Агентство Франс Прес, 2003 р., с. 1).*

6. Проведення правових експертиз (в тому числі науково-правових експертиз) законопроектів. Регламент Верховної Ради України [8] містить положення, що стосуються проведення та врахування результатів правової експертизи законопроектів: п. 1 ст. 103 передбачає можливість направлення законопроекту на наукову, юридичну експертизу, проведення наукового дослідження; п. 2, 3, 4 ст. 103 встановлюють обов'язкове проведення наукової експертизи законопроекту; п. 5 ст. 103 передбачає обов'язковість врахування висновків експертизи законопроекту. У Регламенті Державної Думи РФ [9] передбачено можливість направлення законопроекту для проведення наукової експертизи (ст. 112).

7. Участь науковців-правників у процесі розгляду та обговорення законопроектів. Ст. 93 Регламенту ВРУ встановлює можливість залучення для попереднього розгляду законопроекту *експертів, фахівців* та інших осіб [8].

Участь експертів у процесі законотворчості одержала своє закріплення у Регламенті Держдуми [9], зокрема, ст. 111 передбачає можливість включення до складу робочої групи для роботи над законопроектом експертів та фахівців. Ст. 105 Регламенту Ради Федерацій передбачає право комітету запрошувати на засідання вчених і фахівців в якості експертів [10].

У ФРН інтерес до підготовчих документів, стенограм засідань пояснюється тим, що в результаті правотворчих дій деякі аспекти норми не були висвітлені належним чином,

хоча на стадії прийняття вони зустрічали підтримку парламентаріїв [1, с. 75].

Отже, правова доктрина відіграє значну роль у розвитку континентального права, яка в першу чергу полягає у впливі правової доктрини на законотворчість. Такий вплив здійснюється у різних формах, які були виявлені та проаналізовані. Наслідок цього впливу є позитивним, адже використання у процесі законотворчості правової доктрини є передумовою прийняття науково обґрунтованих та актуальних правових приписів, заповнення прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин та усунення суперечностей у системі законодавства.

---

1. Бошно С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. – 2003. – № 12. – С. 72–80.

2. Jääskinen N. Doctrine as a Source of the International Unification of Law / University of Helsinki. – Helsinki, 1985.

3. Зозуля А.А. Доктрина в современном праве: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01. – М., 2006. – 31 с.

4. Кармаліта М.В. Правова доктрина – джерело (форма) права: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2011. – 21 с.

5. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посіб. – Львів: Львівський нац. ун-т ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

6. Марченко М.Н. Источники права: учебн. пособие. – М.: Велби; Проспект, 2005. – 760 с.

7. Луць Л.А. Загальна теорія держави та права: Навч.-метод. посіб. (за кредитно-модульною системою). – К.: Атіка, 2007. – 412 с.

8. Закон України від 10.02.2010 р. «Про регламент Верховної Ради України» // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 14–15; № 16–17. – Ст. 133.

9. О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 7. – Ст. 801.

10. О регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации: Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации: от 30.01.2002 г. № 33-СФ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 7. – Ст. 128.

ПОЛОНКА Іванна Анатоліївна,
здобувач кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ,
асистент кафедри цивільно-правових дисциплін
Буковинського університету

ЯВИЩЕ НОРМАТИВНОСТІ В РОМАНО-ГЕРМАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ

Правова система є однією з центральних категорій всієї правової науки. На рубежі XX–XXI ст. значна роль відводилася порівняльно-правовим дослідженням, які мали на меті з'ясування закономірностей розвитку сучасних правових систем світу, виявлення їх ролі та місця у міжнародних спільнотах, удосконалення національної системи джерел права.

Романо-германська правова сім'я, з-поміж існуючих правових груп, займає особливе місце та має важливе значення для розвитку юридичної теорії та практики. Вона є результатом еволюції, продовженням римського права, і на думку вчених, є першою сім'єю, з якою ми зустрічаємося в сучасному світі [1, с. 35]. При розгляді цієї правової системи необхідно звернути увагу на притаманність їй високого рівня нормативності, тобто нормативної впорядкованості та стійкості. У зв'язку з цим актуальним видається питання впливу нормативності на романо-германську правову систему та її роль.

Слід відзначити, що правова наука певною мірою досліджувала деякі питання зазначеної проблематики. Дослідженню романо-германської правової системи присвячено чимало наукових праць, авторами яких є відомі українські та зарубіжні вчені, зокрема: С. Алексеєв, Р. Давид, Ю. Задорожний, В. Копейчиков, Д. Лук'янов, Л. Луць, Н. Оніщенко, С. Сливка, О. Скакун, Т. Тарахонич, В. Ткаченко, Є. Харитонов та інші. Однак окремі аспекти окресленої тематики залишаються відкритими, вартими особливої уваги.

Правова система – це складне сумарне багатопланове поняття, через яке прямо відображається зв'язок права з усією структурою суспільства і держави. Це стан правового життя со-

ціуму, що складається із взаємодії таких явищ і процесів, як правові норми, правові установки, їх нормотворча та правозастосовна діяльність, правовідносини, правосвідомість, правовий менталітет, правова культура тощо [4, с. 318].

Кожна держава створює своє власне право, залежно від притаманних їй характеристик, стану розвитку, домінуючої філософії, ідеології, вірувань і прагнень. Саме тому, різним політичним системам, різним державам і навіть різним історичним епохам притаманні відмінні правові системи зі своїми особливими засадничими принципами, юридичними концепціями і категоріями, зі своєю особливою побудовою, виконанням і призначенням правових норм. Так, цілком природно, відрізняються одне від одного українське право, німецьке право, французьке право, японське право тощо.

Водночас, незважаючи на багатоманітність права різних держав, простежуються низка спільних рис і певний технічний, політичний та культурний взаємозв'язок. Аналіз цих спільних рис та взаємозв'язків дає змогу розподілити право різних держав на кілька великих груп, які і називаються правовими сім'ями.

Романо-германська правова сім'я займає особливе місце з-поміж інших правових сімей не лише за масштабами свого впливу на формування національних правових систем держав різних континентів, а й за високим ступенем теоретичної розробки норм, принципів, положень, ідей, продукованих у тісному зв'язку з неперехідними моральними цінностями будь-якого суспільства. Це, своєю чергою, відіграло далеко не останню роль у сприйнятті права європейськими народами, як важливого загальнокультурного явища, спрямованого на забезпечення суспільного блага, а не тільки засобу чи інструменту в руках правителя держави для зміцнення своєї влади [2, с. 63–64].

Попри множинність визначень права, сформульованих у країнах, яким притаманна романо-германська правова сім'я, загальним для них все ж таки є вказівка саме на нормативність права, розгляд норми права як загального правила поведінки, встановленого законодавцем або уповноваженими органами. Дефініція права ґрунтується на визнанні норми права як моделі, масштабу поведінки загального (однакового для всіх), уза-

гальненого (абстрактного, без деталізації), певного формально-визначеного характеру. Норма права створюється не суддями, а є результатом вивчення практики (її узагальнення) відповідно до принципу справедливості, моральності.

Визнання нормативності права як неодмінної його ознаки (а відтак, і регулятивного характеру права) дозволяє законодавцю чітко і оперативно регулювати суспільні відносини у державі.

Для романо-германської правової системи характерна нормативна система джерел права, що ще раз вказує на безумовний вплив на неї нормативності.

Як відомо, тип правової системи визначається сукупністю основних, суттєвих юридичних ознак. У романо-германському типі правових систем до них належать: наявність нормативно-правового акта як основного джерела права, що видається тільки правотворчими суб'єктами, має нормативний характер і є формально-обов'язковим; ієрархічність нормативно-правових актів, яка визначається юридичною силою; наявність закону з найвищою юридичною силою – конституції; кодифікованість значної частини нормативно-правових актів; наявність спеціалізованих органів конституційного правосуддя; поділ системи права на публічне і приватне право, також галузевий поділ; подібність правових принципів і понять; наявність правової доктрини як генетичного джерела принципів права континентального типу; наявність чіткої та ефективної юридичної техніки [3, с. 59].

Зважаючи на перелічені вище ознаки можна з зазначити, що романо-германська правова система ґрунтується на засадах нормативності і саме за допомогою нормативно-правового акту, як основного джерела права, найбільш точно відповідає властивостям та цінностям права, в максимальній мірі здатна до вияву потенційних можливостей та переваг правового регулювання, досягнення його юридичної досконалості. Фактично нормативно- правовий акт – це той активний центр, до якого стягуються нитки правового розвитку в цій сфері дійсності [3, с. 67].

На підставі вищезазначеного, можна зробити висновок про належність України саме до романо-германського типу правової системи, про що свідчить високий рівень нормативності правового регулювання. Наступними етапами дослідження пропонується вважати вивчення явища нормативності у його теоретико-

правовому змісті, проведення його порівняльно-правової характеристики та забезпечення історичного аналізу.

1. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1998. – 496 с.

2. Задорожний Ю.А. Витоки формування норми права як базового елемента системи права романо-германської правової сім'ї // Юридичний вісник. – 2008. – № 4 (9). – С. 63–64.

3. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посібник. – Львів, 2003. – 255 с.

4. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. – Х.: Консум, 2001. – 656 с.

ПАНКРАТОВА Вікторія Олегівна,
старший викладач Сумської філії
Харківського національного університету
внутрішніх справ

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ: ТЕОРЕТИКО-ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Фундаментальною ознакою, що відрізняє країни з континентальною системою права від країн загального права, є система джерел права. У країнах романо-германської правової сім'ї судовий прецедент не є джерелом права, а судова правотворчість де-юре заборонена. Тут діє принцип res judicata – остаточне рішення суду, що не підлягає перегляду з того ж самого предмета, між тими самими сторонами та за тими самими фактичними обставинами [1, с. 157].

Однак, у науковій літературі відзначається зближення правових систем, що також проявляється і в системі джерел права, а саме, у розвитку в країнах романо-германської правової сім'ї судового правотворення і в зростанні ролі закону в країнах англо-американської правової сім'ї. Нині вже ніхто не заперечує важливість та значення судової правотворчості у становленні системи джерел права в цих країнах.

Особливості судового прецеденту як джерела права у континентальному праві досліджували такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як: П. Ткачук, М. Савенко, О. Скакун, В. Тихий, Г. Гаджиєв, М. Вітрук, А. Бєлкін, К. Цвайгерт та ін.

Метою роботи є теоретико-порівняльний аналіз місця судового прецеденту серед інших джерел права у континентальному праві.

Згідно із найпоширенішим уявленням про судовий прецедент під останнім розуміється рішення з конкретної справи, яке завдяки обґрунтуванню стає правилом, обов'язковим для всіх судів тієї самої або нижчої інстанції при розгляді аналогічних справ. Підставою застосування судового прецеденту є обґрунтування, що жодна зі всіх чинних правових норм не відповідає певному випадку.

У романо-германській правовій системі роль судової практики не виходить за рамки тлумачення або роз'яснення закону. Вважається, що правотворча діяльність є прерогативою законодавця, а також урядової або адміністративної влади, уповноваженої на це законодавцем. Тобто судова практика є суперечним джерелом права романо-германської правової сім'ї. Але, як влучно зазначає О.Ф. Скакун «…несмотря на то, рассматриваются ли судебные прецеденты в качестве источника права или нет, они фактически используются судами. Объективно наблюдается возрастание роли судебного прецедента и правотворче ской деятельности государств континентальной Европы» [1, с. 157].

У континентальному праві суб'єктами судової правотворчості є лише вищі судові інстанції. До вищих судових інстанцій залежно від особливостей побудови судових систем та виду юрисдикцій належать вищі суди загальної та спеціальної юрисдикцій. Суб'єктами судової правотворчості спеціальної юрисдикції можуть бути конституційні суди, а загальної – верховні суди у системі судів цивільної, кримінальної, адміністративної, трудової, фінансової, соціальної юрисдикцій [2, с. 16].

Стосовно визначення місця і ролі судової практики як джерела права існують два підходи: французька і німецька доктрини.

Французька доктрина характеризується впорядкованістю правозастосування, що виникла ще з часів Французької рево-

люції. Згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу, судам заборонено виносити рішення у вигляді положень загального або регламентарного характеру; це означає, що суддя у своєму рішенні не може створювати норму права, яка застосовувалася в аналогічних випадках. Але за словами Ж. Л. Бержеля, заборона обов'язкової сили прецеденту не свідчить про негласну роль судової практики у правовій системі Франції [3, с. 20].

У німецькій правовій традиції рішенням суддів надають більшого значення, ніж у Франції. Закон передбачає, що рішення Федерального Конституційного Суду є юридично обов'язковими для нижчих судів. Так, ст. 31 Закону Про Федеральний Конституційний Суд Німеччини закріплює положення, згідно з яким рішення цього суду є обов'язковими для всіх інших судів та органів влади. У деяких випадках, передбачених зазначеним законом, рішення Конституційного Суду мають навіть силу закону (наприклад, у випадку прийняття рішення щодо того, чи є норма міжнародного права частиною федерального права і чи створює така норма права та обов'язки для особи) та публікуються у Федеральному реєстрі законів [3, с. 20–21].

В інших країнах романо-германської правової сімї роль судового прецеденту неоднозначна. Так в Іспанії офіційно визнається правотворча роль судової практики. Судова практика заснована на ряді рішень Верховного суду

Іспанії і формує так звану «загальну правову доктрину» (doctrina legal) [1, с. 160].

В Італії немає закону, який би регулював порядок використання прецеденту. Проте, судові прецеденти відіграють настільки важливе значення в італійській правовій системі, що вони де-факто вважаються джерелом права. Рішення Конституційного Суду Італії вважаються прецедентами, яких слід дотримуватися. Положення конституції та закону про Конституційний Суд свідчать, що рішення Конституційного Суду є обов'язковими для виконання всіма органами та судами загальної юрисдикції, не можуть бути оскаржені та в деяких випадках мають «силу закону» [1, с. 159].

Таким чином, все викладене дає підстави дійти висновку, що рішення судів країн континентального права відіграють значну роль у розвитку правових систем більшості розвинених європейських країн. Суб'єктами судової правотворчості у повно-

му обсязі цього поняття є лише конституційні суди. Визнаючи той чи інший нормативно-правовий акт неконституційним і тим самим скасовуючи його, Конституційний суд фактично створює нові правові норми.

---

1. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира: учебник. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 464 с.

2. Стецик Н. Судова правотворчість у континентальному праві: загальнотеоретична характеристика // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 15–19.

3. Строцький Р.Є. Судова влада як творець права в контексті поділу влад // Митна справа. – 2011. – №6 (78). – С. 17–23.

ПЕТРОВА Екатерина Алексеевна,
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории
и истории государства и права
Ивановского государственного университета

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ИЗУЧЕНИЯ ЗАРУБЕЖНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ (НА ПРИМЕРЕ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ США)

В современную эпоху глобализации и интеграции исследования зарубежного права приобретают всё большую актуальность. Они позволяют не только выявить особенности различных правовых систем, но и использовать полученный опыт, с учетом национальной специфики, в развитии отечественного права. Соответственно речь идет не только об изучении зарубежного права как такового, но и о сравнении его с правом национальным, то есть о сравнительно-правовом исследовании.

Приступая к изучению любого явления, в т.ч. и правового, необходимо четко ответить на вопросы: что, зачем и как мы исследуем, т.е. определить объект, цель и методы анализа. В частности, мы берем в качестве объекта исследования зарубежную правовую систему – правовую систему США, с целью выявить её особенности и на их основе определить место данной правовой

системы на правовой карте мира. Указанная цель предопределяет и метод исследования – сравнительно-правовой.

Сравнительно-правовой анализ зарубежных правовых систем обладает рядом теоретико-методологических особенностей, которые необходимо учитывать исследователям. Опыт изучения нами специфики правовой системы Соединенных Штатов Америки позволяет обозначить следующие основные проблемы.

Правовая система – это сложная правовая конструкция, охватывающая различные правовые явления. Исследуя особенности зарубежной правовой системы, на наш взгляд, необходимо в первую очередь проанализировать следующие её элементы: господствующий тип правопонимания, специфику нормообразования, систему источников (форм) права, структуру системы права, механизм реализации права, уровень правовой культуры. К сожалению, в компаративистских исследованиях главное внимание, как правило, уделяется формальным характеристикам (преобладающая форма права, степень кодификации права, строение системы права), а идеологические факторы (доктрина, правосознание, правовая культура) отходят на второй планы. Между тем именно последние факторы играют решающую роль в создании правовой «картины» любого государства. Так, например, если подходить с формальной точки зрения, то в США, согласно федеральной Конституции, основным источником права является статут (закон), а не прецедент, и судьи не обладают правотворческими функциями. Однако господствующий в американской правовой системе социологический тип правопонимания и доставшийся американским юристам в наследство от первых английских поселенцев «казуальный» образ мышления превратили судебный прецедент в важнейший источник американского права, а судей – в главных «творцов» права.

Другая особенность изучения зарубежного права состоит в необходимости определения содержания основных используемых в нем юридических понятий и категорий, поскольку их трактовка в зарубежной литературе может значительно отличаться от существующей в отечественной юриспруденции. Так, например, в отличие от своих российских коллег, ведущих многочисленные дискуссии по поводу понимания феномена «источник права», американские ученые уделяют довольно не значительное внимание

теоретической разработке данной проблемы. Не вдаваясь в сущность понимания категории «источник права», исследователи США делят все источники в зависимости от степени обязательности (authority) на «первичные» (primary) и «вторичные (secondary) [1, p. 2], что не характерно для российской доктрины.

Из необходимости сопоставления юридических понятий вытекает и следующая особенность, а точнее, проблема – адекватный перевод. Проблема адекватного перевода приобретает особую важность в силу того, что, изучая зарубежное право, исследователь должен работать в первую очередь с первоисточниками, написанными на языке оригинала. Работа исключительно с переведенной литературой может привести к неправильным выводам, поскольку любой перевод имеет ту или иную долю субъективизма и не застрахован от ошибок и неточностей (например, если юридический текст переводится лицом, не имеющим юридического образования и не знающим специфику юридической терминологии). Компаративист, исследующий зарубежное право, должен, опираясь на первоисточники, проникнуть в суть правовых явлений, чтобы дать им адекватный перевод. Так, например, термин «code» (буквально «кодекс») применяется в американском праве в отношении любых актов систематизации, в независимости от вида последней, а не только к актам кодификации, как, например, в российской правовой доктрине. Еще более многозначным является термин «law», который в зависимости от контекста может переводиться как «право, закон, законодательство, общее право, суд, судопроизводство, судебная практика, юстиция, юристы» [2, с. 462].

Наконец, определяя место правовой системы государства на правовой карте мира, необходимо четко установить критерии сравнения, не ограничиваясь при этом только формальными элементами, а учитывая также идеологические основы и реально складывающиеся правоотношения. Так, например, по формальным критериям (использование судебного прецедента как источника права, преобладание процессуального права над материальным, несистематизированный характер права и т.п.), правовую систему США традиционно относят к семье общего права, но в действительности американское право приобретает все больше черт сближающих его с континентальным правом

(наступление «эпохи» статутов; наличие многочисленных кодексов и конституции как единого писаного акта и др.) и позволяющих рассматривать правовую систему США как смешанную.

Таким образом, мы обозначили основные особенности анализа зарубежных правовых систем, которые, конечно, не исчерпывают всю специфику, но отражают главное: чтобы изучить зарубежное право, его надо, в первую очередь, понять.

---

1. Fine T.M. American Legal Systems: A Resource and Reference Guide. – Cincinnati, 1997. – 121 p.

2. Пиповар А.Г. Большой англо-русский юридический словарь. – М.: Изд-во «Экзамен», 2003. – 864 с.

ПЕРЕПЕЛИЦЯ Анатолій Васильович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
адміністративного права і адміністративної діяльності
Львівського державного університету внутрішніх справ

ВПЛИВ АНГЛІЙСЬКОГО ПРАВА НА ПРАВОВІ СИСТЕМИ ДЕРЖАВ СВІТУ ТА КРАЇН БРИТАНСЬКОЇ СПІВДРУЖНОСТІ

На сьогодні практично у всіх країнах Співдружності в тій чи іншій формі діє система англійського загального права. Як зазначають дослідники, простіше перечислити держави, що входять у Співдружність, в яких функціонують інші системи права і яким взагалі не відома система загального права як основи національної правової системи. До таких не надто чисельних держав належить Мальта, де засноване на статуті право є єдиною формою існування права. Основу правових систем Зімбабве, Свазіленду, Лесото, Ботсвани, Шрі-Ланки становить романо-германське право.

До країн, в яких немає загального права, належать Бангладеш, Мальдівські острови (тут в основі правової системи лежить мусульманське право) [1, с. 372].

Лише в цих країнах Співдружності існують елементи загального права, які тісно взаємодіють з мусульманським та ро-

мано-германським правом. Тут швидше може йтися про наявність загальної традиції права.

В інших країнах Британської Співдружності англійське загальне право становить один із елементів національного права. В деяких з них англійське загальне право утворює фундамент правової системи країни (Антигуа і Барбуда, Багамські острови, Барбадос, Беліз, Гренада, Домініка, штати Нігерії, Сент-Вінсент і Гренадини, Вануату, Тринідад і Тобаго, Ямайка [1, с. 372].

В інших країнах Британської Співдружності англійське загальне право доповнене місцевими законодавчими актами чи кодексами в окремих галузях права і правового регулювання.

Слід зазначити, що в країнах Співдружності англійське загальне право доповнене законодавчими актами або кодексами в окремих галузях правового регулювання.

Правова система австралійських штатів заснована на англійському загальному праві.

В деяких штатах здійснено кодифікацію норм загального права (в галузі кримінального права) [1, с. 372].

Конституція *Папуа – Нової Гвінеї* 1975 р. закріплює систему джерел права.

Поряд з Конституцією, законами, актами Парламенту, прийнятими на основі діючої Конституції, до джерел права належать звичаї, а також принципи і норми загального права та права справедливості, якщо вони сумісні з Конституцією країни, її статутами та умовами [1, с. 372].

У країні *Кірібаті* норми загального права межують зі звичаєвим правом.

Цивільна і кримінальна юрисдикція в Кірібаті здійснюється відповідно до принципів англійських статутів загального застосування, що діяли в Англії на 1967 р., а також з принципами загального права і *доктринами справедливості*. Місцевий звичай застосовується туземними судами щодо питань про розлучення і спорів по зареєстрованим договорам.

У *Тувалу* поряд із нормами загального права (статутами) в деяких галузях функціонує *право справедливості*. Це стосується передусім питань землекористування, усиновлення, особистого права.

У *Малаві* чинні статути загального права, що діяли в Англії станом на 11 серпня 1902 р., а також принципи англійського

загального права і права справедливості. Поряд з цим традиційні суди застосовують звичаєве право. Його можуть використовувати й інші суди, залежно від обставин справи.

У *Сьєрра-Леоне* правова система країни об'єднує загальне право, доктрину права справедливості, статути загального застосування, що діяли в Англії станом на 1 січня 1880 р. Норми місцевого права зазвичай застосовувалися до різних общин, що проживали в країні.

Джерелами права в *Уганді* є Конституція, акти і декрети уряду, англійські статути, англійське загальне право, доктрина права справедливості, а також звичаєве право країни.

Доволі своєрідна правова система *Науру*. В країні застосовуються принципи і норми загального права та права справедливості, що були чинними в Англії до відповідної дати; деякі статути Австралії, Квінсленду і Папуа, а також звичаї корінного населення [2].

Отже, можна говорити про право країн Британської Співдружності, де активно рецептовано ознаки англійського загального права та права справедливості, що взаємодіє з національним правом і є його окремим елементом.

---

1. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира: учеб. пособие. – М.: Зерцало-М, 2008. – 528 с.
2. Страны мира: Справочник. – М.: Политиздат, 1983. – 458 с.

СТРОЦЬКИЙ Руслан Євгенович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного та міжнародного права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ЗАКОН ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СІМ'Ї

Поряд з прецедентами закони займають у системі джерел англо-американського права доволі важливе місце. Поняття закону ототожнюється з поняттям нормативно-правового акта,

що створюється законодавчою та виконавчою владою і протиставляється актами судової влади [1, с. 563].

У вузькому значенні (суто юридичному) законом є формально оформлений у письмовому вигляді акт, який виходить із вищого законодавчого органу влади (в Англії, Австралії, Канаді – це Парламент, у США – це Конгрес, на рівні окремих штатів – легіслатури) [2, с. 150].

Закон – це акт Парламенту. Дане визначення є найбільш поширеним в англійській правовій літературі. Також у науковій літературі можна зустріти більш розгорнуте, але не менш формальне визначення.

Вчені розуміють закон передусім як норму в романо-германській правовій сім'ї. В англійському праві традиційно діє принцип, згідно з яким правова норма міститься в законодавстві (в актах Парламенту і делегованому законодавстві) та прецедентах. Ще англійський дослідник А. Дайсі підкреслював, що основою цього положення є судове визнання [3, с. 69–70].

Поняття правової норми в англійському праві доволі широке. Будь-яке правило поведінки, незалежно від того, має воно загальний чи індивідуальний характер, підпадає під правову норму. В англійському праві відсутній поділ на нормативні індивідуальні акти. Індивідуальні акти вважають нормативними. Судовий прецедент як важливе джерело права містить в собі норму, сформульовану в процесі вирішення конкретної справи. Закон має більш загальний характер, і під впливом прецедентного права – більш детальний та конкретизований [3, с. 70].

Також для англійського розуміння закону у вузькому значенні є те, що статути приймає Парламент – вищий законодавчий орган Об'єднаного Королівства, – які повинні бути схвалені королем (королевою).

Як зазначає відомий англійський юрист Е. Дженкс, на відміну від судового рішення, статут є формальною постановою щодо будь-якого правила поведінки, яка в майбутньому має дотримуватись тими особами, до яких вона звернена. Закон (за винятком випадків, які надають йому зворотної сили) не намагається, на відміну від судового рішення, вирішити спір, який уже виник, чи покарати за вже здійснений вчинок [4, с. 42].

Для Англії особливе значення має принцип верховенства статутів, який ґрунтується на принципі правового суверенітету

Парламенту (або верховенства Парламенту). Цей принцип полягає в тому, що вся законодавча влада сконцентрована в Парламенті, і лише він може приймати і скасовувати статути, припиняти їх дію; Парламент має право видавати і скасовувати закони з будь-якого питання, немає жодної особи чи установи, за якими англійський закон визнавав би право порушувати або оскаржувати законодавчі акти Парламенту, проте повну свободу парламенту у сучасний період обмежують рішення Європейського Союзу [3, с. 66].

В Англії є три типи консолідованих актів: 1) суто консолідовані акти, що безпосередньо об'єднують законодавчі положення; 2) консолідовані акти, які приймають відповідно до Закону про процес консолідації 1949 р.; 3) консолідовані акти, які приймають відповідно до поправок, що запропоновані правовою комісією. Останні два типи становлять широку консолідацію. Характерною ознакою консолідації англійського права є те, що під цей процес потрапляє не лише попереднє законодавство, а й прецедентне право і право справедливості з даного питання.

Фактично закони, які певним чином змінені в Англії, вважаються кодексами. Також у 1984 р. правовій комісії було представлено проект Кримінального кодексу, який опублікували у березні 1985 р. за наказом Палати громад і винесли на обговорення. Кодекс як правовий акт містить у собі традиційні елементи законів (так звані *зауваження на полях*), в яких подано короткий виклад статті, широке визначення правових категорій (додатки) з низкою нових моментів (лаконічніше формування статей, спрощення мови, щоб з кодексом могли працювати не лише спеціалісти в галузі права, а й інші суб'єкти суспільного життя) [3, с. 100].

В основному кодифіковані акти використовують у розвинутих галузях права. Принципи таких правових утворень зазвичай добре розроблені, вони знаходять підтвердження в прецедентах і законах. Іноді приймають кодифіковані акти, в яких норми (правила) об'єднуються в одній системі законодавчих положень. З моменту прийняття такого законодавчого акта (положення) відбувається подальший розвиток права, прецедентне право починає виникати на основі кодифікованого статуту.

Залежно від юридичної сили і місця, яке займають в системі джерел права, закони поділяються на *конституційні, звичайні та поточні.*

До *конституційних актів* належать також акти, за допомогою яких вносять зміни чи поправки (доповнення) в Конституцію. Типовим прикладом у цьому плані є США.

Щодо джерел законотворчості у США, то тут діє принцип верховенства положень Конституції, і на цій основі існує ієрархія джерел законотворчості.

Неформальна *Конституція* Великобританії складається не лише із сучасних законодавчих актів, а й із давніх (зокрема, Велика Хартія Вільності 1215 р., Білль про права 1869 р. та ін.), а також – зі звичаїв чи конституційних угод (неписана частина Конституції). В тому числі – й з таких, що в жодному юридичному документі письмово не зареєстровані і судовим захистом не забезпечені, положень, як формування уряду лідерами партій більшості в Палаті громад, парламентська відповідальність міністрів та інші. Це єдина Конституція, що дещо по-іншому, нетрадиційно, вирішує питання про співвідношення конституційних і звичайних законів, а разом з тим звичайних законів та інших джерел права [1, с. 568].

Ні в теорії, ні в практиці конституційного розвитку Великобританії ніколи не передбачалось існування жорсткої ієрархії конституційних і звичайних законів, а також інших джерел англійського права, як це має місце в США та інших країнах англо-американського чи романо-германського права [5, с. 568].

В англо-американській правовій сім'ї значну увагу приділено актам тлумачення законів (статутів). У широкому аспекті «тлумачення» розглядається як творча діяльність судів, пов'язана зі з'ясуванням і роз'ясненням змісту правових норм, що містяться в законах (статутах). Внаслідок такої діяльності можливе розуміння закону в більш ширшому чи вужчому плані. Разом з тим допускається і видозмінення (modifying) норм, що містяться в законі.

Як зазначає дослідник англійської правової системи А.К. Романов, основна маса законопроектів формально ініціюється Короною. В окремих випадках ініціаторами прийняття закону можуть бути члени Парламенту. Перед надходженням до Парламенту остаточного варіанта законопроекту, останній узгоджується з тим департаментом уряду, до компетенції якого він входить.

Загалом, закон (статут) займає важливе місце в системі джерел права, що зумовлене його ефективним розвитком у сферах публічного та приватного права.

---

1. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: НОРМА, 1996. – 432 с.

2. Савчин М.В. Порівняльне правознавство: Загальна частина: Навч. посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 288 с.

3. Строганов А. И. Латинская Америка в XX веке: пособие для вузов. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Дрофа, 2008. – 432 с.

4. Введение в шведское право. – М., 1986. – 333 с.

5.Історія Норвегії / К. Гелле, С. Дюрвік, Р. Данієльсон та ін.; пер. з норв. Н. Іваничук, І. Сабор, М. Красавіна. – Львів: Літопис, 2001. – 336 с.

СИДОР Маркіян Ярославович,
здобувач кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ СКАНДИНАВСЬКОГО ПРАВА

Історичний розвиток північних європейських країн характеризується деякими аспектами, а саме: 1) відносна нерозвиненість управлінської ієрархії; 2) наявність вільних селян; 3) демократичні форми врахування інтересів різних верств населення в рамках церковного приходу, що допомагало знаходити компроміс у вирішенні соціальних конфліктів; 4) постійне пристосування економічного розвитку до умов патріархального суспільства; 5) у скандинавських країнах рано виникає централізована держава і уніфіковане в масштабах держави право [1, с. 247].

Як зазначає М.В. Савчин, скандинавське право є продуктом спільного історичного розвитку північноєвропейських країн, еволюція якого пройшла декілька етапів.

Перший етап характеризується тим, що відбувався процес формування правової системи та спроб його консолідації – створення земельного права (права сільських громад) та міського права (права народів) до XIV ст. [2, с. 175].

Починаючи з XIII ст., у Швеції здійснюється консолідація законодавства. У середині XIV ст. видають два закони, один з яких регулював відносини в сільській місцевості, а другий – у містах. Ці акти функціонували протягом 400 років. За цей час вони неодноразово змінювались і доповнювались. Важливу роль у процесі пристосування цих законів до нових умов суспільного життя відігравали суди.

Рецепція римського права лише тимчасово вплинула на скандинавські країни. Наслідком цього стали тісніші зв'язки з юридичною наукою континентальної Європи, ніж з англійською. Як зазначають дослідники, тісні взаємозв'язки північних правових систем пояснюються тим, що між скандинавськими країнами завжди історично існували стабільні політичні, економічні та культурні відносини.

Вони акумулювалися в Кальмарську унію, що існувала з 1397-го по 1523 р. Сюди входили Норвегія, Данія, Швеція [11, с. 275]. Але зв'язки між Швецією і Фінляндією та між Данією, Норвегією й Ісландією були стабільнішими і зберігалися довше (століттями).

Дослідник норвезького права В.А. Закс у праці «Особливості формування норвезького середньовічного права» зазначає, що до другої половини XIII ст. обласні судебники середньовічної Норвегії були єдиним джерелом саме у юридичному сенсі. Їх було чотири: «Закони Гулатінга», «Закони Фростатінга», «Закони Боргартінга», «Закони Ейдсіватінга». Але до нас дійшли лише два перші судебники. Їх застосовували на народних зібраннях-тінгах у певних областях Норвегії. «Закони Фростатінга» функціонували у Трондхеймі – північно-західній частині країни, «Закони Гулатінга» – в південно-західній Норвегії, у Вестландії [3, с. 203].

Норвезькі судебники належать до найбільш архаїчних пам'яток західноєвропейського права. За своєю формою і змістом вони нагадують континентальні варварські Правди – так само відображають в основному народне звичаєве право і характеризуються більшою казуїстичністю. У цих судебниках відображено єдину волю народу. Написані вони рідною для норвежців древньонорвезькою мовою, що робило право доступнішим для населення країни [3, с. 203].

Ці закони, що діяли в різних областях, змінювалися з розвитком суспільства та мали різні редакції; застосовувалися вони аж до 70-х р. XIII ст., поки не були замінені першим загальнонорвезьким законодавством короля Магнуса Хаконарсона.

Закони цих двох областей складаються із низки глав, які доволі детально відображають правове регулювання різних сторін суспільного життя. Вони присвячені розгляду питань, що стосуються порядку спадкування, сплати і отримання вергельдів, злочинів проти власності, поділу і відчуження спадкової землі, здачі землі в оренду, організації військового ополчення – лейданга, відвідування і скликання тінгів і т. д. Особливе місце в них займають питання, що стосуються церковного права, і постанови, які захищають інтереси держави [3, с. 204].

Отже, норвезьке право Середньовіччя нагадувало право германських народів, а також відображало звичаєвий характер, що було основою врегулювання суспільних відносин у цей період.

В даний період виникла унія Норвегії з Данією, яка проіснувала протягом 1536–1814 рр. З 1536 р. Норвегія повністю увійшла до складу Данії та була перетворена на звичайнісіньку датську провінцію.

Як зазначають норвезькі історики, Кальмарська унія характеризувалася експансією Данії у Норвегію. Хоча вплив був не лише у сфері права. Норвегія перейняла і датський правопис, норвезька розмовна мова зазнала впливу датської [4, с. 41–52]. Данія, Норвегія та Ісландія понад чотири століття перебували під правлінням датської королівської сім'ї (з кінця XIV ст.). Фактично датське право існувало в Норвегії та Ісландії, що призвело до змішування культурних елементів, зближення між народами, а також до формування єдиного правового та культурного регіону.

Загальною історичною основою скандинавського права було давньогерманське право. Але закономірно, що в кожній країні формувалися свої місцеві звичаї. Починаючи з XII ст., норми давньогерманського права вносять у численні земельні, а пізніше й міські закони.

Вже з перших актів центральної влади тривав процес об'єднання і уніфікації права. У Швеції в XIV ст. вдалося об'єднати право окремих місцевостей в єдине земельне право, а право народів – в єдине міське право [1, с. 275].

У XII–XIII ст. Фінляндія була завойована Швецією і входила до складу Шведської імперії до 1809 р. [1, с. 275]. Ці закони також поширювалися і на Фінляндію. Отже, для цього періоду характерними є наявність звичаєвого, архаїчного права, що проіснувало до XVII ст., а також посилений вплив шведського та датського права.

На *другому етапі* відбуваються процеси об'єднання та уніфікації права, що стали основою видання Датського (1683 р.) та Норвезького (1687 р.) кодексів. Протягом XVII–XVIII ст. вихідним пунктом формування правових систем скандинавських країн стали вказані законодавчі акти, два зводи законів. Перший – Кодекс короля Христіана V (Danske Lov) був прийнятий в Данії у 1683 р. У 1687 р. він поширився на Норвегію під назвою «Норвезьке право» (Norske Lov). Другий звід законів шведської держави запроваджено у 1734 р. (Sveriges rikes lag).

Датський кодекс складається з таких шести розділів, він став основою усього скандинавського права.

Тепер слід зупинитись на *Шведському кодексі 1734 р*. Стіг Стремхолм вважає XVII ст. переломним періодом створення сучасної правової системи Швеції. У цей період зароджується ранньокапіталістичне підприємництво. Важливу роль відіграє звід законів, прийнятий у 1734 р., що, як зазначає дослідник, діє і до сьогодні [5, с. 12].

Звід законів Шведського Королівства слід розглядати через призму використання діахронного порівняльно-правового методу, а саме: історичного моменту у створенні закону, його архаїчного стану та модифікацій сучасного періоду. Цей Звід законів схвалили усі прошарки Королівства на сесії риксдагу в 1734 р. Зрозуміло, що правові норми зводу відповідали часовим реаліям.

Вплив римського права на Шведський кодекс 1734 р. був незначним. Автори кодексу звернулися до традицій старого шведського земельного і міського права, що випливає з його структури, стилю, мови та відсутності в ньому узагальнюючих норм [1, с. 276].

Як зазначає А.Х. Саїдов, ці два зводи стали основою наступного розвитку обох гілок скандинавського права – датської і шведської. Ці акти слід розцінювати не як кодекси, а як зводи

діючого законодавства, оскільки деякі розділи між собою не були пов'язані.

Багатовікова дія Шведського 1734 р. і Датсько-Норвезького кодексів (1683–1687) демонструє, як з роками закон застосовують усе менше, і поступово він взагалі перестає функціонувати внаслідок розвитку на його основі прецедентної практики. Ця закономірність стосується також Цивільного кодексу Франції 1804 р. і Германського Цивільного укладення 1896 р. [1, с. 277].

3. Третій період можна умовно назвати періодом співробітництва країн регіону у законодавчій сфері (сер. XIX ст. – 1952 р., і до сьогодні).

Історична й культурна спільність країн, розвиток взаємної торгівлі та покращення транспортних зв'язків призвели до того, що в останній третині XIX ст. між ними налагодилася тісна співпраця у законодавчій сфері. Серйозним стимулом для цього стала спорідненість скандинавських мов. У 1872 р. відбувся з'їзд скандинавських юристів, що прийняв резолюцію про необхідність негайної уніфікації вексельного права. Пізніше у цих країнах інтенсивно уніфікувалося торгове законодавство, внаслідок чого було прийнято закони про торгові знаки, торговий реєстр, фірму, а також уніфікований закон про купівлю-продаж рухомого майна [5, с. 176].

Правові системи скандинавського права не можна віднести ні до загального, ні до континентального права. Проглядається конформістське устремління, оскільки таке об'єднання вигідне всім державам. Таке порозуміння скандинавських країн визначає ту скандинавську гармонію, що спонукала до створення в 1952 р. Північної Ради, куди входять Данія, Фінляндія, Ісландія, Норвегія й Швеція. Зазвичай законодавчі пропозиції, підготовлені Північною Радою, шведський риксдаг приймає без поправок. У Північній Раді формально домінує Швеція [5, с. 13].

Шлях для підготовки ідентичного законодавства скандинавських країн полягає у створенні в усіх країнах-учасницях комісій і підготовки приватних зустрічей між ними, а також між офіційними особами міністерств, що задіяні в подальших стадіях цього процесу. Результат кінцевої роботи – урядові законопроекти, які є майже ідентичними. Скандинавська гармонія

зазвичай буває потужним аргументом для того, щоб запобігти серйозним змінам на стадії розгляду законодавства в Парламенті [5, с. 35].

Специфічним органом, що виявляє сильні аспекти зближення скандинавських країн і значущість їхніх парламентів, стала Північна Рада, створена в 1952 р. Вона складається з парламентів чотирьох великих скандинавських держав, а також Ісландії. Щороку Рада протягом декількох тижнів проводить зустрічі, обговорюючи питання, що мають взаємний інтерес. Цей орган є консультативним, але його рекомендації користуються авторитетом в урядах [5, с. 36].

Внаслідок цього нині спостерігаються процеси інтеграції скандинавських країн у рамках Північної Ради (більш ґрунтовно), ніж у Раді Європи та Європейському Союзі.

Отже, північноєвропейське (скандинавське) право у своєму розвитку пройшло *три етапи*. На *першому етапі* формувався звичаєвий підхід до права, функціонували закони, які врегульовували відносини у сільській місцевості та в містах. *Другий етап* характеризувався прийняттям Датського (1683), Норвезького (1687) та Шведського кодексів (1734 р.), які стали основою у формуванні єдиного ринку та єдиних відносин між державами. *Третій період* відзначався тісною співпрацею скандинавських країн з сер. XIX ст. – по 1952 р., і до сьогодні, утворенням єдиних норм та міждержавного об'єднання «Північна Рада», а також тісними зв'язками з ЄС і Радою Європи.

---

1. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510 с.

2. Савчин М.В. Порівняльне правознавство: Загальна частина: Навч. посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 288 с.

3. Право в средневековом мире: сб. статей. – СПб.: Алтейя, 2001. – Вып. 2–3. – 346 с.

4. Історія Норвегії / К. Гелле, С. Дюрвік, Р. Даніельсон та ін.; пер. з норв. Н. Іваничук, І. Сабор, М. Красавіна. – Львів: Літопис, 2001. – 336 с.

5. Введение в шведское право. – М., 1986. – 333 с.

СИТАР Ігор Михайлович,
кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ПРАВОВА СПІВПРАЦЯ СКАНДИНАВСЬКИХ КРАЇН

Скандинавське право являє собою єдину систему не тільки з огляду на історичні шляхи розвитку права, особливості законодавства, джерела права. Особливу роль тут відіграє те, що скандинавські країни тісно співпрацюють у галузі законодавства. Цей процес розпочався ще з XIX ст. і привів до появи значної кількості уніфікованих актів, що діють в усіх державах-учасниках [1, с. 278].

Специфічним органом, що служить виразником єдності країн (північних) і значущості їх парламентів, стала Північна Рада, створена у 1952 р. Вона складається з парламентів чотирьох великих скандинавських держав, а також Ісландії. Щороку протягом декількох тижнів Рада проводить зустрічі для обговорення питань, що представляють взаємний інтерес. Цей орган є консультативним, але його рекомендації користуються значним авторитетом в уряді. Країни, про які йдеться, також регулярно проводять зустрічі міністрів – членів уряду відповідних країн. Скандинавські юристи зазвичай розглядають скандинавське право як щось ціле, і вчені, що займаються порівняльним правознавством, часто об'єднують всі охоплені цим поняттям правові системи, а саме Данії, Фінляндії, Ісландії, Норвегії, Швеції. Правова співпраця скандинавських країн, розпочата в 1872 р., стала характерною ознакою правотворчості в галузі шлюбно-сімейного, договірного, деліктного права, права інтелектуальної власності. В цих сферах уніфікації надавали найбільшого значення. Однак у публічно-правовій сфері, кримінальному праві і процесі, податковому праві, праві власності на нерухомість, тобто там, де домінували різноманітні національні традиції, така кооперація була виражена дещо менше. У галузі сімейного права, опіки, спадкування, договірних відносин, а

також відносин, що стосуються оборотних документів, продажу товарів, патентів у галузі торгових знаків і авторського права правова співпраця у цих країнах до кінця 60-х років була майже ідентичною [2, с. 31, 32–35].

У 1880 р. одночасно в трьох країнах – Швеції, Данії, Норвегії – набув чинності єдиний закон про оборотні документи [1, с. 271]. По-іншому його ще називають Закон про Вексель [1, с. 278].

Одним із важливих кроків у юридичній співпраці скандинавських країн став Закон про договори та інші закони, що стосуються права власності і зобов'язального права. У Швеції, Данії і Норвегії він набув чинності у період з 1915-го по 1918 р., а у Фінляндії – в 1929 р. На основі згаданих законів у скандинавських країнах утворилося, по суті, єдине договірне право.

Скандинавські країни активно співпрацюють і в галузі сімейного права, хоча розбіжності між законодавствами регіону тут виражені сильніше, ніж у зобов'язальному праві. Багато питань, з яких у континентальній Європі реформи здійснено лише після II Світової війни, в скандинавському праві були вирішені дещо раніше. Досить згадати рівність чоловіка і жінки, відмову від принципу вини як головної умови розірвання шлюбу, зрівняння у правах дітей, народжених у шлюбі та поза ним [1, с. 278–279].

У конституційному праві, сфері екології, сфері економіки, трудових відносинах, соціальній сфері закони, що існують у Швеції, діють й у всіх інших скандинавських країнах.

Також спільність правових систем скандинавських країн можна пояснити на прикладі книги І. Чоруса, П. Червера, Е. Хондінса і А. Коссноска «Вступ в данське право», яка призначена для іноземних юристів [3, с. 137].

Вказана праця, як ніяке інше джерело порівняльно-правового характеру, свідчить про фактичну уніфікацію права та міжсистемні зв'язки між Данією та Швецією, Норвегією, Фінляндією, Ісландією.

У скандинавських країнах протягом сторіч існували особливі сприятливі умови для досягнення якщо не єдності, то високого рівня гармонізації права. Історичний розвиток і мови скандинавських країн доволі подібні, культурні зв'язки цих країн

надзвичайно тісні, між ними не існує серйозних політичних розбіжностей, їхнє населення, географічне розташування і економічний рівень розвитку були майже однаковими.

Всі ці обставини, а також те, що право в цих країнах історично розвивалося паралельними шляхами, значно полегшило юридичну співпрацю. В сучасний період скандинавський досвід розглядають як модель для відповідної співпраці на загальноєвропейському рівні [1, с. 279].

Уніфікація і гармонізація права скандинавських країн не означає, однак, що їхні законодавчі акти повністю ідентичні. Скандинавське право – це не система позитивного права, а юридична концепція. Скандинавські юристи вважають, що основою такої концепції стала Уппсальська школа права. Родоначальниками так званого скандинавського реалізму слід вважати Акселя Хегерстрема і його послідовників [1, с. 279].

Членство в таких європейських структурах, як Рада Європи, Європейський Союз, ОБСЄ, Організація економічної співпраці і розвитку, теж має свій уніфікуючий вплив на правові системи скандинавських країн [1, с. 280].

Доцільно розглянути цей взаємозв'язок з Європейським Союзом на прикладі Швеції, оскільки остання займає домінуюче місце у скандинавських країнах. Фактично, як зазначає Ю.О. Тихомиров, коли ми говоримо про Швецію, то маємо на увазі всі скандинавські країни [3, с. 137].

Вступ Швеції в ЄС було оформлено спеціальним законом (SFS 1994; 1500), основні положення якого санкціонують пряму дію на території країни всіх актів Європейського співтовариства, укладених на момент приєднання Швеції до ЄС (§ 2 закону). Європейське співтовариство після приєднання Швеції до ЄС, – проголошує § 3 закону, – матиме змогу приймати рішення, які будуть застосовуватися в країні в тому ж обсязі та з тією ж дією, що витікають із договорів та інших документів, згаданих в § 4 чинного закону. Останній, четвертий параграф містить перелік дійсних на території Швеції актів ЄС [4, с. 66].

Безпосередньо в правовій сфері для внутрішнього ринку Швеції мають значення й такі акти Європейського Союзу, як *інструкції* і *директиви*. Перші з них – акти прямої дії, а дру-

гі зобов'язують держави – членів ЄС приймати власні нормативні документи, обумовлені спільністю розвитку. Всі вони мають важливе значення для різних сфер діяльності шведського суспільства [4, с. 66].

Важливу роль у питаннях гармонізації права країн-учасниць ЄС та його північноєвропейських партнерів відіграє суд Європейського співтовариства (він знаходиться у Люксембурзі). Як відомо, суд має право преюдиціальних рішень стосовно питань тлумачення актів Співтовариства для національних судів. Крім того, його повноваження в сфері компетенції співтовариства також абсолютні. Рішення суду створює прецеденти для національних судів, зокрема, й шведського, які розглядають спори, що випливають із повноважень Євросоюзу [4, с. 66–67].

Інтеграційні процеси, які відбуваються в Європі, безпосередньо впливають на правову систему Швеції та інших скандинавських країн, де поряд з національним скандинавським законодавством важливу роль відіграють право ЄС та суд ЄС. Разом з тим інтеграційні процеси, що йдуть в скандинавських країнах стосовно ЄС, здійснюються доволі повільно, оскільки в певних аспектах (права людини, діяльність органів державної влади тощо) скандинавські стандарти є вищими, ніж у Європейському Союзі.

Правова допомога північних країн країнам Балтії стає все відчутнішою, і це, без сумніву, певною мірою відобразилося на законодавстві останніх. Наразі ж воно традиційно континентальне [3, с. 138].

Як зазначає у цьому зв'язку Л.А. Луць, хоч їхні правові системи й належать до континентального права (про що свідчить розвиток законодавства в цих державах), вони все активніше налагоджують взаємозв'язки зі скандинавськими країнами у сфері економіки, політики, що залишає свій відбиток на правовій системі Прибалтики [1, с. 153].

Отже, північноєвропейська правова сім'я об'єднує країни Північної Ради (Швеція, Фінляндія, Норвегія, Данія, Ісландія), що тісно співпрацюють між собою, а також узгоджують єдине право (де домінантом є шведське право), а правові системи При-

балтики виявляють тенденцію до активної інтеграції у цей підтип правової сім'ї.

---

1. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / отв. ред. В.А. Туманов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510 с.

2. Введение в шведское право. – М., 1986. – 333 с.

3. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: НОРМА, 1996. – 432 с.

4. Исаев М.А. Основы конституционного строя Швеции: учеб. пособие. – М.: МГИМО, 2008. – 192 с.

5. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посібник. – Львів: Львівський нац. ун-т ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

РИМАРЧУК Римма Миколаївна,
кандидат юридичних наук, начальник ВДЗР
Львівського державного університету
внутрішніх справ

КОДИФІКАЦІЯ ЛАТИНОАМЕРИКАНСЬКОГО ПРАВА

Однією з рецепійованих ознак, що характеризують континентальне право, є наявність кодифікації. В основі латиноамериканського права лежить кодифіковане право, кодекси ж створено за європейською моделлю.

Кодифікація, що відбувалася в колоніальний період, сформувала основу національних правових систем, закріпила і сприяла розвитку нових буржуазних (капіталістичних) відносин.

До сприйняття європейської моделі, зокрема французької, латиноамериканські країни були готові завдяки впливу політико-правових вчень Просвітництва. Зауважимо, до кінця XIX ст. відбувався вплив іспанського, португальського, французького права, у XX ст. – італійського, німецького, швейцарського, а також американського права [1, с. 153–154].

Вплив Французького цивільного кодексу відчувався в Центральній та Латинській Америці. Його ввели у 1816 р. французькою мовою на Гаїті, а потім поширили на всю територію

острова Еспаньйола (на Гаїті існують дві держави – Гаїті і Домініканська Республіка), і він діє у цих двох республіках.

Французький цивільний кодекс як методологічна основа всієї романської підсистеми є носієм ідеалів філософії Просвітництва і Школи природного права. Закладена у Французькому цивільному кодексі філософія пояснює його вплив на кодекси країн, які взяли на озброєння ідеали Великої французької революції вже на початку чи у другій половині XIX ст., коли демократичні ідеї вже достатньо розвинулись [2, с. 262].

Крім того, він став взірцем для цивільних кодексів, прийнятих у Болівії (1830 р.), в Коста-Ріці (1841 р.), у Перу (1852 р.), в Чилі (1855 р.), Еквадорі (1861 р.), Аргентині (1869 р.), Колумбії (1873 р.), Сальвадорі (1880 р.) і т. д. [2, с. 75]. Аналогічний вплив мали пізніше німецькі кодекси та інші кодифікації в країнах Європи і Латинської Америки, наприклад, цивільні кодекси Бразилії (1916 р.), Мексики (1928 р.), Перу (1936 р.) [2, с. 76].

Цивільний кодекс Чилі 1855 р. підготував венесуельський юрист Андрес Белло. Він вдало поєднав французькі джерела і традиційні інститути римського права, використовуючи при цьому деякі категорії іспанського, а саме положення «Семикнижжя» та ідеї Савіньї. Структура Чилійського цивільного кодексу більш досконала, ніж структура Цивільного кодексу Франції, а мова ясна, зрозуміла і виразна. Чилійській цивільний кодекс послужив взірцем для цивільних кодексів, що з'явилися незабаром – Еквадору (1860 р.), Колумбії (1873 р.) та багатьох інших центральноамериканських держав. Він мав також відчутний вплив на цивільні кодекси інших латиноамериканських держав – Венесуели (1862 р.) та Уругваю (1868 р.) [3, с. 288–289].

Автор Цивільного кодексу Аргентини 1869 р. Долмасіо Велес Сарсфільд (професор університету м. Кордоби) прямо визнає, що будував кодекс на основі цих документів. Те ж відбулося в Уругваї. Парагвай рецепіював аргентинську модель, а Колумбія та Еквадор з деякими модифікаціями – Чилійський кодекс. За цивільним правом послідувала кодифікація інших основних галузей права. Прийнято також торгові кодекси. Так, В. Сарсфільд сприяв прийняттю в 1859 р. Торгового кодексу Аргентини. У своїй роботі він значною мірою спирався на Кодекс Наполеона [3, с. 289].

У XX ст., як зазначає А.Х. Саїдов, французький юридичний вплив, особливо у сфері торгового права, зменшився. Латиноамериканське законодавство стало частіше звертатися до інших джерел права, особливо до італійського, німецького і швейцарського, а в окремих випадках – до англо-американського права, коли йшлося про інститут довіреної власності.

Перший Цивільний кодекс Бразилії прийнято в 1916 р. на основі численних проектів (особливо слід відзначити проекти Гексейри де Фрейтаса і Белівака). Взірцем для нього, окрім Французького цивільного кодексу, служили португальські та італійські цивільні кодекси, як і Германське цивільне укладення та Швейцарський цивільний кодекс. Про значний германський вплив свідчить структура Цивільного кодексу Бразилії, особливо його «Загальної частини» [3, с. 289].

За кодифікацією цивільного права послідувало прийняття кодексів у інших галузях права. Так, у 1879 р. в Аргентині прийнято Торговий кодекс, у 1869 р. – Цивільний, а у 1886 р. – Кримінальний кодекс [4, с. 120].

Аналогічна ситуація стосовно рецепійованих ознак кодифікації в Мексиці. Відчувається вплив романо-германського права, а саме правових ідей та юридичної техніки, властивої цій правовій сім'ї. Особливо – вплив французького та іспанського права [3, с. 289].

У зв'язку з сказаним відмітимо ту, поширену у науковій літературі думку, що «традиційне запозичення однією країною кодексу іншої може обумовлюватися деякою соціологічною і культурною близькістю цих країн» [2, с. 450].

---

1. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посібник. – Львів: Львівський національний ун-т ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

2. Кабрияк Р. Кодификация / Пер. с фр. Л.В. Головко. – М.: Статут, 2007. – 496 с.

3. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / отв. ред. В.А. Туманов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510 с.

4. Берхуз Х. Вступ до порівняльного правознавства: навч. посібник. – Одеса: Юридична література, 2002. – 328 с.

ШАЛЯПИН Сергей Олегович,
кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой
теории и истории государства и права
Северного (Арктического) федерального университету
им. М.В. Ломоносова (Архангельск)

РЕЛИГИОЗНО-ПРАВОВОЙ ЭЛЕМЕНТ В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ СМЕШАННОГО ТИПА: АРХАИЗМ ИЛИ ЦИВИЛИЗАЦИОННАЯ ОСОБЕННОСТЬ?

Современная компаративистика от исследований технических параметров, сближающих действующие правовые системы, все чаще переходит к познанию внутренних, культурно-цивилизационных базовых ценностей, лежащих в основе каждой правовой системы. Одним из важнейших критериев систематизации правовой картины мира является отнесение той или иной национальной правовой культуры и соответствующей системы к определенной религиозно-мировоззренческой традиции [4, с. 11]. Вместе с тем, отнести ту или иную современную правовую систему к категории «чистых» систем, изолированных от влияния иных правовых традиций, вряд ли возможно. Так, авторы канадского проекта «JuriGlobe», сформулировавшие понятия «смешанной» и «чистой» систем права, считают последними (с некоторыми оговорками) лишь системы континентального, общего, обычного и мусульманского права [6]. Все еще заметный в юридическом сообществе евроцентризм ставит те смешанные правовые системы, которым не чуждо сохранение традиций конфессионально окрашенных норм, в ряд систем «ненастоящего» права. Французский исследователь Раймон Леже противопоставляет группе систем, «принадлежащих правовым государствам с длительной правовой традицией» группу, включающую системы, принадлежащие «правовым государствам, не обладающим правовыми традициями, или государствам, подчинившим право религии или идеологии, что не позволяет их относить к правовым государствам» [5, с. 105]. Признавая глубокую связь права с народным менталитетом, культурой, моралью и религией, Леже, тем не менее, приходит к неутешительному выводу, что в этих государствах

«право состоит в такой непосредственной зависимости от идеологии или религии, что его самобытность является лишь видимой, а само право не может быть технологией, достаточно стабильной и объективной, для того чтобы гарантировать права всех граждан» [5, с. 109].

Таким образом, смешанные правовые системы, право в которых в сколько-нибудь значительной степени религиозно детерминировано, представляются зачастую находящимися на более низкой эволюционной ступени развития. Само же конфессиональное право в глазах исследователей приобретает налет архаики, пережитка, достойного перемещения в музей всемирного права, а не использования и органичного встраивания в действующие правовые механизмы: «подчинение права религии имело в прошлом вопиющие иллюстрации, ***пережитки*** такого подчинения остаются и сегодня» [5, с. 109]. Одной из актуальных задач современной компаративистики является выработка более взвешенных критериев использования методологии сравнительного правоведения при рассмотрении вопросов о взаимодействии различных по происхождению элементов смешанных правовых систем. В том числе, элементов нерелигиозного и религиозно-правового характера.

Интересно, что критике за сохранение элементов религиозного права чаще подвергаются не те государства, для которых право и религия традиционно представляются двумя сторонами единой регулятивной системы, а те, которые, по общему мнению, принадлежат к правовым семьям, религиозный фактор в которых не постулируется явно. Например, весьма критично европейские юридические институты относятся к правовой системе Греции. Видный греческий правовед и политик, Евангелос Венизелос определил отношение западного либерального общества к особому статусу православной религии в Греции и влиянию православия на национальную правовую систему этой страны как «тройную несправедливость»: «Греческое государство при таком подходе представляется отсталым в правовом отношении, страдающим недостатком демократических или государственно-правовых основ. Греческое общество представляется менее открытым и терпимым по сравнению с обществом других европейских стран, а православная церковь – консервативной и

устрашающей по сравнению с другими христианскими, догмами» [3, с. 19–20]. При этом основанием для подобных необъективных выводов служат выводы, сделанные на основе использования простых правовых сравнений. Указывая на необоснованность линейного или выборочного использования сравнительных методов тот же автор утверждает: «Греческое государство не является неполноценным в правовом отношении, как думают те, кто или игнорирует, или использует лишь выборочно сравнительные данные» [3, с. 20].

Более обоснованным является, на наш взгляд, компаративное изучение правовых систем государств, в которых присутствуют элементы конфессионального права сходного исторического происхождения, но различным образом инкорпорированные в национальное законодательство. Так, для объективной оценки современного состояния правовой системы Греции вполне уместным представляется сравнение с правовыми системами государств, находящихся в конкордатных отношениях со Святым престолом.

Всякое современное государство неизбежно сталкивается с необходимостью выстраивать правовые отношения с несколькими конфессиями, действующими на его территории. «В этих случаях речь идет о внутреннем сравнении, направленном на сопоставление норм, напрямую или опосредованно действующих внутри государства, что необходимо для создания и толкования государственного права» [2, с. 79].

Таким образом, использование компаративистики для объективной и всесторонней оценки состояния смешанных правовых систем современности, содержащих элементы конфессионального права, возможно лишь в рамках концепции правового плюрализма, рассматриваемого как ключевая концепция для постмодернистского взгляда на право вообще [7, p. 357–358]. Данная концепция, отрицая однолинейную эволюцию права, его деление на «высшие» и «низшие» формы, признает множественность форм его существования, исключая оценочные суждения в отношении тех или иных правовых систем [1, с. 60]. В рамках данного подхода суждение об архаичности конфессионально-правового элемента в современных правовых системах может быть обосновано только в случае,

когда реальная правовая практика и правосознание общества пришли в неразрешимое противоречие с конкретной нормой религиозного права.

---

1. Бочаров В.В. Максим Ковалевский: антропология права и правовой плюрализм в России // Журнал социологии и социальной антропологии. – 2001. - № 3. – С. 50–72.

2. Брольо Ф.М., Мирабелли Ч., Онида Ф. Религия и юридические системы. Введение в сравнительное церковное право / пер. с ит. – М.: Библейско-богословский институт св. апостола Андрея, 2008. – 437 с.

3. Венизелос Е. Отношения государства и церкви: взгляд через призму конституции. – М.: Новое издательство, 2008. – 172 с.

4. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. – Т. 1. – М.: Статут, 2010. – 429 с.

5. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – 576 с.

6. Проект «JuriGlobe – World Legal System». Вступительные замечания [Электронный ресурс] // Сайт «University of Ottawa». Режим доступа: http://www.juriglobe.ca/rus/sys-juri/intro.php Дата доступа: 25.02.2011.

7. Merry S.E. Anthropology, Law and Transnational Processes // Annual Review of Anthropology. – 1992. – Vol. 21.

ЦВЄТКОВА Юліанна Володимирівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри історії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПОГЛЯДИ НА ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «СХІДНА ТРАДИЦІЯ ПРАВА» У ПОРІВНЯЛЬНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ

Поняття східної та західної традицій права є одним із найчастіше вживаних у порівняльному правознавстві та галузевих науках тощо. В своїх працях цих феноменів торкаються практично усі відомі компаративісти, починаючи від класиків Р. Давида, К. Цвайгерта й Х. Кьотца, та закінчуючи сучасними

дослідниками, такими як Х. Бехруз, О.Ф. Скакун, Є.О. Харитонов та багато інших.

Поняття «західної традиції права» в цьому контексті є достатньо безспірним та використовується більшістю дослідників відповідно до наукової доктрини Г. Дж. Бермана [1, с. 19–60]. Єдиними різночитаннями у розумінні цього поняття є або вузьке тлумачення, за яким під «західною традицією права» розуміються держави Західної Європи, та широке – за яким цей феномен поширюються й на Центральну Європу та усі похідні від європейських держави.

Здавалося б поняття «східної традиції права», яке виникло на противагу доктрині Бермана повинно бути таким же чітким та беззаперечним. Однак тут серед дослідників немає єдності. Визначити та класифікувати погляди на зміст цього поняття і буде метою нашого дослідження.

Якщо дещо узагальнити розуміння багатьох вчених поняття «східна традиція права», то їх думки можна звести до чотирьох основних груп.

Перша група зводить поняття «східна традиція права» до східно-європейської правової традиції та протиставляє її західній, тобто західноєвропейській. Основу протиставлення тут створює Візантія з трансформацією класичного римського права відповідно до православної правової традиції, яка за цілою низкою факторів відрізнялася від західноєвропейської рецепції римського права під впливом католицизму. Подальшими рисами східної традиції права тут вважаються тенденції, що виникали протягом століть відносно відокремленого розвитку держав Східної Європи від загального західноєвропейського континууму, але при наявності певних культурних та правових впливів з боку західноєвропейської цивілізації. Прихильниками цього підходу виступають Є.О. Харитонов, П.М. Рабінович [2] та інші.

Друга група дослідників сприймає поняття «східна традиція права» через ототожнення його з релігійною правовою сімєю, в першу чергу з мусульманським правом. На компаративістському рівні за таким тлумаченням протиставлення східної та західної традицій права зводиться до розмежування англо-американської та контитентальної з релігійною (мусульманською) правовою сімєю. Головним обґрунтуванням такого розмежування визнається цивілізаційна антитеза Схід – Захід, а на

географічному: Близький Схід – Європа. Серед дослідників, що спираються на таке тлумачення східної традиції права можна назвати А. Леві-Ульмана, О.Ф. Скакун [3, с. 304], Погребняк С.П. [4, с. 241–243] тощо.

Прихильники третьої позиції грунтують поняття «східна традиція права» на сукупності правових та етичних вчень держав і суспільств Далекого Сходу, Індії, Південно-Східної Азії (Догадайло К.Ю. [5] Олейников О.В. [6]). Основою їхнього тлумачення виступає тривалий, незалежний від європейських впливів тисячолітній самостійний розвиток зазначеного регіону. Характерною особливістю правової традиції тут будуть і специфічні владні та юридичні інститути, інша (порівняно з європейським) структура суспільства, відсутність монотеїстичних релігій при сильній централізації та авторитарності влади тощо. Мусульманська правова традиція відповідно до цієї концепції не може включатися до поняття «східна традиція права» через свою занадто близькість до європейських правових інститутів та постійні контакти із західною цивілізацією. Так, Цвайгерт і Кьотц виділяє східну традицію права для Далекого Сходу в галузях приватного права. [7, с. 112–114]

Четвертою групою дослідників виступають вчені, що включають до поняття «східна традиція права» сукупно релігійну та традиційну правову сім'ю. За основу такої класифікації приймаються специфічні соціологічні та культурні відмінності цих суспільств від західного європейського світу. До науковців цієї групи можна віднести Х. Бехруза [8], С.О. Денисова [9] та інших.

Подальший розвиток порівняльного правознавства в контексті формування його як окремої юридичної науки обов'язково буде потребувати уніфікації його категоріального апарату. На нашу думку, поняття «східної традиції права» є одним із таких, в змісті якого хотілося б досягнути визначеності серед науковців. Найпростішим шляхом тут було б проведення тематичних конференцій чи круглих столів, де усі зацікавлені могли б ознайомитися з позиціями та аргументаціями й дійти спільних висновків.

---

1. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – М.: «Инфра-Норма», 1998. – 622 с.

2. Рабінович П.М. Юснатуралізм у філософсько-правовій думці України: взаємодія західної та східної традицій європейського права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.info-pressa.com/article-333.html - Дата доступу: 25.03.2011.

3. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение – К.: Ин Юре, 2008. – 460 с.

4. Погребняк С.П. Принцип рівності в західному та ісламському праві // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. праць. – К.: Логос, 2009. – С. 241 – 243.

5. Догадайло Е.Ю. Правовая система. Методологические проблемы категории теории права. Правовая реформа в России: теория и практика осуществления. – Р.-н.-Д.: Изд. СКАГС, 2004.

6. Олейников О.В. Инвестиционная политика Японии и Украины: перспективы заключения двустороннего соглашения по инвестициям // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. праць. – К.: Логос, 2009. – С. 464-467.

7. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Т.1. – М.: «Международные отношения», 1998.

8. Бехруз Х.Н. Особенности восточных правовых традиций // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. праць. – К.: Логос, 2009. – С. 79 – 83.

9. Денисов С.А. Изучение государственного права незападных цивилизаций // Проблеми порівняльного правознавства: зб. наук. праць. – Львів; Київ: ЛьвДУВС, 2011. – С. 142–144.

БУЛАВІНА Світлана Євгенівна,
кандидат історичних наук, доцент,
викладач кафедри теорії та історії держави і права
Волинського національного університету

ДАВИДОВА Тетяна Олександрівна,
кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник
Національної академії Служби безпеки України

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЗВИЧАЄВОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Для науки компаративізму питання характеристики звичаєво-общинної групи правових систем не є новим, проте цікавить дослідників донині, що не є випадковим. Така зацікавленість виражає кризу в правосвідомості сучасного суспільства, яка полягає в тому, що право втрачає свою, так звану, невідчужуваність від лю-

дини у зв'язку з появою великої кількості абстрактних юридичних норм. Процеси, пов'язані зі звичаєвим правом, є актуальними як з точки зору підтримання традицій, так і з точки зору з'ясування питань, що стоять перед теорією держави і права та порівняльним правознавством і за допомогою яких можливо подолати проблеми, які існують в розрізі усталення власної правосвідомості. У цьому і полягає актуальність нашої роботи.

Метою дослідження є виявлення симбіозу між новим прогресивним правом та старим-сталим, що втілює в собі потреби суспільства.

Дослідження феномену звичаєвого права Африки пов'язано, насамперед, з роботами вчених: Н. Вознесєнської, В. Денісова, Б. Єрасова, Г. Муромцева, М. Нікітіна, І. Сініциної, М. Супотаєва. Незважаючи на те, що питання зацікавлює тим, що африканська культура, право як феномени світової цивілізації відрізняються від культури та континентальної системи права, це питання вивчено недостатньо.

Дослідження норм звичаєвого права Африки стало можливим завдяки вивченню його безпосередніх джерел: кодексів і зводів норм звичаєвого права; судових рішень; положень конституцій про місце звичаєвого права; колоніальних постанов; документів, підготовлених комісіями ООН; праць юристів, етнографів, соціологів та записів мандрівників.

Минуло понад півстоліття як населенню Африки було надане право обирати між сучасним та традиційним правом, і створено досить вдалий симбіоз. Синтез, що був створений общинним духом предків, починає уявлятися сучасникам не як застаріле явище, а як справжня вказівка та рішення для майбутнього. Африканські держави прагнуть знайти шляхи створення компромісного перехідного законодавства та зберегти специфічні особливості, народжені традиціями. Як зазначає камерунський професор Е. Мвенг, традиції слід поважати, усі культурні досягнення перетворити на основу життя і тоді не настане «культурна смерть» та не потягне за собою виродження цілих народів [1, с. 117].

Говорячи про тенденції розвитку, слід зазначити, що в країнах Африки перспектива звичаєвого права визначається наступним: одні країни відмовилися від звичаєвого права та замінили його правом європейського походження. Інші країни використову-

ють звичаєве право лише з метою підтримки сталості режиму, а треті – прагнуть зберегти традиційні цінності, у той же час оновивши правову систему. Велика кількість країн пішла шляхом модернізації права, яку наприкінці 70-х років американець Дж.К.Н. Пол поділив на кілька складових: прийняття нового права; ліквідація неписемної практики; створення державних судів поряд із судами традиційного права та уніфікація права [2, с. 48–49].

Говорячи про сучасне звичаєве право констатуємо, що симбіозуючи з нормами теперішнього права, традиційне звичаєве право втрачає більшу частину своїх первісних рис. Тому, досить часто виокремлюють такий напрямок розвитку нормативної основи правової системи, як тенденція до зниження регулюючої ролі традиційних норм в загальній системі юридичних норм національного права, але в жодному разі не можна сказати, що звичаєве право зникло. Професор місцевого університету М. Матхіва зауважив, що традиційні принципи сімейно-родових зв'язків, які не лише збереглися до наших днів, але і продовжують посідати значну роль в суспільстві у якості механізму соціального контролю і регулятора життя [3].

Проте, слід зазначити, що звичаєве право не позбавлене і негативних рис. Так воно заважає здійсненню зближення народів єдиних національних суспільностей. Кожна з африканських держав заселена великою кількістю народностей, що відрізняються за рівнем соціально-економічного та культурного розвитку, мовою і звичаями. Самовизначення на ненаціональній основі не лише породжує територіальні сутички, але і значно ускладнює національний розвиток, породжує багаточисельні внутрішні протиріччя та конфлікти [4, с. 227–228]. Звичаєве право засноване на єдиних принципах, але воно різноманітне. Наприклад, звід звичаєвого права лухья в р. 3, ст. 8 передбачає що чоловік зобов'язаний замінити худобу, яка була сплачена в якості букхві (шлюбного викупу), у випадку, якщо вона пала. Однак м'ясо чи прибутки від продажу шкір цієї худоби мали бути повернені чоловікові. Але тут же поряд у даній статті надані місцеві відмінності, які передбачають, що у народів самія, ньяла (бусія), марач, кхайо, марама, кіса, ванга і тсотсо, якщо при укладенні шлюбу передана худоба (відома як олубакіро) пав, його замінювати не потрібно [5, с. 237].

Позитивом є те, що влада прагне взяти краще від усіх правових систем, існуючих на території, намагаючись подолати дуалізм права, що розповсюдився за часів колоніалізму. До сьогодні на елітарні прошарки, як правило, поширюється європейське право; населення ж міст, а, особливо, сіл обслуговуються звичаєвим правом. Чекати, аби сучасна Африка відразу змогла б створити принципово нові правові інститути, а головне – забезпечити їх матеріальними гарантіями, означало б не бачити реальності. Африканська хартія прав людини і народів 1986 р., підтвердила права та свободи особистості, закріплені в попередніх міжнародно-правових документах, та привнесла нові принципи, у тому числі і традиційні [6].

Підсумовуючи усе викладене стає очевидним, що сутність звичаєвого права Африки є досить складною. З одного боку воно є архаїчним, з іншого ж – це право було продиктоване життям.

Вже півстоліття точаться дискусії над питанням, чи варто знищувати засади звичаєвого права. Ціла низка принципів, на яких ґрунтується традиційне право, є досить прогресивною, зокрема, принципи примирення конфліктних ситуацій, солідаризм між членами общини. Сучасні правові системи не лише країн Африки з успіхом можуть сприйняти елементи звичаєвого права, зважаючи на те, що в правотворчій діяльності домінуючою стала тенденція до створення самобутніх національних систем джерел права.

---

1. Ерасов Б. Социально-культурные традиции и общественное сознание в развивающихся странах Азии и Африки. – М.: Наука, 1982. – 280 с.

2. Право в независимых странах Африки: становление и развитие / Под ред. Р. Ульяновского. – М.: Наука, 1969. – 384 с.

3. Кулик С. В долине Лимпопо живут по обычаям предков // Азия и Африка сегодня. – 2010. – № 6. – С. 72–75.

4.Денисов В. Системы права развивающихся стран: становление и развитие национальных систем права стран Африки, освободившихся от британского колониализма. – К.: Наукова думка, 1978. – 276 с.

5. Синицына И. Человек и семья в Африке (по материалам обычного права). – М.: Наука, 1989. – 311 с.

6. Африканская Хартия Прав Человека и Народов // Сайт «Бібліотека з прав людини Університету Міннесоти» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html

СМОРОДИНСЬКИЙ Віктор Семенович,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого» (Харків)

ТЕОРІЯ МІШАНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СУЧАСНОМУ ПОРІВНЯЛЬНОМУ ПРАВОЗНАВСТВІ

За рівнем однорідності (можливістю віднесення до певної правової сім'ї) сучасна компаративістика поділяє правові системи на дві групи: однорідні («чисті») й мішані. Під мішаними правовими системами розуміється група систем, що сформувалися (в деяких випадках – продовжують формуватися) під впливом декількох правових сімей разом і спираються на їхні правові традиції та специфічні юридичні інструменти. Значна кількість і географія поширення цих систем визначає важливість їх виокремлення й актуальність спеціального дослідження. Адже разом вони впорядковують життя більш ніж 150 мільйонів людей і охоплюють територію розміром із субконтинент [1, с. 196]. В. Палмер (США) навіть обґрунтував ідею об'єднання цих систем в окрему правову сім'ю [2], що було підтримано багатьма правознавцями.

Головним чинником «змішування» правових систем у межах однієї держави чи навіть окремої адміністративної одиниці у складі держави є правова акультурація – процес глобальної трансформації, яку зазнає одна правова система від контакту з іншою правовою системою з використанням різних за природою та силою впливу засобів примусу.

Ця трансформація здійснювалася різними шляхами. Так, британці, що були озброєні традиціями загального права, намагалися привнести у правовий побут своїх колоній нову судову практику, пристосувати місцеве звичаєве право до завдань ефективного адміністративного управління. Французи у своїх колоніях пішли радикальнішим шляхом часткової або повної відмови від сталих місцевих традицій і норм. Ісламізація народів, що були підкорені Халіфатом, а пізніше Османською імперією, забезпечила засвоєння ними законів шаріату [3, с. 246–247].

За походженням мішані правові системи поділяються на такі, формування яких є результатом зовнішнього втручання (переміщення права шляхом примусу), й такі, що були обрані вільно – з метою зближення з іншими правовими сім'ями, підвищення ефективності правового регулювання (переміщення права шляхом рецепції) [4, с. 370]. Переважна більшість мішаних систем відносяться до першого типу, сформувалися внаслідок колонізації, анексій, уступок територій. До другого типу слід віднести, насамперед, правові системи Шотландії та Ізраїлю – відповідно найстарішу (початок XVIII ст., а за твердженням сучасних дослідників – набагато раніше) й наймолодшу (друга половина XX ст.) з мішаних систем.

Після процесу деколонізації нові держави Азії, Африки, Океанії, сформувавши нові правові системи, значною мірою зберегли правові системи колонізаторів, що діяли на момент набуття незалежності. При цьому часто-густо незалежні суди цих держав формують право, інтерпретуючи новітнє законодавство минулих колонізаторів, але з урахуванням місцевих звичаїв [5, с. 110, 265].

Внаслідок цих та багатьох інших політичних, ідеологічних та культурних процесів і сформувалися мішані правові системи як продукт складних альянсів романо-германського та/або англо-американського права з релігійним та/або місцевим звичаєвим правом. До них, зокрема, відносяться такі правові альянси: 1) романо-германського (французького, бельгійського, іспанського) й релігійного (зазвичай мусульманського, в деяких країнах – індуського) права; 2) романо-германського й місцевого звичаєвого права (яке зазвичай поширене за межами великих міст, серед сільського населення); 3) англо-американського (насамперед англійського загального) й релігійного права; 4) англо-американського й місцевого звичаєвого права; 5) романо-германського, релігійного й місцевого звичаєвого права; 6) англо-американського, релігійного й місцевого звичаєвого права; 7) романо-германського, англо-американського й релігійного права; 8) романо-германського, англо-американського та місцевого звичаєвого права; 9) романо-германського та англо-американського права; 10) релігійного (мусульманського) та місцевого звичаєвого права

Деякі дослідники до мішаної відносять також правову систему Китаю – як таку, що є сплавом соціалістичного, романо-германського та традиційного права.

Як різновид мішаних правових систем окремі правознавці розглядають так званий гібридний тип правової системи, в якій існують елементи двох сімей – романо-германської та англо-американської. У такій системі домінуючим джерелом права є нормативно-правовий акт, хоча судова практика також посідає істотне місце в системі джерел права. До цього типу зазвичай відносять північноєвропейську (скандинавську) й латиноамериканську групи правових систем.

Формування групи мішаних правових систем не можна вважати завершеним. Факторами, що обумовлюють перспективи її розширення, є зміни на політичній карті світу (зокрема частковий розпад сім'ї соціалістичного права), конвергенція (зближення) романо-германської та англо-американської правових сімей, зокрема визнання в межах першої окремим джерелом права судової правотворчості [6, с. 494–503], поширення в цивілізованому світі політики мультикультуралізму, що спрямована на розвиток та збереження в окремих державах й у світі в цілому культурних відмінностей, визнання за етнічними групами колективних політичних прав.

---

1. Маркова-Мурашова С.А. Современные правовые системы: тенденции интеграции и дифференциации: монография. – Краснодар: Кубанский гос. ун-т, 2005. – 320 с.

2. Palmer V. Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family. – Cambridge: Cambridge University Press, 2007. – 516 p.

3. Ковлер А.И. Антропология права / А.И. Ковлер. – М.: Изд-во НОРМА, 2002.

4. Рулан Н. Историческое введение в право / Пер. с фр. – М.: NOTA BENE, 2005. – 672 с.

5. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. – 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – 530 с.

6. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

СЕРЕДА Валерій В'ячеславович,
кандидат юридичних наук,
проректор з кадрового забезпечення та міжнародних зв'язків
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ЗМІШАНИЙ ТИП ПРАВОВИХ СИСТЕМ (СИНХРОННА ХАРАКТЕРИСТИКА)

Існування двох основних типів правових систем – загального та континентального – не виключає існування інших. Якщо аналізувати правові системи європейського континенту, то, крім загального та континентального типів, тут можна виділити самостійний підтип правової системи – північноєвропейський. За цим же критерієм функціонує і підтип латиноамериканський. Разом їх можна об'єднати у змішаний тип правової системи, тобто такий, що містить низку ознак як загального, так і континентального права [1, с. 146].

Хоча, на нашу думку, цей тип є ближчим до романо-германського права, оскільки домінантним у системі джерел права є закон (нормативно-правовий акт) (швидше, у формі домінуючого джерела права).

Як зазначають німецькі компаративісти К. Цвайгерт і К. Кьотц, цілком очевидно, що правові системи Данії, Ісландії, Фінляндії, Норвегії, Швеції не можна віднести до *загального права*, оскільки до них належать лише ті, які історично сформувалися з середньовічного англійського права. В даному разі не може йтися про право північних країн, вони розвивалися незалежно від англійського права. Відмінною ознакою в цьому випадку буде характерний для англійського права метод здійснення правосуддя. До того ж англійське право від романо-германського відрізняє те, що був менший вплив римського права на формування правових систем північних країн, ніж на Цивільний кодекс Німеччини і загалом приватне право [2, с. 415].

Ряд компаративістів наполягають на «проміжному» розумінні скандинавського права. Так, шведський юрист А. Мальмстрьом розміщує цю правову сім'ю між романо-германським і

загальним правом [3]. Інший скандинавський вчений – юрист Ф. Шмідт – розділяє таку позицію, посилаючись на те, що європейське континентальне право більш догматичне порівняно з правовими системами скандинавських країн, а англо-американське право – більш прагматичне [4, с. 197].

Слід зазначити, що правопорядки країн Північної Європи, завдяки їхньому тісному взаємозв'язку і загальним «стилеутворювальним елементам», треба об'єднати в правову сім'ю, яка є близькою до романської і германської правових сімей. Для позначення назви традиційно застосовують термінологію «північний», «скандинавський» тип права [2, с. 415].

Як вказує К. Осакве, в сучасній компаративістиці сперечаються стосовно природи скандинавського права. В порівняльному правознавстві існують три теорії стосовно походження скандинавського права:

1) Згідно з першою теорією, скандинавське право не є самостійною правовою системою (сім'єю), а складовою частиною континентально-європейського права.

2) Згідно з другою теорією, це право є самостійною правовою системою, але дуже близькою до континентально-європейського.

3) Згідно з третьою теорією, її визнають самостійною правовою системою, але стверджують, що вона перебуває між системами загального і цивільного права (тобто між романо-германським та англосаксонським) [5, с. 31].

Ми поділяємо третю точку зору, і на цій основі будемо моделювати тип правової системи (скандинавський та латиноамериканський).

Отже, до системи скандинавського права входять Данія, Фінляндія, Ісландія, Норвегія, Швеція. Кожна країна має свою державну мову, за винятком Фінляндії, де дві офіційні мови – фінська і шведська. Швеція, Норвегія і Данія є королівствами. Слід зазначити, що для цієї правової системи характерними є високий рівень політичних та культурних відносин, що пояснюється географічним розташуванням, а також наявністю міждержавного об'єднання «Північна Рада», що утворене у 1952 р.

На формування підтипу скандинавського права мала вплив і рецепція ознак як континентального, так і загального

права. Вплив загального і континентального права був різним у різні історичні періоди розвитку скандинавського права. По-різному він проявляється і стосовно цивільного права. Професор Л.А. Луць виділяє ознаки, рецепійовані з континентального права, зокрема: кодифікованість системи (хоча вона є незначною); наявність і широке застосування нормативно-правових актів (Конституція займає найважливіше місце в ієрархії); поділ системи права на публічне і приватне (хоча публічне право суттєво відрізняється від публічного права в континентальній Європі; важливіша роль правового звичаю як джерела права.

Рецепійовані ознаки загального права у скандинавське (північноєвропейське) право такі: наявність судової практики, яка відіграє суттєву роль серед джерел права; наявність принципів судочинства, що притаманні англосаксонським правовим системам.

Прецедентне право у скандинавських країнах суттєво відрізняється від *загального права*, а саме правилом прецеденту, технікою відмінностей процесуального права [1, с. 148–149].

Отже, даний правовий підтип сформувався під впливом загального та континентального права, що характеризується низкою ознак, які викладені вище. Безперечно, положення К. Осакве та шведських юристів А. Мальстрьома, Ф. Шмідта, А. Юзінга про існування «проміжної» правової сім'ї, що набуває модифікації у змішаному типу права, є актуальним та прагматичним.

---

1. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посібник. – Львів: Львівський національний ун-т ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

2. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. – Т. 1. Основы / пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480 с.

3. Malmstrom A. The System of Legal Systems: Notes on Problem of Classication in Comparative Law // Scandinavian Studies of Law. – 1969. – Vol. 13.

4. Schmidt F. Constitution of Statutes // Scandinavian Studies of Law. – 1957. – Vol. 11.

5. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: учебн.-практ. пособие. – М.: Дело, 2000. – 256 с.

ДУДАР Світлана Костянтинівна,
асистент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ФУНКЦІОНАЛЬНІ МОЖЛИВОСТІ (МЕЖІ) КОМПАРАТИВНОГО ПІДХОДУ У ДОСЛІДЖЕННІ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

Процеси інтеграції та глобалізації, які у XXI столітті стали невід'ємною частиною життя всього людства, мають вплив й на розвиток Української держави та суспільства, національного законодавства та правової системи в цілому. Зокрема на сучасному етапі, участь у європейських інтеграційних процесах як стратегічна мета розвитку нашої держави, окреслює перспективу економічної інтеграції та політичної асоціації України з ЄС. Реалізація цієї мети вимагає, передусім, оновлення законодавства нашої держави, приведення його у відповідність до європейських та світових стандартів, а у підсумку – до взаємодії та розвитку національних правових систем.

Визначення ступеню сумісності законодавства України, національної правової системи з європейською, мети та напрямків його розвитку набуває неабиякої актуальності та уваги, у тому числі, й з боку юридичної компаративістики.

У даний час існує чимала кількість наукових робіт, у яких розвиток законодавства України досліджується в контексті проблеми взаємодії правових систем України та ЄС, держав-членів ЄС, узгодження правового регулювання окремих сфер суспільних відносин.

Питаннями розвитку правових систем та їх взаємодій в сучасних умовах світових процесів займаються представники різних галузей юридичного знання – міжнародного права, порівняльного правознавства, загальної теорії права, серед яких О. Зайчук, С. Бобровник, Ю. Оборотов, Н. Оніщенко, О. Тихомиров, Є. Харитонов, О. Харитонова та ін. Але, на наш погляд, недостатньо дослідженим в рамках порівняльного правознавства є питання визначення функціональних можливостей компаративного підходу.

Метою даної роботи є окреслення меж компаративного підходу у дослідженні взаємодії правових систем.

1. Під функціональними можливостями компаративного підходу слід розуміти рамки (межі), за яких дослідження може претендувати на вірогідний результат та може бути ефективним. При чому, під компаративним підходом також розуміємо «не лише порівняльний метод, а й… системний, функціональний, аксіологічний, синергетичний, історичний та низку інших методів» [1, с. 12], які складають методологічну основу юридичної компаративістики як сучасного етапу розвитку порівняльного правознавства.

2. В юридичній науці розрізняють поняття «метод» і «методологічний підхід» [2], проте «єдності в тлумаченні методологічного підходу в юридичних дослідженнях немає» [3, с. 211].

З позицій філософії науки метод має онтологічний статус, а підхід – гносеологічний, оскільки на основі методу здійснюється відкриття нового знання, а підхід – вказує на те, «як» мають бути поєднані різні методи (різнорівневі, міждисциплінарні, філософські) із спеціальним (окремим) науковим методом. У випадку порівняльного правознавства порівняльний метод є спеціальним науковим методом, а компаративний підхід – представляє юридичну компаративістику.

3. Звичайно, межі підходу є ширшими, аніж можливості методу. Проте, вони однаково визначаються предметним полем науки.

Предметним полем юридичної компаративістики, як і порівняльного правознавства є правова дійсність, в рамках якої не може бути розглянутий комплекс всіх правових явищ, що складають реальність права. Зокрема, одним із таких питань, що потребують урахування усієї реальності права є проблема взаємодії правових систем.

4. Питання взаємодії правових систем може бути розглянуто в різних аспектах сприйняття та контекстах розуміння.

Одним із таких контекстів є розуміння взаємодії правових систем як цілеспрямованої діяльності – діяльності, метою якої є створення єдиної регулятивної системи права. Таке розуміння взаємодії правових систем, як мінімум, передбачає необхідність розгляду діяльнісного та аксіологічного аспектів правової реальності. При чому, якщо діяльнісний аспект у досліджені складає предмет соціології права, то аксіологічний – предмет філософії права.

Поєднання діяльнісного та аксіологічного підходів вказує на проблему міждисциплінарних досліджень, яку неможливо

вирішити в рамках предмету однієї науки. Це означає, що навіть міждисциплінарний статус сучасної юридичної компаративістики не може забезпечити повноту вирішення проблеми. А тому, на нашу думку, необхідно залучати в процесі дослідження взаємодії правових систем й інші науки, що виходять власним предметом за межі правової дійсності.

Так, для прикладу, в рамках аксіології як складової філософії виокремлюють абсолютні та відносні цінності [4, с. 159]. Відносні або соціокультурні цінності можуть бути досліджені в рамках предмету юридичної компаративістики, але абсолютні цінності є предметом дослідження особливої науки права, що досліджує реальність чистих понять. Їх дослідження є предметом особливої науки – метафізики права, вести мову про яку ми можемо в дусі критичного реалізму К.Поппера.

Очевидно, що тут виникає межа предметного поля юридичної компаративістики як науки і межа функціональних можливостей компаративного підходу відносно особливої «науки чистих правових понять», дослідження яких вимагає філософського підходу в праві.

Підсумовуючи, слід зазначити:

1. Сучасний етап розвитку порівняльного правознавства демонструє ширші можливості методу, оскільки оперує поняттям «підхід».

2. При досліджені взаємодії правових систем компаративний підхід виявляє свою функціональну обмеженість і потребує доповнення методами інших наук, які вивчають не лише дійсність, а й реальність права.

3. Функціональні можливості методу визначаються предметним полем науки (наукової дисципліни). Проте, дослідження явищ, які мають метафізичну природу в процесі взаємодії правових систем, не є предметом юридичної компаративістики, а значить є обмеженням компаративного підходу.

---

1. Тихомиров А.Д. Философские проблемы правовой компаративистики: Открытая лекция. – К.: Изд-во «Логос», 2009. – Серия научно-методических изданий «Академия сравнительного правоведения». – Выпуск 17. – 32 с.

2. Тарасов Н.Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 31–50.

3. Скакун О. Методологічний підхід і метод у порівняльному правознавстві: їхнє співвідношення // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київського національного університету імені Тараса Шевченка / за ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV. – С. 210–219.

4. Савостьянова М.В. Аксиологический анализ парадигмальной науки или о роли ценностей в науке: монография. – К.: Изд. ПАРАПАН, 2009. – 260 с.

КЛОЧКОВА Юлия Александровна,
старший преподаватель
Таганрогского технологического института
Южного федерального университета

КОНВЕРГЕНЦИОННЫЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОЦЕССЫ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

За последние два десятилетия в мире сложилась определенная традиция исследования сущности и особенностей многих правовых и политических процессов, разного рода трансформаций и метаморфоз, связанных с эскалацией глобализма.

Заметим, что положительные или отрицательные оценки тех или иных явлений всецело зависят от взятого конкретным исследователем за основу теоретико-методологического ракурса. Сторонники либеральной парадигмы модернизации любого национального государства будут оценивать глобализационные процессы в высшей степени положительно, т. к. для них это, прежде всего, возможность быстрого «вхождения» страны в единый мировой «дом», в котором, по их мнению, можно решить важнейшие и первоочередные национальные проблемы.

Представители консервативной государственно-правовой идеологии, напротив, вряд ли признают его позитив глобализма в отношении сохранения устойчивого развития национального права.

Естественно, что феномен «глобализации» в праве нужно стремиться изучать сквозь призму собственно юридического ка-

тегориального аппарата, через выявление и постановку правовых вопросов, возникающих в конкретной (а не вообще) правовой системе, да еще и в определенный исторический период. Кроме этого, именно в рамках такой методологемы можно по самым разным основаниям структурировать юридико-глобализационную проблематику, выделить наиболее важные ее аспекты, например, рассмотреть позитив и негатив в контексте сохранения национальной идентичности (основанной на реализации принципа культурно-исторического отождествления национальных правовых феноменов) западных и незападных правовых систем. Тем более, что «сегодня речь идет не вообще о глобализационных процессах в развитии человечества, а о специфическом нынешнем этапе – попытке создания Нового мирового порядка…» [2, с. 148–149]. При такой постановке вопроса (а спорить здесь трудно) неизбежно возникает вопрос о сохранении и месте национального права, его институтов и отраслей в этом «новом мировом правопорядке».

Причем, решение его проходит на фоне все нарастающей убежденности ряда современных исследователей в том, что «в современном мире более нет единого и неделимого государственного, народного или национального суверенитета… суверенитет все чаще делится между наднациональными, национальными, субнациональными единицами» [1, с. 32], а также объективно сложившейся картины усиления *юридико-конверенционных процессов*, которые в системном измерении следует понимать в качестве разноуровневой и полиаспектной интеграции, сближении различных (а не только наиболее близких по источникам и организации институтов, как это имело место в конце XVIII–XIX вв.) правовых институтов, принципов, доктрин, компонентов юридической (правоприменительной и правотворческой) практики, ценностей и правоотношений.

В современном мире на процесс трансформации национального права влияет целый ряд факторов: информационные, культурологические, политические технологические и экономические изменения, важность решения все более и более нарастающих глобальных проблем, региональная интеграция государств, стремление избежать войн, рост числа демократических режимов, необходимость создания системы международных гарантий прав человека (обусловливает их универсализацию) и т. п.

Однако именно эти моменты, в конечном счете, и обусловили нарастание в национальных правовых системах многих противоречий, повысили уровень рискогенности в правоприменительной и правотворческой деятельности.

Можно утверждать об имеющем место на рубеже XX и XXI вв. ускорении процессов конвергенции права, очевидном повышении степени связанности национальных правовых систем, образовании (на этой основе) единого политико-правового и социально-культурного пространства, которое обусловливает формирование общих (схожих) юридических институтов, норм, принципов, стимулирует повышение уровня обмена правовой информацией и др.

С этой точки зрения, к положительным характеристикам глобализации в государственно-правовой сфере стоит, наверное, отнести возрастание интереса (в том числе, и через научную рефлексию) к механизмам обнаружения и сохранения национальными правовыми системами собственного регулятивно-охранительного содержания, функционала и направления развития.

Конечно же, конвергенционные процессы приводят к серьезным институциональным деформациям в национальных правовых системах, элиминируют самобытность всех их структурных компонентов (отраслей права, юридической практики, правовых доктрин) минимизируют или, вообще, выхолащивают национальное культурно-правовое своеобразие формировавшегося веками нормативно-регулятивного и охранительного пространства.

При этом, следует учитывать, что для перехода определенной правовой системы в ту или иную правовую семью крайне недостаточно (как это думают некоторые исследователи и политики) обычного изменения нормативной или практико-организационной основы первой, но требуются смена духовно-интеллектуальной среды, архетипических структур, задействованных в механизмах правообразования и правоприменения [3, с. 129].

---

1. Гринин Л.Е. Глобализация и национальный суверенитет // История и современность. – 2005. – № 1.

2. Кара-Мурза С.Г. Россия в «глобализирующемся» мире // Философия хозяйства. – 2001. – № 1 (13).

3. Чиркин В.Е. Конституция: российская модель. – М., 2002. – 160 с.

МОРДОВЦЕВ Андрей Юрьевич,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Таганрогского института управления и экономики

ПРАВОВАЯ КОНВЕРГЕНЦИЯ В КОМПАРАТИВИСТСКОМ ИЗМЕРЕНИИ: ОТ СРЕДНЕВЕКОВОГО ДИСКУРСА ДО Ш.Л. МОНТЕСКЬЕ

Формирование национальных государств и правовых систем Западной Европы в период разложения Римской империи и много позже самым тесным образом было сопряжено с многоплановыми и поливекторными конвергенционными процессами, сближением, интеграцией самых разных по своей природе, способам и формам нормообразования правовых систем. Христианство же явилось духовной основой для конвергенционно-аккультуративных государственно-правовых процессов. Хотя, правовые нормы и институты самых разных христианских народов и сближаются медленно, все же происходит их особый синтез, но уже на основе нового для Европы христианского социально-правового и политического мировоззрения.

Первым же результатом правовой конвергенции в рамках этой духовной и политико-правовой парадигмы стала, конечно же, рецепция римского права, институты которого, правда, далеко не сразу вытеснили из западного регулятивного пространства феодальные нормы обычного права и нивелировали имеющиеся в эпоху раннего Средневековья стремления построить христианские государства по «апостолическому образцу». Ясно, что все эти процессы возникли только после весьма сложного и длительного конвергенционного этапа.

«Построить общество на основе римского права, принять его за образец – не было ли это нарушением божественного закона, поиском справедливости за счет и в ущерб милосердию? … Фома Аквинский в начале XII века положил конец этой критике. Его труды, использующие труды Аристотеля и показывающие, что дохристианская философия, основывающаяся на разуме, в значительной степени соответствовала божественному закону, способствовали «изгнанию чертей» из римского права» [1, с. 35].

Итак, в течение многих столетий в западноевропейском политико-правовом пространстве идут весьма и весьма ощутимые конвергенционные процессы. Однако их результатом так и не стала некая «однородная» юрисдикция: происходило не слияние, а именно сближение разных правовых форм, возникало их диалектическое единство.

Кроме этого, важно подчеркнуть, что после григорианской реформации можно говорить о возникновении первой собственно западной правовой системы, включающей римско-католическое (каноническое) право и светские системы права – королевское, городское и др. Другими словами, сформировался и начал функционировать особый идентификационный механизм, позволяющий отличать единое западное правовое пространство от иных государственно-правовых миров, что, в принципе, и обусловило необходимость создания адекватного этому механизму мировоззренческого базиса, который и появился в эпоху Просвещения (конец XVII–XVIII вв.), когда в западноевропейском гуманитарном дискурсе осуществляется смена познавательных парадигм: концепции предопределенности будущего «сверхъестественным началом», «Божественным промыслом» сменяются различными рационально-философскими индетерминистскими (в контексте теоретико-методологических представлений того времени) теориями.

В этом плане, конечно же, обращают на себя внимание труды Ш.Л. Монтескье, в частности, работа «О духе законов», в котором он, обосновывая значение эмпирико-социального метода правовых исследований, внес значительный вклад в определение предмета сравнительного правоведения, а также в выявление критериев оценки объективных, имеющих место в мировом политико-правовом пространстве конвергенционно-дивергенционных процессов, причем, не «вообще», а в отношении конкретных (современных ему) государств.

Монтескье принял во внимание «природу вещей» в изучении государственно-правовых институтов и структур, возникающих у тех или иных народов в определенную историческую эпоху, отметил необходимость учета многих геоклиматических и культурных факторов, влияющих на разного рода юридические и политические рецепции, определяющих возможность и принципы взаимодействия национальных правовых систем.

Именно серьезное отношение к выявлению *общего* и *отличного* в их институционально-правовом ландшафте, социаль-

но-хозяйственном образе жизни, религии, ментальности и т.п. позволило ему сделать ряд важных (и для сегодняшнего дня) выводов, в частности, относительно возможности и принципов сближения, взаимопроникновения национальных правовых и политических систем. В целом же, Ш.Л. Монтескье создал оригинальное «проблемно-контекстное» поле не только для теоретического, но и для практического осмысления процессов *правовой конвергенции* и *дивергенции*, а также их результатов.

Например, он отмечает, что «благодаря итальянским ученым право Юстиниана проникло и во Францию, где раньше знали только Кодекс Феодосия, так как законы Юстиниана были составлены уже после водворения варваров в Галлии. Это право встретило некоторое противодействие; тем не менее оно удержалось вопреки отлучениям пап, покровительствовавшим своим канонам. Людовик Святой старался распространить уважение к нему с помощью сделанных по его распоряжению переводов книг Юстиниана…» [2, с. 486].

Здесь важно, что Ш.Л. Монтескье обратил внимание и показал со всей очевидностью то, что функционал конвергенции права (как и политических систем) диалектичен и включает в себя регулятивную, новаторскую, инструментальную (меняет средства юридической практики), коммуникативную (создает новые нормативно-правовые условия взаимодействия субъектов правоотношений), прогностическую, но в тоже время и дестабилизирующую, конфликтогенную, по своей сути, функции. В этом плане, любое «обновление», «изменение» или «модернизация» правовых норм и институтов, наступающее в ходе конвергенции отдельных элементов, компонентов национальных правовых систем, а также разных правовых систем (в целом) всегда имеет рискогенный характер: порождает в юридической практике правотворческие, правоприменительные и правоинтерпретационные риски.

В этом плане, неслучайно, что теория конвергенции в XX в. оказала заметное влияние на сравнительно-правовые исследования, проводимые в рамках западной юридической и политической традиции.

---

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1997.

2. Монтескье Ш.Л. О духе законов. – М., 1999.

МЕЛЬНИК Зоя Петрівна,
кандидат юридичних наук,
науковий консультант Верховного Суду України

ВПЛИВ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ НА КОНВЕРГЕНЦІЮ ПРАВОВИХ СИСТЕМ СУЧАСНОСТІ

Останнім часом в юридичній науці активно обговорюються питання, пов'язані з проблемами взаємодії правових систем, що обумовлено зближенням різних типів правових систем, так званою правовою конвергенцією.

Термін «**конвергенція**» (від лат. convergere – зближатися, сходитися) застосовується в різних науках і характеризує процес зближення, та набуття загальних, подібних ознак і поступового злиття в певне нове єдине співтовариство, яке наслідує певні риси кожного з елементів.

Поняття «конвергенції» розглядалось в українській правовій науці, опосередковано в рамках вивчення поняття «правової системи», такими українськими дослідниками, як: О.В. Зайчук, М.І. Козюбра, О.Л. Копиленко, Л.А. Луць, Н.М. Оніщенко, О.Ф. Скакун та ін. В російській науці досліджував процеси конвергенції в рамках порівняння континентальної і англо-американської правових сімей теоретик права та компаративіст М.М. Марченко. Дослідженню цього поняття приділили увагу і зарубіжні вчені, зокрема такі «класики» компаративістики, як Р. Давид, Р. Леже, такі і молоді дослідники Е. Оруку, Дж. Смітс, Г. Ганіве.

Хоча зближення стосується і інших правових систем, найчастіше в літературі йде мова про історичні передумови і тенденції конвергенції континентальної і англо-американської правових сімей, як найбільш контрастних юридичних типах, що викликають значний інтерес до вивчення.

Загальновизнаним в науковій літературі є той факт, що достатньо великою та безпосередньою зоною зіткнення континентального і англо-американського права є сфера нормативного регулювання, яка охоплюється правом Європейського Союзу.

Зокрема, суттєвий вплив на конвергенцію правових систем здійснює Європейський суд справедливості (European Court of

Justice), який займається не тільки правозастосовною, але й правотворчою діяльністю, результатом якої є судовий прецедент.

Будучи головним судовим інститутом Європейського Союзу, Суд приймає акти прецедентного характеру, які містять в собі загальну норму чи положення (принцип), яке повинне враховуватись усіма судовими органами Євросоюзу при розгляді ними справ, в тій чи іншій мірі пов'язаних з рішенням Європейського суду [1; 5]. Це, передусім, акти тлумачення і судового контролю за відповідністю рішень, які приймається різними інститутами Європейського Союзу і держав-членів Союзу положенням, які містяться в установчих і договірних актах, і в сформованому на їх основі загальноєвропейському законодавстві.

Щодо рішень Європейського Суду з прав людини, то під прецедентами потрібно розуміти не самі справи, а ті основоположні принципи в тлумаченні та застосуванні Конвенції, які були вироблені під час розгляду справ і викладені в рішеннях. Цим відрізняється прецедент Європейського Суду від прецеденту в англійському праві, де суддя за певних обставин може виступати, по суті, в ролі законодавця [2, с. 15].

І хоча в англійській доктрині діє принцип stare decisis (обов'язкової сили прецедентів), проте існують важливі винятки з цього правила. З цього питання Палата Лордів висловила позицію, що «надмірно жорстке дотримання правил прецедентів може призвести до несправедливості в конкретній справі, а також необґрунтовано обмежує належний розвиток права [2, с. 6].

В системі континентального права судовий прецедент займає двозначне становище серед джерел права, яке полягає з однієї сторони, в його офіційному, формально-юридичному невизнанні як джерела права, а з іншої – в його фактичному використанні як такого. В західноєвропейській науковій літературі підкреслюється, що всі країни континентального права, принаймні *de facto*, визнають важливість судового прецеденту і це «не тільки не порушує усталену систему права і систему джерел права, а, навпаки, робить її більш глибокою і доповнює її» [3, p. 274].

Офіційне невизнання прецеденту як джерела права і його значення в країнах континентальної правової сім'ї пов'язані із відсутністю особливих юридичних актів, які закріплюють правовий статус прецеденту. Проте в кожній країні є правові акти, які

в тому чи іншому ступені стосуються як самих прецедентів, так і суддівського («прецедентного») права.

Так, на відміну від Австрії та Данії в правових системах Фінляндії, Швеції і деяких інших країн континентального права прецедент практично сприймається не тільки як фактичне джерело права, але як показник існуючої тенденції посилення ролі рішень вищих судових органів для нижчих судових інстанцій, які все частіше сприймають ці рішення як обов'язкові [4, p. 12].

Тобто, очевидною для континентальних правових систем є тенденція посилення позицій національних судів в тлумаченні законів, а також потреби у визнанні їх суб'єктами нормотворення поряд з іншими правотворчими суб'єктами. Оскільки вищі суди в процесі офіційного тлумачення закону чи у касаційній процедурі вправі доповнити, уточнити або змінити нечітко сформульовану або створити відсутню норму права.

Самостійним джерелом права визнаються і рішення конституційних судів, які створюються у процесі здійснення ними нормотворчих функцій: конкретизації та інтерпретації конституційних норм, а також створення нових правових норм.

Отже, у підсумку можемо зазначити, що судова відіграє важливу роль як в процесі розвитку кожної з правових систем, так і в їх конвергенції, що проявляється у зростанні значення рішень національних судів континентальної правової сім'ї, зокрема верховних та конституційних.

---

1. Brown L., Kennedy T. The Court of Justice of the European Communities. – 5th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2000. – 470 p.

2. Буроменський М. Звернення до Європейського Суду з прав людини: практика Суду і особливості українського законодавства / Харківська правозахисна група. – Х.: Фоліо, 2000. – 32 с.

3. Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. – Oxford: Clarendon Press, 1989. – 456 p.

4. Green-Gonas C. The Scandinavian Legal System. An Introduction // Comparative Juridical Review. – 1990. – Vol. 27. – P. 11–15.

5. The European Court of Justice / Ed. by G. De Burca, J. Weiler. – Oxford University Press, 2001. – 233 p.

СОКОЛЬСКАЯ Людмила Викторовна,
кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин
Московского государственного областного
гуманитарного института (Орехово-Зуево)

ИНТЕГРАЦИЯ НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ ПОСТСОВЕТСКИХ ГОСУДАРСТВ

Интеграция (буквально «объединение в целое каких-либо частей») предполагает взаимное приспособление, в процессе которого появляются новые культурно-правовые формы, новые образы жизни. В процессе интеграции социокультурных систем генерируется новая культурная общность. Ярким примером генерирования являлся «советский народ», который выработал специфичные формы хозяйствования, советскую систему правосудия, советское право или новая культурная общность – алтайский народ. [1, с. 45; 3, с. 120]. Современная правовая интеграция – это создание единой мировой (региональной) правовой структуры, обладающей наднациональными чертами. Процесс интеграции предполагает добровольность со стороны участников. Неудачная интеграция может стать одной из причин юридического национализма. Обязательными условиями современной интеграции являются: а) взаимное уважение государств к интересам друг друга; б) равноправие сторон; в) признание национальных особенностей как неотъемлемой части правовой культуры; г) отказ от правовой экспансии.

Существуют и иные мнения относительно сущности интеграции. В частности, А.Б. Митропольский и П.Е. Смирнов высказывают мнение о том, что современная европейская интеграция – это интеграция национальных государств, ни в коем случае не нарушающая национального менталитета и не столь глобальная [2, с. 12]. Объективная потребность в правовой интеграции обусловлена необходимостью в повышении управляемости обществами для решения глобальных мировых проблем, таких как международная безопасность, вопросы войны и мира, экологическая катастрофа и другие. В научной литературе принято выделять следующие тенденции современного интеграционного развития в правовой сфере: устойчивые закономерности в масштабе мирового сообщества, связанные общепризнанными правовыми ценностями; однородные процессы и тенденции в рамках

больших правовых семей с их общими мировоззренческими и юридическими источниками; согласованное правовое развитие в рамках межгосударственных объединений; региональные тенденции многообразного правового развития, связанные с дифференциацией или образованием новых государств [5, с. 264].

Более подробнее в данной статье исследуется специфика интеграционных процессов в сфере права на постсоветском пространстве. Интеграционные процессы в бывших советских республиках стали проявляться почти сразу после распада СССР. Это связано, прежде всего, со стремлением сохранить прежнее экономическое пространство от дезинтеграционных процессов. В дальнейшем стремление к интеграции привело к формированию экономических, политико-правовых союзов, единого экономического и политико-правового пространства.

Для формирования единого экономического пространства необходимо создать единую нормативно-правовую базу для устранения межгосударственных барьеров и ограничений в осуществлении равных возможностей для свободной экономической деятельности, расширить количество участников Таможенного союза, унифицировать денежно-кредитные и бюджетные системы для создания условий введения общей валюты.

Реализация данных задач возможна с помощью *законодательства*. Во-первых, это заключение конвенций, содержащих единообразный закон. Во-вторых, совместная выработка правовых норм, которые инкорпорируются затем в национальное право стран, при этом каждое государство само решает, когда и в каком объеме, и в какой форме произойдет эта инкорпорация. Как правило, это нормы модельных правовых актов. Например, на постсоветском пространстве уже действуют модельные законы МПА СНГ и ЕврАзЭС. Однако проблема правоприменения модельных законов остается наиважнейшей, так как за время существования Содружества Межпарламентской Ассамблеей было разработано к 2012 году около 300 модельных законов, но их реализация оставляет желать лучшего. Органы государственной власти не спешат приводить национальное законодательство в соответствие с нормами модельных законов, что отрицательно сказывается на экономическом, политическом развитии стран Содружества. В-третьих, подготовка какой-либо официальной или частной организацией типового закона или закона-модели. В качестве примера

можно привести действие единых функциональных правил типа экологических стандартов, технических регламентов эксплуатации автомобилей и самолетов, правил ВОЗ, МОТ и др. Причем юридической альтернативы по поводу применения или не применения данных типовых правил просто нет, в противном случае последуют жесткие санкции. Сегодня страны-участницы Таможенного союза унифицировали законодательную базу по регулированию отношений, связанных с перемещением товаров через таможенную границу таможенного союза. Это позволило существенно упростить таможенные процедуры и принять единый Таможенный кодекс и сформировать единое таможенное пространство. В-четвертых, процедура согласования национальных программ законопроектной деятельности [4, с. 10–11].

С помощью *совместной юридической деятельности*, которая приводит к формированию сходной правоприменительной практики так же возможно углубление интеграционных процессов в правовой сфере. Например, судебная практика предусматривает равную юридическую защиту субъектов, распространение одинаковых санкций за аналогичные преступления. На постсоветском пространстве функционируют такие международные суды как Экономический суд СНГ, суд ЕврАзЭС, которые вырабатывают единые юридические процедуры в данном регионе.

Посредством *заключения договоров о правовом сотрудничестве*, соглашений о правовой помощи или частным (доктринальным) путем может быть сформировано единое правовое пространство постсоветских государств. Например, на уровне юридических наук, юридического образования правовая интеграция осуществляется учеными юристами и преподавателями. К доктринальным средствам правовой интеграции можно отнести согласование научно-правовых концепций, составление единого глоссария юридических терминов, признание юридических документов (дипломов об образовании).

На современном этапе правовое пространство СНГ являет собой находящуюся в стадии формирования региональную политико-правовую систему, объединяющую бывшие советские республики, обеспечивающую правовые основы реализации концепции евразийского сотрудничества.

---

1. Арутюнов С.А. Свод этнографических понятий и терминов. Материальная культура. – М.: Наука, 1989. – 220 с.

2. Митропольский А.Б., Смирнов П.Е. Россия и европейская интеграция. – М.: Российский научный фонд, 1993. – 67 с.
3. Народы мира: историко-этнографический справочник / под ред. Ю.В. Бромлея. – М.: Советская энциклопедия, 1988. – 625 с.
4.Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение и интегрирующая роль международного права. – К.: Логос, 2008. – 16 с.
5. Цыганков П.А. Политическая социология международных отношений. – М.: Радикс, 1994. – 217 с.

ДЕМКІВ Роман Ярославович,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного та міжнародного права
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРАВОВЕ МОДЕЛЮВАННЯ ЯК ПЕРСПЕКТИВНА ФОРМА ПРАВОТВОРЧОСТІ

Серед ефективних засобів нормативно-правової уніфікації правотворчої діяльності є так зване правове моделювання, яке переконливо довело свою доцільність й продуктивність втілюючи цілий ряд суттєвих переваг, що обумовлює актуальність теми дослідження.

Деякі аспекти правового моделювання знаходять відображення у працях О.Л. Копиленка, Г.О. Мурашина, Ю.С. Безбородова, Є.А. Юртаева, В.І. Михайлова та інших.

Мета виступу передбачає встановлення місця і ролі модельного закону, який займає центральне місце у правовому моделюванні, серед інших законів.

Правове моделювання є перспективною формою правотворчості й одержує міжнародне визнання. В останні роки правове моделювання широко застосовується й у Співдружності незалежних держав в рамках Міжпарламентської Асамблеї держав – учасниць СНД. У ст. 15 Регламенту Міжпарламентської Асамблеї держав – учасниць СНД визнано, що під модельним законом розуміють рекомендацію законопроекту, яка надається Асамблеєю національним парламентам і приймається з метою погодження правової політики і зближення законодавства, яка при цьому складається із систематизованих норм, що регулюють певну сферу суспільних відносин [1, с. 78].

Важливе значення має схвалений Міжпарламентською Асамблеєю в травні 1995 року рекомендаційний законодавчий

акт «Про нормативні правові акти держав-учасниць СНД». Він спрямований на впорядкування системи чинних у країнах Співдружності нормативно-правових актів, створення необхідних стандартів підготовки й оформлення їх проектів, підвищення юридичної культури правотворчості, забезпечення законності у процесі прийняття правотворчих рішень і верховенства закону у загальній системі правових актів.

У цьому документі дається типове визначення понять і видів правових актів, які приймаються компетентними органами держав, викладено орієнтовний порядок планування роботи по розробці проектів законів та інших правових актів, регулюються правила підготовки документів та їх оформлення. У ньому містяться рекомендації стосовно питань опублікування нормативних правових актів, а також способів забезпечення законності у правотворчій діяльності і вирішення юридичних колізій.

Зазначимо, що у рамках СНД модельний закон може бути прийнятий законодавчим суб'єктом лише добровільно. В основному держави-учасниці Співдружності схвалюють консультативну допомогу парламентарям у законотворчій роботі. Хоча модельні закони і мають рекомендаційний характер, участь у їх розробці, безумовно, має сенс, перш за все внаслідок можливості використання цих законів та впровадження їх у національне законодавство, враховуючи власні інтереси і специфіку суспільного життя [2, с. 134].

Разом із тим не слід забувати, що окрім Міжпарламентської Асамблеї надзвичайно цікавим і корисним для українського суспільства і держави, в тому числі щодо вдосконалення законодавства, є досвід Міжпарламентського союзу, який приймає рішення у формі рекомендацій, що мають певний вплив на всю світову спільноту; Парламентської Асамблеї Ради Європи, яка приймає рішення в формі рекомендацій, резолюцій, конвенцій, висновків, модельних законів (наприклад, Європейського кодексу соціальних гарантій (Рим, 1990 рік); Андського парламенту, резолюції якого поширюють свій вплив на Латиноамериканські країни і мають рекомендаційний характер та ін.

Щоправда, процес трансформації модельних законів у національні правові системи не може бути обвальним. Його треба здійснювати поступово і послідовно, враховуючи власні інтереси і потреби, стан законодавства, ступінь розвитку суспільства і держави [3, с. 76]. Тому у даному випадку можна говорити про

взаємодоповнення процесів уніфікації законотворчої діяльності в рамках двох міжнародних організацій і доцільності більш активної участі України в розробці модельних законів МПА СНД і підготовці рекомендаційних правових актів, які здійснюються парламентами та іншими структурами Ради Європи.

Накопичений міжнародний досвід свідчить про те, що підготовка модельних законів та впровадження їх у національне законодавство є досить складним процесом. Його не можна зводити до копіювання готових текстів. Передусім необхідно ретельно з'ясовувати потреби у майбутньому законодавчому регулюванні, враховуючи існуючі реальні умови та зацікавленість у прийнятті відповідних законодавчих актів. Разом з тим практика застосування модельних законів, говорить про її безумовну користь.

Необхідно відмітити, що правове моделювання передбачає підготовку не тільки модельного правового акта у вигляді повного тексту закону, а й модельних законодавчих правил і положень. Розробка останніх менше розповсюджена, однак доцільність їх використання очевидна. Модельні правила і положення застосовуються для однакового врегулювання певних питань у національному законодавстві. Особливо корисні вони для випадків, коли національна законодавча регламентація здійснюється через прийняття не одного, а декількох актів [4, с. 25].

Як висновок можна зазначити, що досвід правового моделювання, розробки й прийняття різноманітних форм і видів законопроектних рекомендацій, є унікальним і надзвичайно корисним у сучасних умовах гармонізації законодавства різних країн в процесі їх міжнародного співробітництва.

---

1. Михайлов В.И., Федоров А.В. Модельный закон СНГ «О борьбе с организованной преступностью»: содержание и структура // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 78-84.

2. Безбородов Ю.С. Международно-правовые модельные нормы и модельные акты: соотношение категорий // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 133–138.

3. Законодавство України та міжнародне право (проблеми гармонізації): Зб. наук. пр. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1998. – Вип. 4. – 298 с.

4. Копиленко О.Л., Мурашин Г.О. Правове моделювання як ефективний засіб нормативно-правової уніфікації у правотворчості // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1–2 (13–14). – С. 24–31.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ ВИМІР МІЖНАРОДНОГО ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА

БІЛАС Іван Григорович,
доктор права, доктор історичних наук,
професор кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА МІЖНАРОДНА БЕЗПЕКА В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

У запропонованій статті автор робить спробу проаналізувати головні фактори, що визначають динаміку і сутність нових загроз та викликів, з якими зіштовхується людство на початку XXI ст. та аргументувати адекватні заходи світової спільноти, спрямовані на дієвий захист людства засобами сучасного міжнародного права.

У наш час змінилися уявлення про зміст безпеки як у свідомості науковців, політиків, так і на побутовому рівні. Американські вчені К. Мадсек, А. Маслоу та інші розглядають потребу в безпеці як один з основних мотивів діяльності людей і світового співтовариства, причому існує тенденція до збільшення масштабів цієї діяльності [1, с. 18]

У сучасних теоріях популярною є концепція «розширеної» системи колективної безпеки, логічним завершенням якої є комплекс заходів для оборони від зовнішньої агресії, тобто колективна оборона включається в поняття «колективна безпека» [2, с. 49]. Це знайшло своє відображення у сучасних міжнародних офіційних документах [3, с. 97].

На думку багатьох дослідників, система колективної безпеки, встановлена Статутом ООН, на набула достатньої ефективності.

Внаслідок цього мир і безпека у світі фактично забезпечувалися наявністю у двох протилежних сторін зброї масового знищення, які все ж у локальних конфліктах досить часто залагоджували міжнародні суперечки із застосуванням своїх збройних сил без санкції на те РБ ООН, пояснюючи це захистом своїх національних інтересів. Незважаючи на це, ООН як глобальна міжнародна організація з підтримання миру і безпеки відігравала і продовжує відігравати неабияку роль у світі, оскільки ООН є найбільш представницькою міжнародною організацією, завдяки якій країни можуть виносити на розгляд світової спільноти, наприклад, проблеми своєї національної безпеки; шукати в неї захисту від силових дій великих держав [1, с. 33].

Проте, слід зазначити, що існуючі глобальні та регіональні системи безпеки в останні десять років виявилися нездатними ефективно реагувати на новий спектр загроз воєнного характеру. Саме слабка ефективність традиційних структур безпеки, головним завданням яких було упередження широкомасштабного збройного нападу ззовні, спричинили перегляд підходів до проблем гарантування безпеки як на законодавчому, так і на інституційному рівнях. Поява нових концепцій безпеки, нових стратегій та доктрин, воєнна реформа національних збройних сил майже у всіх провідних країнах світу та процеси адаптації ООН, НАТО, ОБСЕ до нових викликів третього тисячоліття - є тому підтвердженням [2, с. 68].

Принципова риса даного періоду полягає в тому, що на зміну домінанти глобальної загрози прийшла маса потенційних загроз: меншого масштабу, але при цьому досить серйозних за своїми наслідками для міжнародного миру й стабільності, таких, що зачіпають інтереси багатьох держав. За таких умов створення ефективної системи міжнародної безпеки вимагає об'єктивної, безпомилкової оцінки можливих внутрішніх і зовнішніх, воєнних та невоєнних загроз. Серед невоєнних загроз найбільш небезпеку для європейських країн (в тому числі країн Центрально-Східної Європи) можуть являти: розвиток економічної кризи в країнах, які входили до складу СРСР, також у східноєвропейських держав; зростання безробіття; екологічні негаразди, пов'язані з порушенням природного середовища у великих районах як на заході, так і на сході Європи; поширення но-

вих видів наркотичних засобів; поширення нових видів захворювань, які важко піддаються лікуванню (СНІД, атипова пневмонія тощо); демографічний спад; неконтрольована міграція з країн «третього світу» [2, с. 64].

Складність розв'язання вище перелічених загроз має наслідком те, що сучасна система міжнародної безпеки будується на принципах: загального характеру і однакового рівня безпеки для всіх країн, незалежно від їхньої ролі на світовій арені; міжнародного співробітництва у вирішенні проблеми безпеки та колективність дій щодо усунення агресії; недостатність тільки силових засобів підтримання миру; високий ступінь довіри в міжнародних відносинах, відкритість і щирість у міжнародній політиці, системний характер побудови безпеки [3, с. 97–98].

На початку XXI ст. найбільш відповідною для вирішення завдань, що стоять перед сучасним світовим співтовариством, стала концепція безпеки на базі співробітництва (кооперативна безпека), запропонована співробітниками Бруклінгського інституту США в 1992 р. Е. Картером, У. Перрі та Дж. Стейнбруннером, яка нині є популярною. У публікації «Нова концепція кооперативної безпеки» вони запропонували спиратися у поглядах щодо безпеки на розуміння того, що «каталізаторному конфлікту» можна запобігти не лише стримуванням через залякування, але також кооперативними превентивними заходами. Відтак, переставити акценти в плануванні безпеки з підготовки до протидії загрозам на запобігання виникненню таких загроз» [1, с. 61].

Аналізуючи запропоновану концепцію безпеки на базі співробітництва, на наш погляд, можна зробити декілька висновків: теоретичне обґрунтування і розробка концепції міжнародної безпеки саме через співробітництво стали можливими лише після закінчення ідеологічної конфронтації Сходу та Заходу; даній системі безпеки властиві такі основні характеристики: призначена для запобігання війнам; не спрямовується проти конкретної держави або групи держав; можлива при усвідомленні її учасниками спільного майбутнього; основним методом є контроль над озброєнням і роззброєння, формування системи взаємозалежних і взаємодіючих міжнародних режимів безпеки; має високий ступінь інституалізації контактів; сприяє вироб-

ленню спільних норм та ідентичності; конкретна ідеологія не є необхідною умовою для створення або розвитку кооперативної системи, але вона розширює коло можливостей для всіх учасників системи [3, с. 97–98].

Отже, нова глобальна система безпеки формується шляхом переговорів й угод про загальні цілі, норми інститутів, принципів і механізмів врегулювання гострих конфліктів. Система спільної кооперативної безпеки базується на відкритості, довірі, транспарентності і передбачуваності; на співробітництві, гарантіях та зайнятості [5, с. 12]. Тому дедалі більше країн світу прагнуть реалізувати захист власної безпеки не самостійно, а в коаліції чи союзі з іншими державами, оскільки не можуть самостійно гарантувати собі гідний рівень безпеки [4, с. 121].

Зважаючи на складність і багатоаспектність міжнародної безпеки, вона уже не може розглядатися як явище, що стосується лише одного суб'єкта міжнародних відносин, а як концепція усієї міжнародної системи.

В сучасному світовому глобалізаційному процесі стає очевидною потреба вдосконалення механізмів міжнародного правового регулювання, які дозволять своєчасно й ефективно відповідати на виклики та загрози. При цьому система міжнародного права потребує вдосконалення та динаміки, щоб вона набула здатності своєчасно ідентифікувати загрози і виклики, створювати ефективні правові та інституційні засоби їхньої протидії.

---

1. Николаева Э.Н. Международно-правовые проблемы международных неправительственных организаций. – М., 2009. – 214 с.

2. Абашидзе А.Х., Урсин Д.А. Неправительственные организации: международно-правовые аспекты. – М., 2008. – 254 с.

3. Бирюков П.Н. Международное право. – М., 2009. – С. 97–98.

4. Гудби Дж., Бувальда П., Тренин Д. Стратегия стабильного мира. Навстречу Евроатлантическому сообществу безопасности. – М.: Международные отношения, 2003. – 208 с.

5. Глобальные проблемы мира: в рамках ООН / под общ. ред. А.И. Микульшина. – М., 2009. – 298 с.

САДЫКОВА Эльмира Ленаровна,
кандидат юридических наук, заведующая
кафедрой государства и права Дипломатической академии
Министерства иностранных дел Российской Федерации

ПРОБЛЕМЫ УНИВЕРСАЛИЗАЦИИ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

Комплексное исследование проблем диалога цивилизаций в современном мире не может быть полным без рассмотрения правовой составляющей. В огромном массиве цивилизационных исследований международно-правовым компонентам межцивилизационного взаимодействия уделяется недостаточно внимания, но в целом, в юридической науке, цивилизационный подход предполагающий рассмотрение права как нормативно-ценностного регулятора, приобретает все большую актуальность. Так, например, в российских научных исследованиях по сравнительному правоведению, цивилизационный подход применяется при изучении института прав человека, например, в отношении концепции прав человека «в исламских странах, традиционных обществах (Индия, страны Африки), государствах азиатского региона (Китай. Япония), где происходит сложный процесс взаимодействия религий, религиозно-нравственных учений, традиционной культуры с универсальными международными стандартами» [1].

В научных исследованиях, отмечается, что сложность применения цивилизационных подходов в правоведении состоит в том, что в современных общественных науках, отсутствует единство в определении понятия «цивилизация». Представляется обоснованной теоретическая позиция, выделяющая роль нормативно-ценностных признаков в методологии исследования права в общей системе соционормативной регуляции» [2, с. 6–7].

Сущность права, как одного из основных регуляторов общественных отношений и его гуманистическая ценность состоит в его способности в качестве такового удовлетворять социальные интересы людей наиболее эффективным образом. В содержании норм права закладываются ценностные регуляторы к которым стремятся их создатели.

Исходя из общетеоретических подходов, рассмотрим нормативно-ценностные компоненты современного международного права, в контексте проблем универсализации его роли в регулировании системы международных отношений. Создание международно-правовых норм происходит в результате взаимодействия государств посредством согласования их воль и вполне объективно, что в этом процессе проявляются и цивилизационные стереотипы участников. В системе международного права, регулирующей международные отношения на разных уровнях: универсальном, региональном, двустороннем, указанные элементы имеют определенную специфику.

В международно-правовых отношениях, в процессе создания нормативных предписании происходит процесс согласования национальных интересов различных государств, связанных с комплексом целенаправленных усилий в политической, экономической, военно-стратегической и других сферах, отражающие национальное сознание, национальный характер. При этом, ценность международного права как комплексной отрасли права, определяется его универсальностью. Общая направленность национальных интересов, несмотря на возможные изменения их вектора, имеет определенные неизменные приоритеты

Указанные аспекты влияют на особенности целеполагания в современном международном правотворческом процессе. Влияние государств на международное правотворчество различно. Не отрицая степени важности общих усилий государств, при решении глобальных проблем современной эпохи, необходимо отметить, что их роли в решении глобальных проблем неодинаковы в силу экономических, политических и силовых факторов влияния.

С точки зрения определения направлений совершенствования международно-правовой системы, особую значимость имеет вопрос о том, насколько содержание норм обладает регулятивным воздействием на формирование устойчивого, справедливого, демократического миропорядка. Оценка культурно-цивилизационного своеобразия международного права важна, с точки зрения принципа универсальности его норм.

Разрешение глобальных проблем, включая вопросы национальной и международной безопасности, демографии, экологии,

транснациональной преступности и терроризма, угрозы ядерной катастрофы и др. должно быть комплексным. В основе международной политики необходимо усиление акцента на общечеловеческие морально-этические принципы и нормы, способные повысить гуманитарную составляющую международных отношений.

Современное международное право получило свое название в XVIII в. До этого периода, отрасль именовалась как «право народов», «общенародное право», на основе использования существовавшего в юриспруденции Древнего Рима термина «jus gentium», переводя его с латыни на современные языки [3, с. 21]. Ф.Ф. Мартенс, известный русский юрист-международник, в рамках своих исследований современного международного права цивилизованных народов, рассматривал исключительно христианские народы Запада. «Только по отношению к цивилизованным государствам может быть речь о законах и правилах, которые должны быть соблюдены во время международных столкновений. Нельзя ожидать и несправедливо требовать соблюдения каких-либо юридических норм, составляющих право международного принуждения от народов, существенно различных цивилизаций и культуры» [4, с. 361].

С.Л. Рогожин, анализируя идеи Ф.Ф. Мартенса, подчеркивает, что международное публичное право сегодня есть продукт противостояния двух западных политико-идеологических систем – социализма и либерализма. «Иудео-христианская цивилизация Запада сформировала все основные подходы к структуре, принципам и нормам современного международного права. Кризис данной правовой системы, прежде всего, связан с общим ослаблением позиций коммунистической или, точнее, социалистической идеи в ее советском варианте. Иными словами, за изменением миропорядка «холодной войны» последовал, очевидно, кризис системы международного публичного права» [5, с. 17].

С.В.Черниченко исследуя философские аспекты развития международного права, также, обращает внимание на то, что современное международное право сформировалось в значительной степени под влиянием европейской цивилизации нового и новейшего времени. Не отрицая полностью воздействие азиатской и африканской цивилизаций, ученый, объясняет «европеизм» международного права динамизмом экономического, поли-

тического, военного, научного и т.д. развития Европы, влекущим за собой экспансионизм, как фактор, неразрывно связанный с пассионарностью европейских народов, совпавшей с формированием международно-правовой системы. Он приходит к важному выводу о том, что содержание международного права, его социальная природа неизбежно включает в себя цивилизационные компоненты[6, с. 676–677].

Современное международное право формировалось на гребне подъема демократических сил, сложившихся в годы Второй мировой войны в борьбе против фашизма. Его фундамент был заложен в Уставе ООН, в котором сформулирована основная цель: «поддерживать международный мир и безопасность»[7, с. 11].

Вопрос о взаимодействии цивилизации является одной из важной тем современного мира, обсуждаемой в рамках ООН. Проблема необходимости начать межцивилизационный диалог нашла свое воплощение в Глобальной повестке дня для Диалога между цивилизациями, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 21 ноября 2001 г.

Выдвинутые в документе ключевые цели диалога между цивилизациями подчеркивают актуальность цивилизационного фактора в мировых политических процессах. Одной из особенностей современного международного права является то, что в его систему включаются нормы особого рода - общепризнанные принципы. Это исторически обусловленные основополагающие общепринятые нормы, пронизывающие структуру международного права, регламентируя характер связей ее элементов [8, с. 5].

Общепризнанные принципы направленные на обеспечение приоритета общечеловеческих интересов и ценностей, представляют собой уникальную идейную основу для развития и укрепления гуманитарных основ во взаимодействии субъектов в международном общении. В контексте верховенства права в международном общении актуальна проблема имплементации норм международного права в национальные системы права. В отечественной доктрине международного права ключевой остается идея о приоритетах права в международных отношениях, которая является одним из основных принципов внешней политики России. Опора на международное право – это важный ре-

сурс в формировании нового полицентричного миропорядка, обеспечении его справедливого демократического характера и снижении роли фактора силы в международных делах.

Действительно реалии сложного современного мирового развития таковы, что на рубеже двух веков в результате угасания идеологического противостояния и затянувшегося поиска новой модели мироустройства возникла практическая необходимость в новом осмыслении международно-правовой системы.

В основе международной политики необходимо усиление акцента на общечеловеческие морально-этические принципы и нормы, способные повысить гуманитарную составляющую международных отношений.

Развитие столь важного в современном мире института прав человека имеет тесную связь с цивилизационными особенностями социально-исторических общностей. В российской правовой доктрине высказывается позиция о необходимости применения цивилизационного подхода при рассмотрении проблем универсализации международных стандартов прав человека. «В универсальной концепции также должны найти отражение особенности природной среды существования той или иной общности людей и регионов, уникальность и специфика их исторического, социально-экономического, политического и культурного развития» [9].

Права человека являются важной составляющей общей характеристики цивилизационной идентичности, связанными с религией, культурой, национальными особенностями человеческого сознания, его психологии. Проблема универсальности прав человека, с точки зрения различий цивилизаций, является одной из ключевых в современной науке международного права.

Л.Н. Шестаков отмечает, что права человека приобретут универсальный характер и статус общечеловеческих ценностей «тогда, когда в перечень основных прав и свобод будут включены те, которые, несмотря на то, что незнакомы европейскому обществу, признаются правами и свободами в неевропейских цивилизациях» Автор полагает, что в общие стандарты, должны включаться и элементы исламского подхода к правам человека, равно как и элементы других цивилизаций [10].

В конце 1994 г. в Куала-Лумпур прошла конференция «Переосмысление прав человека» на которой, впервые инициа-

тива по обсуждению проблемы прав человека исходила не от западных стран, а от представителей «третьего мира». Красной нитью на конференции проходила мысль, что западное доминирование представляет угрозу правам человека и человеческому достоинству. Именно Запад, по мнению выступавших, создал нынешнюю несправедливую систему, при которой сверхдержавы могут оккупировать территории, вводить экономические санкции, контролировать средства массовой коммуникации и подавлять национальные культуры других государств. В докладе Махмуда Мустафы Аюба (Ливан) «Азиатский дух и моральные ценности человека» была попытка обобщить три цивилизационных компонента: исламский, индуистский и буддистский. Он заявил, что современная западная концепция прав человека «чужда исламской религиозной традиции и идеологии». Поэтому Декларация прав человека, провозглашенная ООН в 1948 г., с самого начала оспаривается мусульманскими интеллектуальными кругами, религиозными лидерами и политиками [11]. В выступлении М. М. Аюба обращено внимание на то, что, исламская доктрина и традиция прав человека воспринимает их принципиально по-другому, нежели на Западе: теоцентрично, а не антропоцентрично [11].

Процессы глобализации с новой остротой поднимают проблему совместимости различных моральных ориентаций и нравственных представлений, определяющих культурно-цивилизационную самобытность людей. Универсализация прав человека в современном многообразном полицивилизационном мире не может происходить без противодействия, конфликтов, поскольку существуют до сих пор вековые традиции, связанные с различными религиозными нормами, кастовыми структурами, обычаями и т.д. Таким образом, повышение эффективности международного сотрудничества в области прав человека, связано с проблемой гармонизации международной и национальных правовых систем. В целях практического осуществления мер, направленных на укрепление миропорядка, гуманитарной основой которого является абсолютная ценность человеческой жизни, в международных правозащитных механизмах следует расширять участие известных общественных, религиозных деятелей, экспертов, представителей разных культурных сообществ.

Справедливым является научный взгляд, признающий цивилизационное измерение проблемы столкновения различных нравственно-правовых учений и подходов к международно-правовому регулированию в основе которого при согласовании воль и различных интересов могут быть признаны лишь общие ценности. В этом контексте особую роль играет преодоление основного различия современного западного права и правосознания от иных правовых систем современности [5, с. 19].

Ряд универсальных международно-правовых документов, таких как например, Венская конвенция исходит из признания самостоятельного существования и одновременного взаимодействия двух правовых систем – международной и внутригосударственной. Современная национальная правовая система определенной национально-государственной общности предстает в нескольких измерениях: как совокупность отраслей законодательства, как воплощение правовой традиции и культуры и как система, взятая в более широком социально-культурном контексте – региональном и международном [14, с. 388].

Правовая система, правовое сознание, правовая культура тесно взаимосвязаны с историческим развитием данного общества, его культурно-цивилизационной самобытностью, отражающей убеждения людей, их ценностные установки, идеалы. Французский исследователь Р. Давид полагал, что если нормы права выказывают теснейшую взаимосвязь с нашим образом мыслей, то правовая система более всего связана со структурой общества, его нравами, верованиями и языком [15, с. 38–39]. Плюрализм национальных правовых систем связан с разными подходами к вопросам имплементации международно-правовых норм во внутригосударственные системы.

Так, в западных правовых системах, определяется приоритетность прав человека и все государственные институты призваны их защищать. В Афганистане при режиме религиозных фанатиков-талибов, человеческая жизнь не имела никакой ценности. Сложно было бы даже представить, например, чтобы в уголовном законодательстве Франции или другой европейской страны была включена статья, предусматривающая жесткую меру ответственности за прелюбодеяние, членовредительство, как это предусмотрено в Законе об уголовных наказаниях Ис-

ламской Республики Иран. Можно привести еще целый ряд примеров, касающихся прав женщин в мусульманских странах, не совместимых с европейскими нравственными оценками.

Следует отметить далеко неоднозначные способы взаимодействия права и религии в различных цивилизационных, социокультурных системах регуляции [2, с. 121]. Например, в восточных цивилизациях, наравне с правом, значимым регулятором общественных отношений является религия. По мнению исследователей, использование цивилизационного подхода позволяет изучить всю глубину и последствия религиозности исламского права, которому присущи глубокий иррационализм в духовной сфере; гипертрофированная догматичность религиозной доктрины; повышенная регламентированность, упорядоченность, формальность, строгость, жесткость проявлений религиозного чувства и мысли; бескомпромиссность, непримиримость [17; 12; 13].

Влияние исламской цивилизации на особенности соответствующей правовой системы, проявляются, прежде всего, в том, что ее ядро образовывали религиозные нормы, составляющие ее идейную основу. «Исламское право является самостоятельной правовой системой специфика которой заключается в сложном сочетании религиозных и правовых начал» [18, с. 23]. Вопросы о возможности и способности к модернизации классического исламского права в контексте взаимодействия с нормами международного права во многом определяются с позиций цивилизационного подхода.

Современные глобализационные и интеграционные процессы углубляют взаимосвязь указанных правовых систем и обуславливают необходимость национальных правовых систем мира как части единой глобальной системы [19, с. 217]. Такой подход во многом связан с потребностью универсализации международно-правовых норм, что особенно актуально, когда речь идет о праве в различных цивилизационных измерениях и его взаимодействии с соответствующими религиозными и философско-этическими системами.

Цивилизационный подход проявляет новые грани и своеобразие права, как особого феномена. Понять глубинную сущность этого явления можно только в неразрывной связи со всеми

элементами социально-культурной регуляции той или иной цивилизации, а не в изоляции права от них, с одной стороны, и выдвижения универсальных правовых начал как основы системы социального регулирования – с другой [20, с. 120]. Важно усилить акцент на ценностных подходах в развитии международно-правового регулирования и определении его общих начал в целях гармоничного взаимодействия с национальными правовыми системами.

Процессы глобализации существенным образом повлияли на трансформацию международного права в направлении расширения сотрудничества государств, в целях противодействия новым вызовам и угрозам. Такие проблемы, как обострение межэтнических, религиозных конфликтов, нарушения прав человека, рост миграции, распространение международного терроризма и др. выявляют необходимость развития институтов межцивилизационного диалога как эффективного инструмента противодействия росту конфликтного потенциала в мировой политике. Важным аспектом рассматриваемой темы является деполитизация международно-правового сотрудничества.

Политические и социально-экономические перемены в мире, вызванные глобальными процессами, привели к резкому усилению, а во многих случаях как считают исследователи [2] к доминированию цивилизационного фактора во взглядах представителей развитых демократических стран на цели, условия, формы и последствия применения военной силы в международных отношениях. Не преувеличивая его роль в совершенствовании современного международного права, следует подчеркнуть, что в условиях усиления новых вызовов и угроз, особое значение в повышении эффективности нормативных регуляторов приобретают нравственные, духовные культурные ценности.

Процессы глобализации, происходящие в мире, в государствах, международных организациях, так и между государствами [16; 21–25], требуют унификации и гармонизации отношений между различными государствами, т.е. между различными правовыми системами государств и правовыми системами государств и международной правовой системой. Вопрос о приоритете международно-правовых норм решается на уровне внутригосударственных правовых систем. Для дальнейшего совершенст-

вования международного права, все большее значение приобретает поиск элементов всеобщности, близких, сходных идей не только в различных правовых системах, но и в духовном, философском наследии современных цивилизаций.

Исследование цивилизационной парадигмы современного международного права представляет особый интерес для выяснения механизма функционирования этой отрасли права. В эпоху роста проблем межцивилизационного противоборства и его влияния на мировые политические процессы, необходимо развитие международно-правовой концепции, исключающей цивилизационный эгоцентризм, как основу

Межцивилизационная основа совершенствования современного международного права имеет реальный потенциал развития посредством сближения системы идеалов, принципов, моральных, нравственных, правовых норм, в которых проявляется культурно-цивилизационная самобытность их носителей. В этих процессах первостепенная роль отводится повышению роли диалоговых международных механизмов в процедурных нормах и сами процедурах мирного разрешения конфликтов, преодоления позиции превосходства одних цивилизационных установок над другими для обоснования применения силовых методов внедрения демократии в обществах с противоположными культурными и религиозными традициями, согласованию усилий по совместному достижению социально полезных целей. Речь идет о новом уровне правовой стратегии межцивилизационного сотрудничества для решения сложных задач в глобальном масштабе мирового сообщества.

---

1. Права человека: итоги века. Тенденции, перспективы / отв. ред. Е.А. Лукашева. – М., 2002.

2. Лукашева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. – М.: Норма, 2009.

3. Международное право / Ашавский Б.М. и др.; под ред. А.А.Ковалева, С.В.Черниченко. – М.: Изд-во Омега-Л, 2006.

4. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов: В 2-х т. – Т. 2 / Под ред. В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2008.

5. Рогожин С.Л. Международное право как диалог и столкновение цивилизаций // Московский журнал международного права. – 2002. – № 3.

6. Черниченко С.В. Очерки по философии и международному праву. – М.: «Научная книга», 2009.

7. Действующее международное право: Документы в 2-х томах. Учебное пособие. – Т. 1 / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. – М.: Междунар. отношения, Юрайт-Издат, 2007.

8. Курс международного права: В 7 т. – Т. 2: Основные принципы международного права / Г.В. Игнатенко, В.А. Карташкин, Б.М. Клименко и др. – М.: Наука, 1989.

9. Ковалев А.А. Концепция универсальности прав человека как общечеловеческой ценности // Московский журнал международного права. – 2011. - № 1.

10. Шестаков Л.Н. Ислам и права человека // Вестник Московского государственного университета. – Серия 11. Право. – 1997. – № 5.

11. Абазов Р.Ф. Переосмысление прав человека / Р.Ф. Абазов // Полис. – 1995. – № 2.

12. Саидов А.Х. Введение в основные правовые современности. – Ташкент, 1988.

13. Мавлютов Р.Р. Ислам. – М., 1986.

14. Графский В.Г. Правовые традиции в условиях межкультурного общения. Диалог культур и партнерство цивилизаций: IX Международные Лихачевские научные чтения, 14-15 мая 2009 г. – М., 2009.

15. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М., 1988.

16. Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система РФ: В 2 тт. – М.: Российская академия правосудия; Статут, 2010.

17. История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. – М., 1986.

19. Бехруз Х. Исламские традиции права: Монография. – Одесса: Юридическая литература, 2006.

20 Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. – М.: Бек, 1997.

21. Осминин Б.И. Заключение и имплементация международных договоров и внутригосударственное право: Монография. – М.: Инфотропик Медиа, 2010.

22. Марочкин С.Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации: монография. – М.: Норма; ИНФРА-М, 2011.

23. Скурко Е.В. ВТО: введение в правовую систему / под ред. В.М. Шумилова. – М., 2003.

24. Шумилов В.М. «Право «ВТО» и международное право / В.М. Шумилов. – М., 2003.

25. Россия и система ВТО. Правовые аспекты: Мат-лы конф. / ИГП РАН. – М., 2000.

ГЕТЬМАН-П'ЯТКОВСЬКА Ірина Анатоліївна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Херсонського державного університету

ПРАВО НА ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ: ПОРІВНЯЛЬНІ АСПЕКТИ В НАЦІОНАЛЬНОМУ ТА МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Витоки і джерела права на приватне життя та його захист сягають від періоду Античності, європейської політико-правової думки періоду Відродження та Нового Часу до сучасності. Доказом цього слугують праці Платона, Аристотеля, Дж. Локка, Н. Макіавеллі, І. Канта, А. Дайсі; сучасників: С. Головатого, Н. Карпачової, Ю. Римаренка, Ю. Шемшученка, Г.Юдківської та багатьох інших.

Об'єктом дослідження є приватне життя людини. Предметом дослідження є з'ясування норм і сфер приватності людини які є спільними для міжнародної і національної системи права та їх нормативне закріплення.

Право на приватне життя людини – явище соціальне, юридичне, політичне і історичне. Це право визнане як невід'ємне право людини, це підтверджують міжнародні акти, зокрема Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена в резолюції 217А (ІІІ) Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, що прийняті Генеральною Асамблеєю ООН у Нью-Йорку 16 грудня 1966 р., Конвенція про захист прав людини і основних свобод підписана державами-членами Ради Європи у Римі 4 листопада 1950 р. В Україні, лише 17 липня 1997 року, Верховна Рада України ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав і свобод людини та основоположних свобод. Це стало можливим після проголошення Акту про незалежність України 24 серпня 1991 року та прийняття нової Конституції України 28 червня 1996 року.

Зазначимо проте, що Загальна декларація прав людини в статті 3 проголошує: «Кожна людина має право на життя, свобо-

ду і на особисту недоторканність», в статті 5 визначено: «Ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського або принижуючого його гідність поводження і покарання», в статті 12 - декларовано «Ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, свавільного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань» [1]. Ця правова ідея, захисту права на приватне життя, проголошена і гарантована в міжнародних документах.

Так, в статті 17 Міжнародного Пакту про громадянські і політичні права встановлена норма: «Ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його життя або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання чи таких посягань» [2]. Звернемося до статті 8 Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод де чітко передбачена норма: «Кожна людина має право на повагу до її особистого і сімейного життя, житла і таємниці кореспонденції [3].

В правовому полі України, право на приватне життя перш за все гарантується Конституцією України [4]. Зокрема, стаття 30 захищає територіальну приватність, гарантується недоторканість житла («не допускається проникнення до житла), стаття 31 – комунікаційну приватність, «гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції», стаття 32 – інформаційну приватність, «ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України», «не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди», а стаття 28 – аспекти фізичної приватності, «ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому нелюдському або такому, що принужує його гідність, поводженню чи покаранню», «жодна людини без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідам»).

Відповідно до вказаних статей Конституції України, можлива наступна класифікація приватних сфер людини, в яких

може реалізовуватися суспільно – значима активність громадянина. Цей критерій дозволить розробити механізм захисту приватної сфери людини та його законодавчого закріплення. Такими сферами приватності в громадянському суспільстві є:

- територіальна приватність – ця сфера встановлює просторово-кордоні межі; де відбуваються сімейні, родині відносини, що потребують юридичного захисту від втручання сторонніх осіб або організацій);

- комунікаційна приватність – ця сфера встановлює коло об'єктів (поштове листування, телефоні розмови, телеграфна. електронна та інша кореспонденція) які потребують безпеки та конфіденційності;

- інформаційна приватність – ця сфера встановлює особистий інформаційний простір (особисте, сімейне життя), перелік персональних даних, що потребують законодавчого захисту від протиправного зберігання та розповсюдження;

- природна (фізично-тілесна) приватність – ця сфера потребує захисту людини від примусових дій таких як катування, жорстоке поводження та дослідів, навіть медичного, наукового характеру у разі відсутності вільної згоди людини.

Певним досягненням захисту приватної сфери життя є прийняття Закону України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 № 2297-VI, який вступив в дію 1 січня 2011 року і направлений на регулювання захисту персональних даних у процесі їх збору, обробки та зберігання.

Законом визнається, що персональними даними є будь-яка інформація про фізичну особу, що дозволяє її ідентифікувати, а саме ім'я, вік, місце роботи та проживання, освіта тощо. Персональними даними можуть бути: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження. Так, згідно з Рішенням Конституційного Суду України № 5-зп від 30.10.97 до персональних даних також відносяться дані про майновий стан і медична інформація (показання про стан здоров'я людини, історія його хвороби, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, включаючи наявність ризику для життя і здоров'я).

З метою виконання закону, Указом Президента України 9 грудня 2011 створено Державну службу України з питань за-

хисту персональних даних, як орган центральної виконавчої влади, діяльність якого спрямовується через Міністра юстиції. Указом Президента України від 6 квітня 2011 року № 390/2011 затверджено Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних.

Прийняттю вказаного закону та указів Президента України передувала кропітка робота колег міжнародних інституцій Західної Європи.

Прийняття закону є логічним кроком після ратифікації 6 липня 2010 року Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Додаткового протоколу до Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних щодо органів нагляду та транскордонних потоків даних».

Метою Конвенції про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру, яку прийняли держави - члени Ради Європи, є забезпечення на території кожної держави – учасника Конвенції для кожної особи, незалежно від її громадянства або місця проживання, дотримання її прав й основоположних свобод, зокрема її права на недоторканість приватного життя, у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних, що її стосуються. Задля реалізації цієї мети у Європейському Союзі 24 жовтня 1995 року прийнято Директиву «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» [5], а в країнах Європи прийнято відповідні національні закони у сфері захисту персональних даних.

Правову державу, в якій в повній мірі реалізується право на приватне життя, науковці юриспруденції розглядають як ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву. Головне призначення правової держави – максимально повно забезпечити юридичними засобами охорону і захист людини і громадянина. Зв'язаність держави правом є визначальною юридичною засадою забезпечення прав людини і громадянина, функціонування державної влади та її інтересів [6].

Отже, право на приватне життя та його захист є фундаментальною ознакою правової держави. Це явище багатовимірне і включає в себе кілька складових, серед яких територіальна, комунікативна, інформаційна, природна приватність. Ознакою

правової держави є не лише проголошення права на приватне життя, але гарантування державою виконання норми, направленої на захист прав і свобод людини, зокрема захист права на приватне життя. Цей напрямок потребує вдосконалення як в правозастосуванні в національній системі права так і в міжнародній системі права.

---

1. Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена в резолюции 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// zakon. rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015

2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043

3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод зі змінами, внесеними Протоколом N 11 (994_536) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004

4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

5. Директива «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://minjust.gov.ua/0/33802

6. Шемшученко Ю.С. Правова держава // Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / Редкол. Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 5: П-С. – К.: Укр. енциклопедія, 2003.– С.36.

БАБІН Борис Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри адміністративного
та кримінального права
Одеської національної морської академії

ПОРІВНЯЛЬНИЙ МЕТОД АНАЛІЗУ ПРАВОВИХ ФОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРОГРАМНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Актуальність дослідження методології аналізу міжнародного програмного правового регулювання є безперечною, враховуючи незначний рівень дослідження відповідних процесів та явищ. При цьому роботи О.Ю. Іваницького, В.О. Клочкова, Е.В. Третьяка,

К.В. Удовенко присвячені правовому програмному регулюванню, не приділяють спеціальної уваги методологічним питанням та водночас залишають поза увагою аспекти міжнародно-правового програмного регулювання. Історичне, формальне та змістове розмаїття форм міжнародних програмних актів обумовлює потребу в широкому використанні компаративістської методології для їх аналізу. Завданням цього виступу є визначення напрямів та найбільш ефективних механізмів наукового пошуку.

Відповідно до розподілу суб'єктів міжнародного права міжнародні програми можна розподілити на програми, що схвалюються в рамках міждержавних відносин, та програми, що утворюються в рамках діяльності та під егідою міжнародних міждержавних організацій. Така класифікація є первинною, на її підґрунті можливий більш детальний розподіл та аналіз міжнародних програмних правових актів, що ґрунтується на рівнях і процедурах схвалення програмних актів та їх правових особливостях. Міждержавні програми можна розподілити на багатосторонні і двосторонні у свою чергу двосторонні програми мають власні різновиди – міждержавні, міжурядові та міжвідомчі. Програмне регулювання в діяльності міжнародних організацій може бути розподіленим на внутрішнє, спрямоване на забезпечення функціонування апарату організації та її розвиток, і зовнішнє, спрямоване на виконання міжнародною організацією власних функцій. Крім того окремо слід розглядати програми, що схвалюються між державами та міжнародними організаціями.

Програми, ухвалені на міждержавному багатосторонньому рівні, сьогодні стали поширеною формою програмного правового регулювання, як правило, на регіональному рівні. Ці програмні акти, що схвалюються між державами, як правило, розроблюються та реалізуються під егідою міжнародних організацій – СНД та ОДКБ, які стають координаторами відповідної програмної діяльності. Договірна регламентація процесів розроблення та реалізації багатосторонніх міждержавних програм призводить до уніфікації відповідних процесів та водночас ставить питання щодо порівняння програм, схвалених під егідою різних наддержавних структур (СНД, ОДКБ, ЄЕС тощо) а також порівняльного аналізу регламентних актів щодо схвалення та реалізації відповідних програм.

Водночас порівняльне дослідження форм, структури та спрямованості двосторонніх програмних актів, що схвалюються між державами на найвищому рівні (міждержавних програм) є вкрай широкою сферою наукової діяльності. Такий порівняльний аналіз дозволив довести широке розмаїття правових форм міждержавних двосторонніх програм та відсутність загальних міжнародно-правових стандартів їх розроблення та реалізації. Такі програми можуть мати різні форми легітимації, вони ухвалюються державами як окремий документ, затверджуються шляхом підписання допоміжного міждержавного договору або є інкорпорованими до міждержавних угод. Формальне закріплення двосторонніх міждержавних програм зазначеними шляхами дозволяє провести аналогію з формами правового закріплення державних програм, що здійснюється аналогічно.

Поширеною формою міжнародного програмного регулювання є двосторонні міжурядові програми. Особливість міжурядових програм полягає в тому, що вони розроблюються та реалізуються насамперед суб'єктами, що вкрай широко вживають методологію програмного управління та програмно-правового регулювання в національній практиці. Деякі міжурядові програми за процедурою легітимації та внутрішньою структурою є подібними до міждержавних програм. Порівняльний аналіз таких програм дозволяє визначити спільні та відмінні риси як в рамках міжнародного програмування так і в форматі співвідношення міжнародних та національних програмних систем.

Специфіка двосторонніх міжвідомчих програм обумовлена ступенем та формами запровадження програмного регулювання у діяльність конкретних органів влади, що укладають ці програми. Цікавим передбачається порівняльний аналіз міжвідомчих програм, схвалених у різних сферах співробітництва. Так, наприклад, досліджені двосторонні міжвідомчі програми у сфері культури здебільшого є диспозитивними та містять вказівки про заходи, які сторони будуть проводити протягом терміну дії програми. Процедурні норми таких програм, схвалених між різними державами, близькі за формою або навіть тотожні, що свідчить про наявність стандартів для укладання відповідних програм, які водночас мають несталий та не уніфікований характер.

Статутна діяльність ООН та міжнародних організацій системи ООН також передбачає широке використання внутрішнього і зовнішнього програмного регулювання. ВОІВ, ВООЗ, МАГАТЕ, ММО, МОП, ЮНЕСКО й ін. частково запозичили доробок ООН щодо ефективних форм і механізмів програмного правового регулювання міжнародних відносин у рамках власного мандату, процесів внутрішнього розвитку та бюджетних процесів; водночас програмне регулювання в кожній із цих організацій має певну специфіку. Порівняльний аналіз програмного регулювання в міжнародних організаціях системи ООН дозволяє виокремити наступні загальні риси такого програмування, зокрема утворення цілісних програмних механізмів як політико-правових структур, що мають як договірне і резолютивне, так і програмне нормативно-правове забезпечення, використовують виділені кадрові, організаційні та матеріально-фінансові ресурси на засадах програмного менеджменту з метою реалізації мандату міжнародної організації.

Отже, можна зробити висновок про необхідність широкого вжиття компаративістської методології задля дослідження особливостей міжнародного правового програмного регулювання. Відмінність такої методології від порівняльних методів, що вживаються на національному та загальному міжнародному рівнях має стати предметом додаткової наукової дискусії та доктринальних досліджень.

ЮРЧАК Ірина Романівна,
здобувач кафедри теорії та історії держави та права
Львівського державного університету внутрішніх справ

КОРЕСПОНДУЮЧИЙ ОБОВ'ЯЗОК У МІЖНАРОДНОМУ СПІВРОБІТНИЦТВІ ДЕРЖАВ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ ПІДХІД

Пізнання права у теоретико-компартивістському аспекті є об'єктивно необхідним, адже в основі такого порівняння лежать існуючі закономірності розвитку міжнародного співтовариства.

Порівняльне правознавство допомагає встановити, як вирішується та чи інша правова проблема в різних країнах, і, таким чином, сприяє вдосконаленню національного права. Адже порівняльно-правовий аналіз здатний озброїти науковця ідеями та аргументами, які не можна отримати при дослідженні лише національного права.

Варто зазначити, що значення порівняльно-правових досліджень обумовлюється також тим, що вони дозволяють вийти за національні кордони своєї правової системи, здійснити обмін правовою інформацією, науковими ідеями, враховувати як позитивний, так і негативний іноземний юридичний досвід у різних сферах – у науковій, освітянській і практичній.

Необхідно підкреслити, що порівняльне правознавство в Україні також має свою історію. Як зазначає проф. В. Копєйчиков, вперше серед українських вчених почав приділяти порівняльному правознавству серйозну увагу проф. М. Максимейко, який у кінці XIX – на початку XX ст. викладав у Харківському університеті історію слов'янських законодавств. Значимість порівняльного правознавства він вбачав у тому, що воно: тлумачить пам'ятки національного права та викриває справжні причини правових явищ місцевої історії. Вчений стверджував схожість різних правових систем через:

1) загальність їх походження;

2) запозичування, які відбуваються між ними

3) ідентичність умов життя і потреб населення [1, с. 245].

Що ж до висвітлення ідей порівняльного правознавства у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі, то варто зазначити що розглядалось вони у різних аспектах, зокрема:

- у загальнотеоретичних та історичних дослідженнях порівняльного правознавства (О. Бигич, Р. Давид, В. Денисов, В. Забігайло, Л. Константинеску, О. Лисенко, П. Мартиненко, М. Марченко, В. Оксамитний, А. Саїдов, Ю. Тихомиров, К. Цвайгерт);

- у здійсненні порівняльно-правових досліджень у галузевих юридичних науках, а також науках міжнародного і європейського права (І. Кисельов, О. Мережко, В. Молдован, Х. Осакве, Є. Тихонова, В. Шаповал) [2, с. 827].

Отже, за переконанням багатьох вчених, порівняльне правознавство як напрямок сучасної юридичної науки – це ефективний засіб забезпечення вдосконалення національного права.

Варто зазначити, що тенденція виділення сфери правового співробітництва активно розвивається, адже в її рамках спостерігається взаємопроникнення правових теорій та інтенсивний обмін юридичною інформацією.

Наприклад, шляхом дослідження норм права Федеративної Республіки Німеччини та Сполученого Королівства Великої Британії, що регулюють укладання контрактів, можна встановити, що у першій контракт вважається укладеним з моменту отримання акцепту оферентом, а у останній - з моменту відправки підтвердження оферти акцептантом (так звана теорія «поштового ящика»). І навіть піти ще далі – з'ясувати способи підтвердження оферти (листом, телеграмою тощо) і порівняти рішення обох правопорядків. Після цього досліджуються причини виявлених ним відмінностей і, нарешті, розглянувши проблему з різних точок зору (захист інтересів оферента, який залежить від отримання акцепту на свою пропозицію, забезпечення нормального функціонування ділового обороту і т.ін.). Проаналізувавши вищезазначені положення можна здійснити порівняння правових систем та прийти до найбільш оптимального висновку [3].

Що ж до міжнародного співробітництва, то за даними засобів масової інформації варто зауважити, що 22.01.1993 в Мінську (Республіка Білорусь) в рамках країн СНД, з метою забезпечення належного захисту прав і законних інтересів громадян та осіб, що проживають на їхніх територіях, була підписана Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (далі – Конвенція). 10.11.1994 Верховною Радою України ратифіковано цю Конвенцію та 14.07.1995 вона набула чинності для України. Застосовується Конвенція у відносинах України з Республікою Білорусь, Азербайджанською Республікою, Республікою Узбекистан, Російською Федерацією, Республікою Казахстан, Республікою Таджикистан, Республікою Вірменія, Киргизькою Республікою, Республікою Молдова, Грузією та Туркменістаном [4].

Громадяни кожної із держав-учасниць цієї Конвенції (далі – Договірні Сторони), а також особи, що проживають на їхніх територіях, користуються на території всіх інших Договірних Сторін по відношенню до своїх особистих і майнових прав таким самим правовим захистом, як і власні громадяни даної Договірної Сторони. Позитив підписання такої Конвенції криється не тільки у самому змісті Угоди, а й у тому, що при її підписанні відбувається своєрідне порівняння правових систем. Адже для реалізації положень Угоди усі члени-учасниці, а відповідно ї їх громадяни просто зобов'язані бути обізнаними у правових порядках інших держав, оскільки тільки таким чином зможуть захистити своє право на території однієї із держав-учасниць, не порушивши прав іноземних громадян.

Отже, у зв'язку із вищезазначеним варто зазначити, що має місце кореспондуючий обов'язок між усіма членами Конвенції, а саме громадян членів Угоди та відповідно самих держав учасниць. Така співпраця допомагає не тільки здійснити захист прав та законних інтересів держав-учасниць та їх громадян, а й провести певний правовий аналіз щодо вирішення конкретних проблем у певній державі та таким чином виділити позитивний досвід у вирішенні цих проблем.

---

1. Загальна теорія держави і права / за ред. В.В. Копейчикова. – К.: Юрінком Інтер, 1997.

2. Денисов В.Н. Ефективність міжнародного права у правовому механізмі зовнішньополітичної діяльності держав // Антологія української юридичної думки: В 10 т. – Т. 9: Юридична наука незалежної України / Відп. ред. Ю.С. Шемшученко, В.Ф. Погорілко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2005.

3.Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одіссей, 2002.

4. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах № 997/009 від 22.01.1993. Ратифіковано із застереженнями Законом N 240/94-ВР (240/94-ВР) від 10.11.94 [Електронний ресурс] // Сайт «Законодавство» Верховної Ради України. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/240/94-%D0%B2%D1%80

КОВАЛЬЧУК Оксана Олександрівна,
аспірантка кафедри цивільного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ЗАХИСТ ГЕОГРАФІЧНИХ ЗАЗНАЧЕНЬ В АКТАХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Питання правового захисту географічних зазначень має актуальність не лише на національному, а й на міжнародному рівні. Слід зазначити, що у світі напрацьована достатня практика захисту цього об'єкта інтелектуальної власності, яка відповідним чином знайшла своє закріплення в актах міжнародного права. Дане питання у своїх наукових працях розглядали такі вчені як Підопригора О.А., Кодинець А.О., Бошицький Ю.Л., Андрощук Г.О., Капіца Ю.М., Крижна В.М. та інші.

Розглянемо фундаментальні міжнародно-правові договори у сфері охорони географічних зазначень:

Паризька конвенція про охорону промислової власності (1883 р.) [1] Першим багатостороннім правовим актом міжнародного характеру, який встановлював охорону «зазначення походження» була Паризька конвенція. Конвенція включає зазначення походження до системи об'єктів промислової вланості та статтею 10 закріплює негативні наслідки використання виробів, оснащених неправильними зазначеннями про походження продукції.

Основна перевага охорони, що надається Паризькою конвенцією щодо зазначень походження, полягає в розширенні територіального охоплення Паризького союзу [5]. Слід зазначити, що найголовнішим досягненням Паризької конвенції є те, що вона нараховує близько ста учасників (Україна є учасником угоди). А до найбільших недоліків належить відсутність охорони найменування місць походження, відсутність розгляду зазначення походження, які стали родовими.

Мадридська угода стосовно припинення неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень походження товарів (1891 р.) [2] Мета її укладення полягала в усуненні прогалин у засобах охорони, передбачених Паризькою конвенці-

єю. Угода спрямована на припинення не тільки неправдивих, а й тих, що вводять в оману, зазначень походження на товарах.

Нині Мадридська угода нараховує 33 учасники (Україна не є учасником угоди). Таким чином, сфера її застосування – значно вужча, ніж Паризької конвенції. Сильною стороною Мадридської угоди є її положення про обов'язковий арешт будь-якого продукту, що має неправдиве позначення джерела, при ввезенні до будь-якої із договірних держав.

На відміну від Паризької конвенції, приватні особи не можуть вимагати арешту товарів –порушників інакше, як через клопотання до прокуратури або іншого компетентного органу.

Лісабонська угода про охорону найменувань місця походження товарів і їх міжнародної реєстрації (1958 р.) [3] Ця угода має ще обмеженішу сферу дії порівняно з Мадридською угодою, нараховується лише 20 держав-учасниць (Україна не є учасником угоди).

Лісабонська угода законодавчо закріплює дефініцію «найменування місця походження». Угода встановила процедуру міжнародної реєстрації найменувань місця походження товарів та визначила особливий привілейований режим їх охорони відносно до товарних знаків. Його закріплення послужило одним із основних факторів незначної популярності Угоди, що прявилося у невеликій кількості учасників [6, с. 72].

Необхідно звернути увагу на положення статті 6 Угоди, якими проголошено, що зазначення, прийняте до охорони в одній з країн спеціальної Угоди в порядку передбаченому статтею 5, не може розглядатись як родове зазначення до тих пір, поки в країні походження воно користується охороною у якості зазначення походження виробу [7, с. 298].

Отже, Лісабонська угода заповнює прогалини Паризької і Мадридської угод стосовно того, що найменування місця походження не може стати родовим, допоки діє вітчизняна охорона.

Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (1994 р.) [4].

Іншим міжнародно-правовим документом, що містить засади правового регулювання географічних назв є угода ТРІПС СОТ (Світової організації торгівлі). Для характеристики цього засобу індивідуалізації Угода вживає новий термін «географічне зазначення» (geographical indication).

Основний механізм угоди ТРІПС про географічні зазначення полягає в наступному: 1) географічні зазначення охороняються без реєстрації; 2) відносний захист від неправдивих і таких, що вводять в оману, географічні зазначення, в тому числі від такого, що вводить в оману, використання у складі товарних знаків; 3) безумовний захист від неправдивих географічних зазначень для вин, навіть якщо вони не вводять в оману; 4) пропозиція систем міжнародної реєстрації географічних зазначень тільки для вин; 5) механізм вирішення колізій товарний знак / географічне зазначення через надання охорони раніше зареєстрованим товарним знакам від порушення з боку більш пізніх географічних зазначень, а також через надання власнику більш радніших прав можливості блокувати іншу сторону, зважаючи на концепцію «перший за часом – перший за правом» [8, с. 276].

Правові механізми, закладені в вище наведених актах міжнародного права, враховують багатовіковий досвід охорони географічних зазначень, вказують на всі недоліки та переваги правової охорони даного об'єкту інтелектуальної власності. Під впливом міжнародного права була розроблена національна система нормативної регламентації географічних зазначень в Україні.

---

1. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. [Електронний ресурс] // Сайт «Законодавство України». – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_123

2. Мадридська угода стосовно припинення неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень походження товарів від 14 квітня 1891 р. [Електронний ресурс] // Сайт «Законодавство України». – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_b04

3. Лісабонська угода про захист зазначень місць походження виробів та їх міжнародної реєстрації від 31 жовтня 1958 р. [Електронний ресурс] // Сайт «Законодавство України». – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_b11

4. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. [Електронний ресурс] // Сайт «Законодавство України». – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

5. Правове регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності: галузеві аспекти: Монографія / О.П. Орлюк (кер.авт. кол.), О.Д. Святоцький, Т.С. Демченко та ін.; наук. ред. О.П. Орлюк. – К.: НДІ інтелектуальної власності АПрН України, 2006. – 416 с.

6. Кодинець А.О. Право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг: Монографія. – К.: Видавн.-поліграф. центр «Київський ун-т», 2007. – 312 с.

7. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін.; за ред. Ю.М. Капіци. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – 1104 с.
8. Географические указания: прошлое, настоящее и будущее, 2000.

ГРІНЕНКО Олена Олексіївна,
кандидат юридичних наук, науковий співробітник
кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПИТАННЯ НАДНАЦІОНАЛЬНОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Наднаціональність Європейського Союзу останнім часом є все більш очевидною. Особливо це проявилось після набуття чинності Лісабонським договором, коли ЄС фактично отримав правосуб'єктність та більш широкі повноваження в сфері спільної зовнішньої політики та політики безпеки.

Цей прояв отримав, наприклад, у прямій дії в державах-членах законодавчих актів Союзу[1], наявності громадянства та валюти Союзу, у контролі за імплементацією норм європейського права в національне право-країн-членів з боку Комісії та Суду Співтовариств, чого немає в міжнародних організаціях і міжнародному праві взагалі. У обранні населенням представницького органу – Європарламенту і т.п. ознаки, які чітко відрізняють Союз від звичайної міжнародної організації, проте ще не роблять його федерацією[2]. Крім того той рівень економічної інтеграції та централізованого регулювання, який ми бачимо в Союзі, невідомий міжнародним організаціям, він притаманний

[1] Чітко встановлено по відношенню до регламентів Співтовариств (ст. 189 в Римському договорі, ст. 249 в редакції Ніццького договору, а в редакції Лісабонського договору – ст. 288), стосовно інших актів не відображено в установчих договорах, проте існують відповідні рішення Суду ЄС у справі 26/62 Van Gend en Loos [1963], справі 6/64 Costa v. ENEL [1964], справі 265/78 H.Ferweda B. V.[1980] і деякі інші.

[2] Докладний аналіз поглядів на правову природу Європейського союзу та Співтовариств див.: [2, с. 29–34].

державам чи державоподібним утворенням. Також Суд ЄС в справі ECR зазначив, що Договір – «конституційний устав…, суб'єктами якого є не тільки держави-члени, але і їх громадяни» [3, с. 6102] (справа 1/91 ECR [1991]). Тому на нашу думку натепер Європейський Союз вже не є організацією *sui generis*.

Власне громадянство додає Європейському Союзу рис державності. Складність проблеми і в тому, що досвіду введення громадянства в об'єднанні держав, створеному на основі міжнародних економічних організацій не було ніколи. В Європейському Союзі це відбулося вперше. Саме тому при розгляді даного явища відчувається якась незавершеність. Але ця «незавершеність» з іншого боку дає привід казати і про перспективи подальшого розвитку даного інституту в законодавстві Європейського Союзу [4, с. 50].

Свого часу М. Хіршлер зазначив, що між Співтовариствами – попередниками Союзу і міжнародними організаціями є істотні відмінності. Вже при їх створенні Співтовариства передбачалися як особлива форма об'єднання держав, більше тісна, ніж міжнародна організація. З метою показати таку особливість європейського права, Суд Співтовариств заявив: «На відміну від звичайних міжнародних договорів, Договір про заснування ЄЕС (ДЗЄЕС) створив свою власну систему права, яка після набуття чинності Договором стала інтегрованою частиною систем права держав-членів і яку їх суди зобов'язані застосовувати» (справа 6/64 Costa v. ENEL [1964]).

Обрана форма організації Співтовариств / Союзу спрямована на формування державоподібного утворення. Так, якщо діяльність міжнародної організації має просторову, але не територіальну сферу, то у випадку Союзу мова йде також про територіальну сферу дії органів Союзу. У межах території держави-члена Союзу діє не тільки верховна влада цієї держави, але й у тих рамках, у яких держава-член передала частину своєї компетенції, здійснюється влада Союзу. В інституційному механізмі об'єднань функціонують органи, сформовані з посадових осіб, незалежних від законодавчої, виконавчої і судової влади держав-членів. Деякі внутрішньодержавні органи (національні суди) держав-членів можуть безпосередньо звертатися до органів Союзу (Суд Європейського Союзу) без одержання попереднього дозволу в якій-небудь формі з боку національної влади. Органи утворень своїми актами можуть зо-

бов'язувати або вповноважувати органи держав-членів, їх фізичних і юридичних осіб безпосередньо без санкції національної влади. Право Союзу має переважну силу (примат) стосовно внутрішньодержавного права держав-членів [5, с. 330, 354–357]. В установчих договорах ЄС, це прямо не передбачено, проте у рішенні Суду Співтовариств в справі Costa v. ENEL зазначено, що «рецепція в межах кожної з держав-членів положень, які походять від Співтовариств і особливо з умов та духу договорів, має своїм наслідком неможливість для держав-членів надавати пріоритет одностороннім та пізнішим заходам перед правопорядком, схваленим ними на засадах взаємності… Обов'язки, взяті згідно з Договором, що заснував Європейське Співтовариство, не мали б безумовного характеру, якби на них могли впливати пізніші законодавчі акти тих, хто підписав Договір. Перевага права Співтовариства підтверджується ст. 189, яка встановлює, що регламенти Співтовариства повинні мати обов'язкову силу і прямо застосовуватись у кожній державі-члені. Треба зазначити, що дане положення, яке не визнає жодних застережень, не діяло б зовсім, якби держава-член могла в односторонньому порядку анулювати його мету за допомогою права, яке суперечить приписам Співтовариства. З цього випливає, що праву, створеному Договором, через специфічну природу його походження, юридично не можна протиставляти внутрішнє право, яким би воно не було, без того, щоб не втрачало власного характеру як права, виробленого Співтовариством, та без того, щоб не підривалася юридична основа Співтовариства. Передача державами-членами від свого внутрішнього порядку на користь Співтовариства прав та обов'язків, що випливають з Договору, певною мірою обмежує їх суверенні права, внаслідок чого пізніше одностороннє право, не сумісне з цілями Співтовариства, не може отримати пріоритету» [1, с. 106].

Отже, можна впевнено казати про те, що наразі Європейський Союз має всі ознаки наднаціональності та рухається у напрямку створення державоподібного утворення.

---

1. Муравйов В.І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика). – К.: Манускрипт, 1995.

2. Муравйов В.І. Вступ до права Європейського союзу. – К.: ІМВ, 2009. – 257 с.
3. Opinion of 14 December 1991 // European Court Review. – 1991. – No. 10.
4. Калиниченко П.А. О гражданстве Европейского Союза // Московский журнал международного права. – № 3. – 2000. – С. 47–50.
5. Хиршлер М., Циммерман Б. Западноевропейские интеграционные объединения. Право. – М., 1987.

ГЛАДЕНКО Александр Николаевич,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры международного права
и международных отношений
Национального университета
«Одесская юридическая академия»

ЕВРОПЕЙСКАЯ ИНТЕГРАЦИЯ КАК ФАКТОР РАЗВИТИЯ ИДЕИ НАДНАЦИОНАЛЬНОСТИ

Современный этап развития общества и права характеризуется значительными «угрозами» которые сопровождают последнее в ходе его взаимодействия как с правовыми, так и неправовыми регуляторами общественных отношений. Во многом данные обстоятельства вызывают опасения со стороны национальных правовых явлений, вынужденных приспосабливаться под динамично развивающееся внешнее окружение. Наднациональность в данном контексте является одной из самых неоднозначно воспринимаемых идей. Во многом это обусловлено относительной молодостью данной идеи, что в совокупности с идеей национального суверенитета (которая до сих пор является фундаментом современных международных отношений), и «туманным» будущим, связанным с развитием наднациональности, вынуждает воспринимать эту идею как нечто революционное, могущее погубить веками выстраивающуюся систему межгосударственных отношений.

Разработкой этой темы занимались такие зарубежные ученые, как: Ипсен Х., К. фон Линдайнер-Вильдау, Лоренц Н., Кунц Дж., Хей П., Хасфорд Г. и др. На постсоветском пространстве исследованием данной темы занимались: Авилов А.В., Ар-

батова Н.К., Барановский В.Г., Борко Ю.А., Буторина О.В., Гаджиев К.С., Данилов Д.А., Журкин В.В., Кавешников Н.Ю., Максимов М.М., Мещерякова О.М., Сиджански Д., Стрежнева М.В., Тихомиров Ю.А., Шишков Ю.В., Шемятенков В.Г. и др.

Целью данной работы является установление влияния интеграционных правовых процессов в Европе на развитие идеи наднациональности.

Безусловно, считать идею наднациональности исключительно и только европейской будет неправильно, однако, объективно, именно благодаря усиленному развитию интеграционных процессов в Западной Европе после окончания Второй мировой войны, данная идея стала воплощаться в жизнь. Корни наднациональности, возможно, заложены еще мыслителями античности, такими, как, Аристотель, Платон, а позднее учеными периода Возрождения и Просвещения – Ж.Ж. Руссо, Вольтер, В. Гюго и др.

Наднациональность, как особая форма межгосударственного сотрудничества идеологически, кажется, противостоит идеи безусловного государственного суверенитета. Однако, по нашему мнению, ее следует рассматривать более глубоко, в результате чего, наднациональность представляется возможной лишь в результате одного из способов реализации государственного суверенитета. Ведь главным принципом участия в наднациональном объединении, а заодно и залогом его эффективности, является добровольное согласие каждого участника на самоограничения в угоду достижения общеполезных целей.

В результате наблюдения за историей интеграции в рамках Европейского Союза (далее – ЕС), можно сделать выводы относительно изначально заложенной в фундамент будущего союза эволюционной идеи. Подтверждением чего являются основные вехи развития Европейских Сообществ, а затем Союза. Примечательно, что данное объединение развилось из узкоспециализованного межгосударственного союза шести европейских государств, предметом которого была совместная деятельность по добыче, транспортировке и реализации угля и стали. В настоящее время ЕС насчитывает 27 членов, число которых в ближайшее время увеличится снова и реализует деятельность практически во всех присущих государству сферах. Таким образом, несмотря на большое количество кризисных периодов в

истории ЕС, судя по его примеру можно полагать, что постепенность интеграции является безусловным условием ее успешности и «долголетия».

Потенциальные участники существующего наднационального объединения, будучи чаще всего его географическими соседями, имея возможность наблюдать рост и становление данного объединения, могут всесторонне подойти к взвешиванию преимуществ и обременений членства в нем. При этом, потенциальные участники прагматично оценивают мысль о добровольном ограничении своего суверенитета ради получения неких бонусов, что обуславливает большую интеграционную привлекательность такого типа объединений, удачным примером чего является ЕС.

В результате расширения наднационального объединения, в него начинают вливаться правовые системы, которые значительно отличаются от систем-учредителей такого сообщества. В случае с ЕС, шесть государств-учредителей первого Сообщества – Европейского объединения угля и стали, являются представителями романо-германского права. Однако, позже, в ЕС вошли Великобритания, Дания, Ирландия, Швеция, затем страны Центральной и Восточной Европы. Таким образом, сформировавшись на основе взаимодействия международного, романо-германского, прецедентного права, современная правовая система ЕС является уникальным примером симбиоза правовых систем.

В результате проведенной работы представляется возможным сформулировать следующие выводы: 1) наднациональность как форма межгосударственного сотрудничества в Западной Европы стала возможной объективно лишь после окончания Второй мировой войны в условиях общего сложного внешнеполитического и социально-экономического положения государств; 2) идея наднациональности строится на добровольности самостоятельного ограничения суверенитета участниками потенциального наднационального объединения; 3) залогом успешности реализации наднационального объединения и его перспективности является постепенная реализация начиная с узких сфер сотрудничества с постепенным расширением его на все новые и новые сферы; 4) наднациональные объединения обладают значительной интеграционной привлекательностью для потенциальных участников, что стимулирует их правовое сближение,

нацеленное на перспективное вхождение в такое объединение; 5) наднациональное право представляет собой некий гибрид входящих в него правовых систем, таким образом, оно с одной стороны, гармонизирует входящие в него правовые системы, с другой стороны, порождает нечто новое – наднациональную правовую систему, которая никак не является «суммой» всех входящих в нее правовых систем.

СМИРНОВА Ксенія Володимирівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПІДХОДИ ДО СИСТЕМАТИЗАЦІЇ В ЗАКОНОДАВЧІЙ ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Новий правовий порядок Євросоюзу відрізняється як від міжнародного, так і від внутрішнього правопорядку держав. Особливий «автономний» правопорядок Євросоюзу має власну систему правових актів для регулювання суспільних відносин на виконання цілей та завдань установчих договорів європейських інтеграційних організацій. Право Євросоюзу, базуючись на принципах примату (верховенства) та прямої дії, повинно забезпечувати процеси інтеграції відповідними нормативними актами. Така законодавча практика повинна, з одного боку, забезпечувати однорідність застосування норм права Євросоюзу, а з другого боку повинна враховувати національні відмінності законодавств держав-членів.

Інструментами законодавчої практики Євросоюзу слугують форми фіксації норм права, що виступають визначальним чинником розвитку європейського інтеграційного об'єднання та мають характерні особливості, акумулюючи в собі елементи джерел міжнародного та внутрішнього права. Такі форми фіксації (джерела права), на відміну від внутрішнього права дер-

жав-членів, не складають сталої системи, здатної, з одного боку, об'єднати всі джерела в єдине ціле, а з іншого боку – встановити критерій для їх розподілу на відносно самостійні компоненти.

Для права Європейського Союзу властивий постійний розвиток. Систематизація законодавчої практики – це постійна форма впорядкування правової системи. Створення внутрішньо єдиної системи актів є необхідною умовою ефективності правотворчої діяльності.

Для законодавчої практики Євросоюзу є новими процеси систематизації за зразком аналогічного процеси в національному законодавстві.

Систематизація законодавства являє собою процес приведення нормативних актів в єдину впорядковану систему. Зазвичай в теорії права розрізняють чотири форми правової діяльності: облік нормативних актів, інкорпорація, консолідація та кодифікація [1].

Всі ці процеси, властиві національному законодавстві, за останнє десятиріччя мають своє віддзеркалення й в праві Євросоюзу, хоча самі інститути об'єднання не визначають та не деталізують офіційно дані форми. Для аналізу систематизації актів в Європейському Союзі та з'ясування домінуючої ролі однієї з форм такої систематизації слід дослідити великий масив нормативних актів, виданих інститутами Європейського Союзу.

Облік нормативних актів є такою формою систематизації, за якої видані нормативно-правові акти фіксуються в письмовому або автоматизованому порядку. Облік нормативно-правового матеріалу в Європейському Союзі має своє відображення в сучасній розгалуженій мережі електронного віддаленого доступу до системи EUR-lex [2].

Інкорпорація є такою формою систематизації, за якою нормативні акти визначеного рівня об'єднуються повністю або частково в різного роду збірники у визначеному порядку, наприклад, в хронологічному, алфавітному або системно-предметному. Для Європейського Союзу характерним є послідовність та вибірковість інкорпорації. Інкорпорації підлягають в основному акти щодо співробітництва в сфері простору свободи, безпеки і юстиції. Яскравим прикладом системно-предметної інкорпорації є публікація в 2000 році Шенгенського acquis [3], що

систематизувала норми, що регулюють вільне пересування в межах Євросоюзу, механізми судового співробітництва та механізми забезпечення безпеки зовнішніх кордонів Євросоюзу. При аналізі законодавства Європейського Союзу можна прийти до висновку, що процеси консолідації відбуваються на двох рівнях: на рівні первинного права та на рівні вторинного права Євросоюзу.

На кожному історичному етапі еволюції правопорядку Євросоюзу, що характеризується підписанням договорів, які вносять зміни до установчих документів, відбувається консолідація норм. Підтвердженням цього факту є прийняття та вступ в силу Лісабонського договору, консолідована версія якого увібрала надбання всього кола установчих документів [4]. На рівні вторинного законодавства можна спостерігати тенденцію до зростання процесу консолідації директив та регламентів. Особливістю такого рівня консолідації є неофіційний її характер. Такі процеси властиві зокрема бюджетному, митному, транспортному, антимонопольному праву Євросоюзу. Наприклад, в сфері фінансового права Євросоюзу Регламент Комісії № 2342/2002 щодо імплементації Фінансового Регламенту 1605/2002, який застосовується до загальних питань формування бюджету Євросоюзу був консолідований в 2009 р. Прикладом консолідації директив є Директива Ради № 91/440 щодо розвитку залізниць Євросоюзу, до якої вносилися зміни в 2001–2007 рр. Консолідована версія даної Директиви була видана в 2010 р. Ще одним прикладом консолідації директив є Директива Ради № 2006/112 щодо єдиної системи податку на додану вартість, яка була консолідована на початку 2011 р.

Ще однією формою систематизації в законодавчій практиці Євросоюзу є кодифікація, за рахунок якої за останні роки найчастіше почали з'являтися регламенти – кодекси. Особливістю цієї форми систематизації є офіційний її характер. Наприклад, Митний Кодекс у формі Регламенту № 450/2008 [5] після його неофіційної консолідації, був кодифікований у новий модернізований регламент. Яскравими прикладами процесу кодифікації є прийняття Візового Кодексу [6], Шенгенського Кодексу про кордони тощо.

Варто відзначити, що в праві Євросоюзу намічається тенденція до скорочення кількості нормативно-правових актів, що дося-

гається зокрема через запровадження різних форм систематизації. У зв'язку з цим, варто відзначити, що систематизація законодавства як постійна форма розвитку й впорядкування діючої правової системи притаманна не тільки на рівні національного законодавства, але й властива правовій системі Європейського Союзу.

---

1. Проблемы общей теории права и государства: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2002. – 832 с.

2. Сайт «EUR-lex» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do?ihmlang=en

3. The Schengen acquis // Official Journal. – 22.09.2000. – P. 1–473.

4. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal. – 2010. – C 83/13. – P. 1–403.

5. Regulation (EC) № 450/2008° of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code) // Official Journal. – 2008. – L 145. – P. 2 – 49.

6. Regulation (EC) № 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code) // Official Journal. – 2009. – L 243. – P. 1 – 58.

СВЯТУН Олена Володимирівна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВИЙ СТАТУС ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Активна участь громадян Європейського Союзу в політичному житті ЄС є новелою в міжнародному праві, оскільки до цього часу жодне інше інтеграційне об'єднання не надавало подібних прав населенню держав-членів, і жодний міжнародний орган або інститут не обирався шляхом прямого волевиявлення народу. Визначення правового статусу європейських політичних партій має надзвичайну актуальність для України зважаючи на те, що наша неодноразово наголошувала на своєму євроінтеграційному курсі.

Слід зазначити, що у вітчизняній правовій науці цій тематиці приділяється досить мало уваги. Більшість наукових розробок в цій сфері проведено закордонними науковцями. Зокрема, це Аврамов С., Бенонисен І., Дюверже М., Зіновьев А., Шувакич У., Шифер Ж., Сувакович Р., Хард Л. И та ін.

Європейська політична партія (офіційна назва – політична партія на європейському рівні, неофіційна – європартія) є типом політичної партійної організації, яка здійснює свою транснаціональну діяльність в Європі та інститутах Євросоюзу.

Роль європартій вперше була визнана Маастрихтським договором 1992 р., коли до Договору про заснування ЄС була включена ст. 191 Договору, яка передбачала, що політичні партії на європейському рівні є важливим фактором інтеграції в рамках Союзу.

Лісабонський договір 2007 р. закріпив, що політичні партії на європейському рівні сприяють формуванню європейської політичної свідомості та вираженню волі громадян Союзу (п. 4 ст. 10 Договору про ЄС). Згідно зі ст. 224 Договору про функціонування ЄС Європейський парламент (ЄП) та Рада за допомогою регламентів встановлюють статус політичних партій на європейському рівні, і зокрема, правила стосовно їх фінансування [1].

У 2003 р. ЄП та Рада прийняли Регламент 2004/2003 про статус та фінансування політичних партій на європейському рівні. – далі Регламент. Тут було закріплено визначення «політичної партії на європейському рівні». Нею є політична партія або союз політичних партій, які переслідують політичні цілі і є визнаними або заснованими відповідно до правопорядку щонайменше однієї держави-члена. У Регламенті також передбачено, що фінансування не повинно прямо чи опосередковано йти на утримання національних партій [2].

До цього Регламенту були внесені істотні доповнення Рішенням Бюро ЄП від 29 березня 2004 р. та Регламентом 1524/2007 ЄП та Ради від 18 грудня 2007 р. Ці доповнення ускладнили процедури фінансування, а також запровадили поняття «політичні фонди на європейському рівні». Це означає, що європартії можуть засновувати та фінансувати повністю відокремлені афілійовані експертні групи (єврофонди), які повинні надавати їм сприяння. Переглянутий Регламент надає єв-

ропартіям виключне право брати участь у виборах до ЄП та використовувати з цією метою виділений їм бюджет [3].

Таким чином, для того, щоб партія отримала право називатися «політичною партією європейського рівня», вона повинна відповідати наступним вимогам (і цим вона відрізняється від національних партій):

- володіти правосуб'єктністю в державі-члені, де вона має своє місцезнаходження;

- щонайменше в чверті держав-членів бути представлена членами ЄП або в національних чи регіональних парламентах, або в регіональних асамблеях, або щонайменше в чверті держав-членів отримати свою підтримку не менше 3% голосів, поданих в кожній з цих держав-членів на останніх виборах в ЄП;

- дотримуватися, зокрема, в своїй програмі та в своїй діяльності, принципів, на яких ґрунтується ЄС, а саме: принципу свободи, демократії, поваги прав людини та основних свобод, а також принципу правової держави;

- брати участь у виборах до ЄП або виразити намір зробити це (ст. 3 Регламенту) [2].

Європартії зобов'язані: щорічно опубліковувати свої прибутки та витрати, а також свої активи і пасиви; декларувати свої джерела фінансування шляхом укладення списку, із зазначенням донора та пожертв отриманих від нього, за виключенням пожертв, які не перевищують 500 евро [2].

Вони не повинні приймати анонімні пожертви; пожертви, що перевищують 12 тис. євро на рік та від одного донора; пожертви з бюджетів політичних груп ЄП; внески національних політичних партій, що перевищують 40% щорічного бюджету останньої; пожертви від будь-якого підприємства, стосовно якого органи влади прямо або опосередковано можуть здійснювати домінуючий вплив через право власності, фінансової участі або правил, які його регулюють [2].

Європартії повинні отримувати щонайменше 15% бюджету від джерел, які не відносяться до фінансування ЄС, і до 30 вересня кожного року партія повинна подати заявку на отримання фінансування на наступний рік [2].

На 2011 р. в Європейському Союзі діяло 11 офіційно визнаних європартій. Усі вони складаються з національних партій, окремих

членів національних парламентів або членів ЄП. На 2012 р. в ЄС попередньо передбачено фінансування партій в розмірі 15 млн. євро. До цього необхідно додати 9 720 млн. євро, які виділяються в порядку попереднього фінансування на діяльність фондів.

Таким чином, можна зробити висновок, що в ЄС створюються умови для нормального функціонування політичних партій європейського рівня та реалізації своїх політичних завдань. При цьому Євросоюз намагається контролювати їх прибутки та витрати, щоб уникнути зловживання з боку цих партій та пере направлення грошових потоків до національних партій держав-членів.

---

1. Лісабонські консолідовані договори про Європейський союз і функціонування Європейського союзу. – К., 2010. – 231 с.

2. Регламент № 2004/2003 Европейского парламента и Совета от 4 ноября 2003 г. о статусе и финансировании политических партий на европейском уровне [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/instit_organs/parties.htm

3. Regulation No 1524/2007 of the European Parliament and the Council of 18 December 2007 amending Regulation (EC) No 2004/2003 on the regulations governing political parties at European level and the rules regarding their funding. // Official Journal. – L 345. – 27.12.2007. – P. 5 – 8.

ЦУВІНА Тетяна Андріївна,
аспірантка кафедри цивільного процесу
Національного університету
«Юридична академія імені Ярослава Мудрого»

РОЗУМНИЙ СТРОК СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЯК ОБ'ЄКТ СУДОВОГО ЗАХИСТУ

Розумний строк судового розгляду є одним із елементів права на суд, закріпленого у п.1 ст.6 Європейської конвенції прав людини та основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ). При чому, як свідчать статистичні дані, 26% від усієї кількості справ, що розглядаються Європейським судом з прав людини (надалі - ЄСПЛ) стосуються порушення саме цього елемента права на суд [1, с. 8]. З огляду на це сьогодні на перший план поряд із питаннями, пов'язаними із дотриманням судами розумних строків, виходить проблема запровадження ефективних засобів захисту

порушеного права на справедливий судовий розгляд впродовж розумного строку в національних правопорядках.

Розробкою зазначеної проблеми займалися такі вчені, як Галік А., Прокопенко О., Сакара Н., Узелак А., Фабрі М., Шевчук С. та ін., поряд з цим актуальним на сьогодні залишається компаративістське дослідження досвіду інших держав з огляду на перспективи впровадження цього інституту в законодавство України.

Підґрунтям для запровадження національних засобів захисту права на розумний строк судового розгляду стала практика ЄСПЛ, яка заснована на тому, що на національному рівні має бути запроваджено засоби захисту права на розумний строк судового розгляду, які б відповідали стандарту «ефективності» відповідно до вимог ст. 13 ЄКПЛ, вони повинні бути ефективним і в законі, і на практиці [2]. При цьому слід зазначити, що ст. 13 ЄКПЛ передбачає альтернативу: засіб є ефективним або якщо він може бути використаний для прискорення рішення суду, що розглядає справу, або якщо він надає учаснику процесу адекватну компенсацію за затримку, що вже відбулася [3].

Засоби захисту права на справедливий судовий розгляд впродовж розумного строку існують у законодавстві Італії, Польщі, Словенії, Хорватії, Російської Федерації. Аналіз відповідних законодавств дозволяє в залежності від мети виділити дві групи таких заходів, а саме: превентивні та компенсаційні. Сутність перших полягає у впливі на перебіг процесу за допомогою спеціального клопотання про призначення граничного терміну розгляду справи головою суду або вищестоящим судом і застосовується з метою попередження порушення розумності строків судового розгляду, коли провадження у справі ще триває (Польща, Хорватія). Друга група полягає у відшкодуванні шкоди за вже порушений строк судового розгляду шляхом подання скарги або позову як правило до вищестоящого суду протягом провадження по справі або після його закінчення (Італія, Польща, Російська Федерація). У деяких державах об'єктом судового захисту стає не тільки тривалість судового провадження у справі, але і розумний строк виконання рішень суду (Польща, Російська Федерація). Поряд з цим, законодавства більшості держав передбачають обидва види засобів правового захисту, що визнається більш ефективним в порівнянні із застосуванням їх окремо.

Як видно, практика впровадження регламентації правових засобів захисту права на справедливий судовий розгляд впродовж розумного строку у національних правопорядках є різною. На наш погляд, акцент в цьому контексті має бути перенесений із компенсаційних заходів на превентивні заходи із пришвидшення розгляду справи, які слід розглядати у контексті більш широкої проблематики концепції суддівського керівництва часом судового розгляду (time management), розробкою якої займається створена Комітетом міністрів Ради Європи Європейська комісія з ефективності правосуддя (надалі – CEPEJ).

При цьому концепція керування часом повинна виступати як загальна модель забезпечення розумних строків, складовими якої є:

- встановлення оптимальних строків судового розгляду;
- запровадження ефективних механізмів впливу на дотримання строків судового розгляду (введення ефективних компенсаційних та превентивних засобів правового захисту порушеного права на розгляд справи у розумний строк; створення процедури пришвидшення розгляду справи у випадках судових затримок; сприяння утвердженню позиції лідерства щодо дотримання строків судового розгляду серед суддів);
- моніторинг та поширення даних щодо ефективності керування часом, використання процесуальних засобів керування часом (застосування судових процедур у відповідності зі складністю справи; активна роль судді у керуванні часом; вироблення чіткої позиції щодо мінімізації відкладень розгляду справи; організація попередніх зустрічей між сторонами; впровадження розкладів подання доказів; використання гнучкої системи призначення справ до розгляду за активної участі сторін; використання стандартизованих та стислих форматів для судових рішень у нескладних справах; використання аудіо- та відео технологій у суді);
- вжиття заходів щодо керування навантаженням справами [4].

Таким чином, заходи щодо дотримання розумності строків судового розгляду та впровадження ефективних засобів правового захисту права на справедливий судовий розгляд впродовж розумного строку повинні носити комплексний характер. Доцільним на рівні національних практик є запровадження концепції керування часом судового розгляду і, як одного з її основних

елементів, комплексного засобу правового захисту права на справедливий судовий розгляд справи та виконання рішення суду у розумний строк, який би містив превентивний і компенсаційний елемент. При цьому лише така постановка питання дозволить не просто отримувати певну компенсацію особі, право якої порушене, але за допомогою комплексних заходів дозволить вирішити основне завдання – попередження судових затримок при розгляді справ у порядку цивільного судочинства.

---

1. European Court of Human Rights: Statistics on judgments by state. – Strasburg: ECHR, 2011. – 23 p.

2. Kudla v. Poland, 26.10.2000 // Сайт «European Court of Human Rights». Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197 – Дата доступу: 10.03.2012.

3. Mifsud v. France, 11.09.2002 // Сайт «European Court of Human Rights». Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197 – Дата доступу: 10.03.2012.

4. Framework Program «A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe (CEPEJ(2004)19 Rev); Compendium of best practices on time management of judicial proceedings» (CEPEJ(2006)13; Framework Program «A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe (CEPEJ(2004)19 Rev) // Сайт «European Commission of Efficiency of Justice». Режим доступу: http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp - Дата доступу: 10.03.2012.

ФЕДОРОВА Алла Леонідівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ПРИЗНАЧЕННЯ ТА РОЗМІРУ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ) 1950 року є першим міжнародним договором в сфері захисту прав людини, який передбачив ефек-

тивний контрольний механізм захисту прав, закріплених у ньому. Сьогодні, визначені у достатньо загальній формі права, набувають нового змісту завдяки застосуванню Європейським судом з прав людини розширеного, еволюційного тлумачення. Усе більше питань підпадає під регулювання конвенційного механізму та все більше прав, чітко не проголошених Конвенцією та протоколами, розглядається Європейським судом з прав людини, в тому числі, з соціальної сфери. Європейський суд розглядає питання, пов'язані з правом на пенсію, правом на виплати з системи соціального забезпечення, в тому числі, питання призначення та розміру соціальних виплат, неспроможності держав виконувати свої обов'язки стосовно передбачених у законодавстві соціальних виплат.

Питанням ЄКПЛ приділяли увагу, зокрема, такі вітчизняні та зарубіжні фахівці як Буроменський М. В., Бенуа-Ромер Ф., Буткевич В. Г., Гом'єн Д., Денисов В. Н., Джемчевські А., Заблоцька Л. Г., Ентин Л. М., Лутковська В., Карташкін В.А., Лангфорд М., Макдональд А., Мармазов В. Є., О'Бойл К., Палмер Е., Рабинович П. М., Рисдал Р., Харріс Д., Шевчук С. В. та ін.

Проти України, яка є учасницею ЄКПЛ з 1997 року, винесено більше 700 рішень, причому, значна їх кількість пов'язана з намаганням заявників захистити саме права соціальні, що підкреслює актуальність та необхідність дослідження цього питання в Україні.

Розширення сфери застосування ЄКПЛ (в рамках статті 1 Протоколу 1) на право на пенсію та інші соціальні виплати зі сфери соціального забезпечення було встановлено Європейським судом у 70-х роках минулого століття. У рішенні у справі «Міллер проти Австрії» від 16 грудня 1974 р. Суд визначив принцип, згідно з яким, обов'язок сплачувати внески у фонди соціального забезпечення може створити право власності на частку активів, які формуються відповідним чином. Цей принцип було значно розширено у рішенні Великої палати «Стек та інші проти Сполученого Королівства» від 12 квітня 2006р. Якщо за національним законодавством особа має обґрунтоване право на отримання виплат за соціальним забезпеченням, та якщо відповідні умови дотримано, органи влади, на думку Європейського суду, не можуть відмовити у таких виплатах доти, доки виплати передбачено законодавством.

Підтвердження цієї позиції Суду відображено у рішенні проти України від 10 березня 2011 р. у справі «Сук проти України». Заявник звернувся до районного суду з проханням призначити йому виплату допомоги, яка була передбачена відповідним Указом Президента України, та отримав два рішення на свою користь. Апеляційний суд скасував попередні рішення районного суду аргументуючи відсутністю у Державному бюджеті грошей на виплату допомоги зазначеного виду. Верховний Суд України залишив рішення апеляційного суду без змін. Європейський суд встановив, що відсутність коштів не може бути підставою для недотримання своїх зобов'язань, що є порушенням статті 1 Протоколу 1 до Конвенції.

Найбільш відомим рішенням Суду щодо неспроможності України виконувати свої зобов'язання стосовно передбачених у законодавстві соціальних виплат є, безумовно, пілотне рішення «Юрій Миколайович Іванов проти України» від 15 жовтня 2009 р. Тривала затримка виплат або невиплата певних допомог з системи соціального забезпечення, передбачених законодавством, розглядалися також у багатьох інших рішеннях, винесених проти України.

З проблемою виконання рішення Суду у справі Іванова були пов'язані гострі обговорення законопроекту «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» та рішення Конституційного Суду України у рішенні від 26 грудня 2011року [1]. Конституційний Суд України визначаючи, що певні положення деяких Законів можуть застосовуватися у порядку та розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України, виходячи з наявного фінансового ресурсу бюджету Пенсійного фонду, посилався на рішення Європейського суду у справі «К'яртан Асмундссон проти Ісландії» від 12 жовтня 2004 р. Європейський суд дійсно, зазначав, що позбавлення пенсії необхідно відрізняти від недискримінаційного, пропорційного та розумного зменшення розміру пенсії, що, теоретично, надало би можливість по-іншому розглядати справу проти Ісландії, однак, позбавлення заявника спеціальної пенсії у зв'язку з інвалідністю через прийняття нових норм, було визнано порушенням вимог ЄКПЛ.

Важливе значення як у сенсі проблеми скасування та зменшення розміру соціальних виплат, так і в контексті нової

пенсійної реформи в Україні, матимуть висновки Європейського суду у рішенні у справі «Гегіа проти Грузії», в якій розмір пенсії заявника було зменшено згідно з пенсійною реформою. Європейський суд має у найближчому майбутньому дати відповідь, чи є зменшення розміру пенсії порушенням ЄКПЛ. Хоча, Суд неодноразово визначав, що суттєве скорочення цього розміру може вважатися таким, що справляє вплив на сутність цього права.

В цілому, тлумачення Європейським судом положень Конвенції надало можливість багатьом українцям захищати своє право на соціальні виплати, допомоги, пенсії, дотації, передбачені українським законодавством.

---

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 [Електронний ресурс] // Сайт Конституційного Суду України. – Режим доступу: http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=166235 – Дата доступу 29.03.21012.

ЧЕРВЯЦОВА Аліна Олегівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного,
муніципального і міжнародного права
Харківського національного університету
ім. В.Н. Каразіна

КОНЦЕПЦІЯ ПОХІДНИХ ПРАВ ТА ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ЗА СТ. 10 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД (ПРАВО НА СВОБОДУ ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ)

1. 17 липня 1997 року Україна ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод

(далі Конвенція), визнавши загальноєвропейські цінності, що здебільшого знаходять вираження у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі Суд).

Ратифікація Конвенції має юридичними наслідками обов'язок держави забезпечити реалізацію зазначених в ній прав і свобод, визнання за особою права на звернення до Суду по правовий захист, обов'язковість судових рішень, які мають прецедентний характер. Відповідно, для національних органів публічної влади та їхніх посадовців рішення Суду мають слугувати орієнтирами у сфері забезпечення прав людини. У цьому запорука дотримання положень Європейської конвенції.

2. Належне забезпечення прав людини неможливе без аналізу та теоретичного осягнення практики Суду, яка розкриває й деталізує положення Конвенції, наповнює їх конкретним змістом. Актуальній темі дослідження прецедентного права Суду приділяли і приділяють увагу такі вітчизняні й зарубіжні вчені, як: М.В. Буроменський, В.Г. Буткевич, М.Л. Ентін, Ф. Кемпіс (F. Kempees), А.М. Колодій, Г. Летсас (G. Letsas), В.І. Мункян, А.Ю. Олійник, П.М. Рабінович, В.О. Туманов, С. Фарран (S. Ferran), Ж. Хеммер (J. Hemmer), В.М. Шаповал, С. Шевчук, М. Яніс (M. Janis) та ін.

3. Проголошене у статті 10 Конвенції право на свободу вираження поглядів, за визначенням Суду, складає «одну з основних умов прогресивного розвитку суспільства і розвитку кожної окремої особистості» [1, п. 49].

4. У статті 10 Конвенції право на свободу вираження поглядів сформульовано як система взаємопов'язаних прав і свобод, до якої входять: право дотримуватися поглядів і переконань, право вільно отримувати інформацію та право вільно її поширювати.

5. Розкриття змісту конвенційних прав і свобод відбувається в ході розгляду конкретних справ. При цьому Суд здійснює тлумачення положень Конвенції, застосовуючи як загальні, так і спеціальні (вироблені судовою практикою) принципи тлумачення.

6. Тлумачення – є необхідним й важливим етапом реалізації норми права. Крім того, воно здійснює низку додаткових

функцій, зокрема, усуває недоліки, допущені при створенні норм права, допомагає заповнити прогалини [2, с. 15–16].

Відповідно до статті 32 Конвенції питання тлумачення й застосування Конвенції та протоколів до неї належать до компетенції Суду. Функція тлумачення Конвенції має принципове значення, оскільки конвенційні норми діють у тому вигляді, як їх витлумачив Суд [3, с. 89]. Результатом судового тлумачення Конвенції є система правових стандартів, які розкривають зміст прав і свобод людини, а також обов'язків держави щодо їх забезпечення.

7. Загальними засобами тлумачення Конвенції, які широко використовуються Судом, є логічний, мовний, систематичний, історичний та інші. Статті 31-33 Віденської конвенції встановлюють правила тлумачення міжнародно-правових актів, які мають бути дотримані, у тому числі, й при тлумачення Конвенції. Зокрема, договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору.

8. Серед принципів і правил тлумачення Конвенції, вироблених Судом, слід назвати: принцип європейського публічного порядку; принцип тлумачення Конвенції, виходячи з її об'єкта і мети; принцип еволюційної інтерпретації; принцип ефективного тлумачення, принцип автономного тлумачення та інші [4, с. 21–33; 5, с. 83–100].

Зазначимо, що рішення, які заклали принципи тлумачення Конвенції, були прийняті Судом у 70-х роках минулого століття. У цей час особа ще не отримала права безпосереднього звернення до Суду і кількість справ, яка потрапляла на його розгляд, була незначною; Віденська конвенція про право міжнародних договорів ще не набула чинності, однак це не завадило Суду створити систему відправних принципів тлумачення Конвенції.

9. У справі *«Golder v. UK»* Суд, виходячи з *принципу об'єкта і мети* Конвенції, сформулював *теорію прав, які маються на увазі* (або теорію похідних прав). Схема аргументації, яку використав Суд була приблизно такою: 1) тлумачення Конвенції має виходити з її об'єкта та мети; 2) метою Конвенції є

принцип забезпечення верховенства права; 3) забезпечення принципу верховенства права неможливо без визнання права на доступ до суду; 4) це право є невід'ємним елементом статті 6 Конвенції, попри те, що не передбачено в ній безпосередньо; 5) Конвенція захищає право на доступ до суду [6].

Підходи до тлумачення Конвенції, закладені у справі *«Golder v. UK*, мали принципового значення для подальшого розвитку судової практики, оскільки дозволили Суду виявляти у Конвенції права, похідні від тих, що прямо закріплені в її тексті (так звані *права, які маються на увазі*). Таким чином, Суд отримав можливість конкретизувати й деталізувати конвенційні права, виводити з положень Конвенції «додаткові» права і свободи.

10. Теорія прав, які маються на увазі, неодноразово застосовувалася Судом при вирішенні справ за статтею 10 Конвенції, що дозволило йому прочитати у статті 10 похідні права, які є гарантіями і, одночасно, продовженням «конвенційних» прав.

Таким чином, до «похідних» прав, які були сформульовані Судом в ході розгляду справ по статті 10 Конвенції, належать: право на оціночне судження (*Lingens v. Austria*) [7]; право на перебільшення і провокацію (*«Prager and Oberschlick v. Austria«*) [8]; право на збереження конфіденційності джерел журналістської інформації (*«Goodwin v. the UK»*) [9]; право використовувати засоби масової інформації (*«Groppera Radio AG v. Switzerland»*) [10]; право поширювати інформацію, яка має суспільне значення (*«Fressoz and Roire v. France»*) [11]; право поширювати відомості, які формально є таємницею, що охороняється законом, але які вже були розголошені (*«Weber v. Switzerland»*) [12], тощо.

---

1. Handyside v. the UK (Application no. 5493/72), Judgment 7.12.1976. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=handyside&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

2. Лукашук И.И., Лукашук О.И. Толкование норм международного права. – М.: БЕК, 2002. – 340 с.

3. Туманов В.А. Европейский суд по правам человека: очерк организации и деятельности. – М., 2001. – 304 с.

4. Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. – К.: Вид-во «Реферат», 2002. – 344 с.

5. Мункян В.И. Европейский Суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии: Науч.-практ. пособие. – К.: Истина, 2007. – 368 с.

6. Golder v. UK, (Application no. 4451/70), Judgment 21.02.1975. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=golder&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

7. Lingens v. Austria, (Application no. 9815/82), Judgment 8.07.1986. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=lingens&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

8. Prager and Oberschlick v. Austria, (Application no. 15974/90), Judgment 26.04.1995. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item= 1&portal=hbkm&action=html&highlight= prager&sessionid= 90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

9. Goodwin v. the UK, (Application no. 17488/90), Judgment 27.03.1996. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/ view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=goodwin&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

10. Groppera Radio AG v. Switzerland, (Application no. 10890/84), Judgment 28.03.1990. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=groppera&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

11. Fressoz and Roire v. France, (Application no. 29183/95), Judgment 7.12.1995. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=fressoz&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

12. Weber v. Switzerland, (Application no. 11034/84), Judgment 22.05.1990. [Електронний ресурс] // Сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/ view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=weber&sessionid=90581128&skin=hudoc-en – Дата доступу 15.03.2012.

КРИВОЛАПОВ Богдан Михайлович,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ АДАПТАЦІЇ БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

1. Актуальність теми дослідження обумовлена євроінтеграційними прагненнями України. Вже той факт, що планується підписання угоди про асоціацію між Україною та ЄС свідчить про те, наскільки важливим зараз і в майбутньому буде процес удосконалення вітчизняного банківського законодавства. Метою цієї доповіді є порівняльним аналіз стандартів ЄС у сфері банківського регулювання та відповідного національного законодавства в цій галузі.

2. В ході написання тез до цієї доповіді були використані роботи таких вітчизняних та зарубіжних авторів як П.Д. Біленчук, О.О. Вишневський, О.Г. Диннік, Н.Ю. Єрпилева, О.А. Костюченко, І.О. Лютий, О.В. Скороход, О.А. Мірошниченко, М.В. Сенаторова, О.В. Сенаторов Є.Л. Прокопенко, В.Ф. Хоровський, Дж. Уокер.

3. При порівнянні визначення кредитних установ у банківському праві ЄС та України, звертає на себе увагу не зовсім зрозуміле визначення «кредитної установи» в українському праві. Згідно Директиви 2006/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради про започаткування та здійснення діяльності кредитних установ від 14 червня 2006 р. (далі – Директива 48) під кредитним інститутом розуміється компанія, діяльність якої полягає в отриманні депозитів або інших коштів, які підлягають сплаті, від населення та надання кредитів за свій власний рахунок; або установи-емітенти електронних грошей [1]. На думку О.О. Вишневського, це класичне визначення банку для країн континентальної Європи [2, с. 28]. В Законі України «Про банки і банківську діяльність» № 2121-III від 07.12.2000 р. (далі – ЗУББД) є

визначення банку, яке відповідає концепції кредитних інститутів в праві ЄС [3]. Але слід зазначити, що в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III (далі - ЗУПФП) передбачено визначення «кредитної установи», яке нічим не відрізняється від концепції кредитного інституту згідно Директиви 48 та визначенню банків в ЗУББД [4].

2. Порівнюючи положення Директиви 48 і норми зазначених двох українських законів, хотілось би зазначити, що більшість вимог Директиви 48 щодо банківських операцій відображені у фінансовому законодавстві Україні. Однак деякі прогалини ще є. Досі незрозуміла ситуація зі страхуванням валютних ризиків (ф'ючерсні, форвардні операції, опціони). Ці операції не сформульовані ні як банківські операції ні як фінансові послуги. Ситуація ще ускладнена тим, що з статті 47 ЗУББД, яка передбачає банківські операції, прибрали таку операцію як «валютні операції» [3]. Немає положень про страхування валютних ризиків і в ЗУПФП [4]. Не відображена достатньо в українському законодавстві така операція як грошовий брокінг, що передбачена в п. 10 Додатка 1 до Директиви 48 [1].

3. Єдиний підхід щодо ліцензування банківської діяльності в країнах ЄС – це перший крок до гармонізації всього банківського права країн ЄС [5, с. 111]. При порівнянні основних проложений Директиви 48 і норм українського законодавства щодо ліцензування банківської діяльності звертає на себе увагу більш формалізований підхід в українському законодавстві ніж в праві ЄС. Ще одна проблема, на яку треба звернути увагу, це те, що мінімальний статутний капітал кредитної установи на основі Директиви 48 складає 5 мільйонів євро [1]. В ст. 31 ЗУБДД мінімальний статутний фонд банку становить 120 млн. гривень [2]. З одного боку такий великий статутний капітал дозволяє надавати банківські послуги тільки сильним банкам з вагомим фінансовим потенціалом. З іншого боку, це обмежить більш дрібні банки від участі у фінансовому житті країни і може привести до зайвої монополізації та концентрації.

4. На сьогоднішній день в європейському банківському праві механізм гарантування вкладів передбачений Директивою 94/19/ЄС «Щодо схем гарантування депозитів» від 30 травня

1994 р., яка зараз діє в редакції Директиви ЄС 2009/14/ЕС від 11.03. 2009 р. (далі - Директива про гарантування вкладів) [6]. В Українському законодавстві питанню гарантування вкладів фізичних осіб присвячений Закон «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20 вересня 2001 р. № 2740-III (далі – ЗУГВФО).

На нашу думку, ЗУГВФО був створений з урахуванням положень вищеназваної Директиви, але, деякі відмінності все ж таки існують:

- ЗУГВФО не гарантує захист вкладних рахунків підприємців. В Директиві про гарантування вкладів таких обмежень не передбачено.

- На підставі Директиви про гарантування вкладів депозити кожного вкладника покриваються сумою до 100 тис. євро, а в ЗУГВФО така межа становить 150 000 грн. Як ми бачимо, суми тут суттєво відрізняються.

- В Директиві про гарантування вкладів термін проведення виплати становить 20 днів, з можливістю продовження до десять днів. Згідно ЗУГВФО термін проведення виплати 3 місяця з дня настання недоступності вкладів.

Враховуючи все вищеназване можна зробити такі висновки та пропозиції:

По-перше, в українському законодавстві потребує доопрацювання термін «кредитна установа». В ЗУПФП цей термін сформульовано так, що незрозуміло чим вона відрізняється від банків.

По-друге, в українському законодавстві серед переліку фінансових і банківських послуг відсутні такі способи страхування валютних ризиків як форвардні операції, ф'ючерсні операції, валютні свопи та опціони. Оскільки ці операції, як правило, проводяться на міжбанківському ринку, то слід їх внести в перелік банківських операцій, які передбачені в ст. 47 ЗУББД.

По-третє, в українському законодавстві чітко не відображена така операція, як грошовий брокінг. Вважаємо, що слід передбачити таку операцію як фінансову послугу шляхом внесення змін до ст. 4 ЗУПФП.

По-четверте, в українському законодавстві більш формалізований підхід стосовно процедури отримання банківсь-

кої ліцензії, ніж підхід, що передбачений в Директиві 48. Процедура отримання банківської ліцензії, по суті, двоступенева. Вважається необхідним, ввести процедуру отримання банківської ліцензії в один етап і таким чином, спростити цю процедуру.

По-п'яте, в законодавстві України передбачений занадто великий мінімальний статутний фонд банку. Це обмежує більш дрібні банки від участі у фінансовому житті країни і може привести до зайвої монополізації та концентрації.

По-шосте, на підставі порівняльного аналізу ЗУГВФО та механізмів гарантування вкладів в ЄС пропонується внести наступні зміни в українське законодавство:

- передбачити механізм гарантування вкладів для суб'єктів підприємницької діяльності та скасувати відповідну заборону в статті 1 ЗУГВФО;

- збільшити межу покриття депозитів для кожного вкладника і відповідним чином змінити ч. 1 ст. 3 ЗУГВФО.

---

1. Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (recast) // Official Journal of the European Union Law. – № 177. – 30.06.2006. – P. 57.

2. Вишневский А.А. Банковское право Европейского Союза: Учебное пособие. – М.: Статут, 2000. – 388 с.

3. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

4. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. № 2664-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

5. Мірошниченко О.А., Сенаторов М.В., Сенаторова О.В. Банківське право в Україні та в Європейському Союзі: порівняльно–правове дослідження. - К.: Центр учбової літ-ри, 2007. - 344 с.

6. Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes // Official Journal of the European Communities. - № 135. - 31.05.1994. - P. 7.

7. Закон України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20.09.2001 р. № 2740-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 5. – Ст. 30.

ШОМПОЛ Олена Анатоліївна,
асистент кафедри екологічного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНО НЕБЕЗПЕЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄС

Правове регулювання екологічно небезпечної діяльності (далі – ЕНД) є одним з важливих пріоритетів екологічної політики як України, так і ЄС в частині забезпечення екологічної безпеки та обмеження негативного впливу на навколишнє середовище та здоров'я людини [1; 4].

В науковій літературі питання ЕНД розглядається з різних аспектів: як елемент правового механізму забезпечення екологічної безпеки; через призму регулювання екологічного ризику; за змістом, об'єктами, суб'єктним складом, предметом діяльності та за інтересами; за швидкістю прояву негативних наслідків; за ступенем дослідженості. Проблеми правового забезпечення екологічної безпеки, в тому числі, регулювання ЕНД були предметом досліджень вітчизняних (В.І. Андрейцев [2], Г.І. Балюк, Л.О. Бондар, М.В. Краснова, Н.Р. Малишева, О.О. Погрібний, М.О. Фролов, Ю.С. Шемшученко [3]) та іноземних науковців (Герд Вінтер, Людвіг Кремер, Г.П. Серов).

На рівні правового регулювання спостерігається відсутність єдиного підходу до визначення поняття ЕНД. Проте, в екологічному законодавстві України та ЄС закріплено цілу низку правових процедур, вимог, правових моделей щодо регулювання та здійснення ЕНД, які грунтуються в основному на поводженні із різними джерелами, носіями та об'єктами небезпеки. Це обумовлює необхідність наукових досліджень даного напрямку, зокрема, щодо вдосконалення законодавства України про екологічну безпеку в процесі його адаптації до законодавства ЄС.

На національному рівні вимоги щодо здійснення ЕНД містяться в багаточисельних законодавчих та нормативно-правових актах різних за юридичною силою, які часто мають різне галузеве спрямування. Одним з базових законодавчих актів, яким визначені основні принципи та пріоритети забезпечення екологічної без-

пеки та регулювання ЕНД є Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. (з наступними змінами і доповненнями). Серед основних принципів законом закріплено: пріоритетність вимог екологічної безпеки, при здійсненні господарської, управлінської та іншої діяльності; гарантування екологічно безпечного середовища для життя і здоровя людей; обов'язковість екологічної експертизи тощо. Ст.ст. 51–59 даного закону закріплено основні вимоги екологічної безпеки щодо здійснення різних видів діяльності.

Серед важливих національних актів, що встановлюють вимоги до ЕНД є Закон України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18.01.2001 р., відповідно до якого закріплено: процедури ідентифікації, класифікації та державного обліку таких об'єктів; обов'язковість розробки та затвердження декларації безпеки об'єкта, планів локалізації та ліквідації аварій на об'єктах підвищенної небезпеки; вимоги до будівництва таких об'єктів та видічі дозволів на їх експлуатацію. На стадії видачі дозволу на будівництво таких об'єктів передбачено обов'язковість оприлюднення інформації про можливі негативні наслідки та забезпечення участі громадськості у прийнятті рішення про видачу дозволу.

На рівні ЄС сформувалася система правових вимог щодо регулювання ЕНД, що опосередковується у екологічних директивах, рішеннях та регламентах. Серед найбільш важливих актів доцільно зазначити наступні:

1. Директива Ради 85/337/ЄЕС від 27.06.1985 р. (зі змінами, внесеними Директивою 97/11/ЄС від 03.03.1997 р.) щодо оцінки впливу деяких державних і приватних проектів на довкілля та Директива Європейського Парламенту і Ради 2001/42/ЄС від 27.06.2001 р. щодо оцінки впливу деяких планів і програм на довкілля, якими передбачено обов'язковість оцінки впливу на довкілля і на стадії передбачення планування окремих видів діяльносі, і на стадії розробки програм і планів.

2. Директива Європейського парламенту та Ради 2003/35/ЄС від 26.05.2003 р. про участь громадськості у розробці деяких планів та програм, пов'язаних з навколишнім середовищем, і внесення змін до Директив Ради 85/337/ЄЕС та 96/61/ЄС щодо участі громадськості та доступу до правосуддя, метою якої є сприяння виконанню зобов'язань, закріплених Орхуською Конвенцією.

3. Директива Ради 96/82/ЄС від 09.12.1996 р. про попередження великих промислових аварій, пов'язаних із небезпечними речовинами, яка містить обов'язкові вимоги для власників небезпечних підприємств щодо контролю ризиків на підприємствах, попередження великих промислових аварій на них на стадіях: планування, розміщення та будівництва таких об'єктів; на стадії видачі дозволу на будівництво та введення в експлуатацію нових підприємств; на стадії експлуатації, в тому числі існуючих підприємств. Окремо директива закріпила вимоги до розміщення таких об'єктів з метою обмеження негативних наслідків від їх діяльності.

Підсумовуючи наведене вище, можемо констатувати, що в Україні та ЄС сформувалися правові засади регулювання ЕНД. Проте, в сьогоднішніх умовах ціла низка правових процедур щодо регулювання ЕНД у законодавстві України потребують суттєвих змін і доповнень відповідно до правових стандартів ЄС.

---

1. Закон України від 21 грудня 2010 року «Про Основні засади (Стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2818-17. – Дата доступу: 30.03.2012.

2. Андрейцев В.І. Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посіб. – К.: «Знання – Прес», 2002. – 332 с.

3. Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии. – К.: Наукова думка, 1989. – 232 с.

4. Decision № 1600/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July 2002 laying down the Sixth Community Environment Action Programme [Електронний ресурс] // Інтернет-сторінка по праву Європейського Союзу. – Режим доступу: http://eur-lex. europa. eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2002:242:SOM:EN:HTML – Дата доступу: 30.03.2012.

ПАСТУШОК Ганна Ігорівна,
здобувач кафедри загальної теорії
держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

СПІВВІДНОШЕННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ТА КОМУНІТАРНОГО ПРАВА

Зростання ролі міжнародного права, політичних контактів держав сприяє надзвичайній актуалізації визначення сере-

довища конкретного типу права. Становлення міжнародного права сприяє інтенсивній співпраці держав, а отже, і створенню міжнародного правового простору, що дедалі частіше у зв'язку з проявом тенденції глобалізації, стає предметом обговорення (зокрема і у філософсько-правовій, загальнотеоретичній правовій думці) як елемент іншого права, новітньої правової системи.

Особливою підсистемою міжнародного права стає європейське право. Це відносно нове явище. Воно виникло і сформувалося у другій половині XX ст., а тому не може конкурувати як із традиційними галузями права, такими як конституційне або цивільне право, що відомі ще з часів Стародавнього Риму, так із тими, що з'явилися значно пізніше. Європа і весь світ тривалий час розвивалися, не відчуваючи потреби в праві, яке сьогодні називається європейським [1, с. 12] Однак нині потреба у такому праві стає досить актуальною, що обумовлено насамперед інтенсивними інтеграційними процесами на нашому континенті.

У вітчизняній та зарубіжній науці для акцентування уваги на право Європейських співтовариств часто використовують термін «комунітарне право» (від фр. droit communautaire) [2]. Однак цей термін, очевидно, повинен мати цілковито утилітарне призначення, з огляду на генезис становлення і розвитку цього порівняно новітнього правового феномена. Адже, як відомо, комунітарне право виникло і стало формуватися одночасно з утворенням перших інтеграційних об'єднань. Л.М. Ентін зазначає, що, зазвичай, цим поняттям охоплено сукупність правових норм, які виникли у зв'язку з утворенням Європейських співтовариств, ними регулюються процеси їх функціонування і пов'язані з цим суспільні відносини. Цей науковець стверджує, що терміном «право Європейських співтовариств» позначено певну частину європейського права. Оскільки право Європейських співтовариств – найбільш розвинута частина європейського права, його ядро, то інколи цим терміном позначається і вся правова системи, створена в процесі інтеграції. Однак це не зовсім точно відображає реалії, бо терміном «право Європейських співтовариств» позначають цілком визначене правове явище, тому ним можна і треба користуватися, коли йдеться про найважливішу складову частину європейського права, але при цьо-

му не слід зводити європейське право загалом тільки до норм Європейських співтовариств [3].

Прагнення до оптимального економічного розвитку трьох Європейських Співтовариств неухильно вимагало від держав-членів дедалі більшого узгодження власних дій у спільних інтересах, у тому числі в тих галузях політики, які раніше перебували у сфері виключного суверенітету окремих держав. Дедалі більш виражене відокремлення правової системи Співтовариств та Союзу – власне, комунітарного права – від системи міжнародного права відбувалося з новими імпульсами та більшим розмахом [4, с. 7]. Таким чином комунітарне право стало тією частиною європейського права, що регулює відносини держав-членів Європейського Союзу у межах договорів про заснування Європейських співтовариств [5], що становлять так названу «першу опору» (складову частину) Європейського Союзу. Відповідно правом Європейських співтовариств є правові норми, прийняті в межах «першої опори» ЄС. Б.Н. Топорнин називає Європейські співтовариства «першоосновою і фундаментом ЄС; його несучою конструкцією» [6, с. 150]. З огляду на це саме комунітарне право стало серцевиною європейського права. Комунітарна частина європейського права становить особливу і неповторну правову інституцію, формує загальноєвропейську правову культуру, є джерелом і регулятором економічної європейської інтеграції.

Дехто з науковців розглядає комунітарне право як автономний правопорядок, який має свої специфічні особливості і тим відрізняється від міжнародного права [7], інші – підтримують думку про те, що воно є міжнародним правом [8]. Обстоюється також позиція, за якою право Співтовариств має комплексний характер: воно не може бути відокремлене від загального міжнародного права, однак водночас певна його частина є формою координації, зближення й уніфікації внутрішнього права держав-членів [9].

Комунітарне право як унікальна правова система формує власний самостійний метод регулювання суспільних відносин, що має ознаки міжнародного і національного права. Е.Е. Рафалюк розглянула комунітарне право на прикладі інтеграційного об'єднання Латинської Америки. При цьому вона вважає, що комунітарне право має комплексний характер: воно

є частиною загального міжнародного права, водночас якась його частина є формою уніфікації внутрішнього права держав-членів Співтовариств [10, с. 6].

Як вже зазначалося, комунітарне право базується на принципах міжнародного права і договорах, укладених відповідно до міжнародного, однак воно значною мірою дистанціюється від нього. Останнім часом це відбувається дедалі швидше. Таке відокремлення пояснюється тим, що міжнародне право спрямоване здебільшого на вирішення ймовірних конфліктів у правовідносинах між державами, а місія комунітарного права – у поглибленні інтеграції між державами-членами, адже договори про створення європейських співтовариств – правові документи, мають пряму дію, безпосередньо надають право і накладають обов'язки на окремих осіб та підприємства держав-членів [11, с. 51]. За визначенням Європейського Суду Договір про заснування ЄЕС створив свою власну систему права, яка після набуття чинності договором стала інтегрованою частиною системи права держав-членів і яку їхні суди зобов'язані застосовувати [12].

Передача цілої низки суверенних повноважень Співтовариств поступово зумовила відокремлення їх правової системи від міжнародного права. Тим самим право Співтовариств за своєю юридичною сутністю розвинулося у бік національного права. Таким чином, відокремившись від міжнародного права, право Європейських співтовариств не злилося цілком з національним правом, стало самостійною правовою системою зі своїми джерелами, формами правотворчості, специфічними механізмами захисту юридичних норм від порушень [13, с. 31–32]. Враховуючи це, О. Андрійчук зазначає: «Де-юре комунітарне право саме є формою міжнародного права, і попри низку ознак (деякі з них є принциповими), що відрізняють комунітарне право від міжнародного, все ж теоретичні підстави для застосування в ньому принципів міжнародного права залишаються достатньо вагомими». Передусім, це пояснюється тим, що держави-члени Європейських співтовариств, хоч і делегували значну частину власного суверенітету комунітарним органам та погодилися виконувати спільно прийняті рішення (навіть якщо вони прямо суперечать власним інтересам), однак залишаються повноцінни-

ми суб'єктами міжнародного права, які номінально можуть вільно вивести окремі аспекти більш тісних за своєю сутністю комунітарних відносин за межі інтеграційного партнерства і керуватися традиційними принципами міжнародного публічного права [14, с. 48].

Отже, комунітарне право – це і національне право, адже внаслідок реалізації інститутами Співтовариств національної компетенції правопорядок Європейського співтовариства інтегрований у національний порядок держав-членів. Однак комунітарне право має низку переваг перед національним правом. Вони (ці переваги) визначаються пріоритетністю права Європейських Співтовариств стосовно національного права держав-членів; принципом прямої дії інтеграційного права; можливістю, посилаючись на наднаціональне право унійних держав, його реалізації через суди держав-членів Європейських Спільнот; потужнішою юридичною гарантією захищеності інтересів держав-членів перед світовим співтовариством. Відзначимо, що комунітарне право не витісняє на другий план внутрішньодержавного права держав-членів Співтовариства. Повноваження Співтовариства охоплюють не всі сфери діяльності національного рівня і не мають всезагального характеру.

Особливості комунітарного права свідчать про наявність спільного правового поля, в якому взаємодіють норми національного, міжнародного права та права Європейських співтовариств і перетинаються національно-правові та міжнародно-правові системи у межах європейського правового простору.

---

1. Топорнин Б.Н. Европейское право: учебник / Б.Н. Топорнин. – М.: Юристъ, 1998. – 456 с.

2. Шилінгов В.С. Співвідношення термінів «Європейське право» та «право Європейського Союзу» / В.С. Шилінгов // Вісник Акдемії управління МВС. – 2007. – № 1. – С 66; Энтин Л.М. Актуальные проблемы европейского права: учеб. пособие / Л.М. Энтин, М.Л. Энтин, С.А. Трыканова, И.В. Орина. – М.: Флинта: МПСИ, 2008. – С. 56; Абдуллин А.И. Право интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: генезис, унификация, перспективы развития: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Адель Ильсиярович Абдуллин. – М., 2006; Право Европейского союза: учеб. для вузов / под. ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Изд-во Юрайт; Высшее образование, 2010. – С. 165.

3. Энтин Л.М. Актуальные проблемы европейского права: учеб. пособие / Л.М. Энтин, М.Л. Энтин, С.А. Трыканова, И.В. Орина. – М.: Флинта: МПСИ, 2008. – 168 с. – С. 56–57.

4. Тюшка А. Договір про Конституцію для Європи: генезис, юридична природа, політична цінність / А.В. Тюшка. – К.: Вид-во «К.І.С.», 2007. – 228 с.

5. Андрійчук О. Онтологія європейського права / Олесь Андрійчук // Юридичний журнал. – 2007. – № 1. – С. 16–20; Оніщенко Н.М. Правова система Європейського Союзу: сутнісні риси та ознаки / Н.М. Оніщенко // Часопис Київського університету права. – 2008. – № 1. – С. 6–11; Шилінгов В. Співвідношення термінів «європейське право» та «право Європейського Союзу» / Володимир Шилінгов // Вісник Академії управління МВС. – 2007. – № 1. – С. 63–67.

6. Топорнин Б.Н. Европейское право / Б.Н. Топорнин. – М., 1998.

7. The community Legal Order. – Brussel, 1990. – P. 11; Operman T. Europarecht: Ein studienbuch. – Monchen: Verlag C. H. Beck, 1991. – 787 s.; Рафалюк Е.Е. Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права:. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Елена Евгеньевна Рафалюк. – М., 2010. – С. 35.

8. Мюллерсон Р.А. К вопросу о праве Европейских сообществ / Р.А. Мюллерсон // Вестник МГУ. Серия 11. Право. – 1982. – № 5. – С. 27–28; Аметистов Є.М. Современные тенденции развития права Европейских сообществ / Є.М. Аметистов // Сов. гос. и право. – 1985. – № 76. – С. 86; Хиршлер М. Западноевропейские интеграционные объединения / М. Хиршлер, Б. Циммерман. – М., 1987. – С. 128.

9. Энтин М.Д. Суд Европейских сообществ: правовые формы обеспечения западноевропейских интеграций / М.Д. Энтин. – М., 1987. – С. 18; Олтеану О.М. Правовой механизм эволюций ЕЭС к наднациональным федеративным структурам / О.М. Олтеану // Вестник МГУ. Серия 11. Право. – 1993. – № 1. – С. 44.

10. Рафалюк Е.Е. Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спей. 12.00.03. / Елена Евгеньевна Рафалюк. – М., 2010. – 18 с.

11. Татам А. Право Європейського Союзу: підручник для студентів вищих навчальних закладів / А. Татам; пер. з англ. – К.: Абрис, 1998. – 424 с.

12. Справа 6/64, Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

13. Марчук М.І. Інтеграція як чинник еволюції регіональної правової системи: досвід ЄС / М.І. Марчук // Право і безпека. – 2010. – №. 3 (35). – С. 30–34.

14. Андрійчук О. Роль загальних правових принципів у процесі застосування європейського права / О. Андрійчук // Юридичний журнал. – 2007. – № 3 (57). – С. 45–48.

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ У ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

ПАРХОМЕНКО Наталія Миколаївна,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник
відділу теорії держави і права, вчений секретар
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ В СФЕРІ ПРАВА

Жити у суспільстві та бути вільним від нього неможливо – перефразувавши цей вислів відомого класика, його можна використати для характеристики ситуації, в якій наразі перебуває Україна, її правова система, а саме: Україна як суверенна держава, що обрала курс на інтеграцію у європейське співтовариство не може залишитися поза впливом світових глобалізаційних процесів, зокрема тих, що відбуваються в сфері права.

В науці глобалізація розглядається як складний багатовимірний процес, що знаходить прояв у налагодженні та розвитку зв'язків між державами, державними об'єднаннями в різних сферах суспільних відносин, а особливо економічній та політичній. Як наслідок поглиблюється взаємовплив та взаємозв'язок різних держав, що знаходить прояв у змінах культури, свідомості, векторів розвитку різних суспільств.

В цьому аспекті варто наголосити на змінах, що відбуваються на рівні правових систем загалом та системи джерел права зокрема. В Україні глобалізаційні процеси справили безпосередній вплив на сутність і зміст джерел права, в результаті чого вони набули певних особливих рис:

1. Зміна правової доктрини в контексті розповсюдження в Україні ідеї наділення судів правотворчими повноваженнями, тобто утвердження судового прецеденту як джерела права, а також визнання окремих рішень Конституційного Суду України

правовими прецедентами. У зв'язку з ратифікацією Конвенції про захист прав людини і основних свобод та протоколів до неї, в Україні обов'язковим є врахування практики тлумачення і застосування Європейським Судом по правах людини цієї Конвенції.

Важливим аспектом розвитку правової доктрини в Україні є утвердження світових стандартів в галузі права, правових цінностей, напрацьованих людством, зокрема європейських стандартів, що можливе лише шляхом суттєвого реформування правової системи України, що передбачає реалізацію принципу верховенства права у поєднанні з принципом верховенства закону, забезпечення прав і свобод громадян.

2. Зростання ролі міжнародно-договірного регулювання суспільних відносин в Україні, розширення сфери його впливу в контексті проголошення в статті 9 Конституції України принципу: чинні міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України, є частиною національного законодавства.

Окремим аспектом, що характеризує правову систему України є її інтеграція у Європейське Співтовариство. З 1991 по 2009 рр. між Україною та ЄС було укладено близько 180 угод, листів, протоколів, меморандумів, та ін. документів міжнародно-договірного характеру. Ці документи стосуються технічної допомоги, безпеки, розвитку фінансових відносин, співробітництва в галузі енергетики та енергозбереження та ін. На сьогодні 120 з них втратили чинність [1, с. 7–11].

В цілому в Україні чинними є 3723 міжнародні документи (конвенції, хартії, угоди, протоколи, меморандуми). Аналіз динаміки міжнародно-договірної правотворчості свідчить, що з 1991 по 1995 рр. було укладено або ратифіковано 1633 міжнародні документи, з 1996 по 2000 рр. – 582, з 2001 по 2005 рр. – 711, за 2006–2007 рр. – 122. Для порівняння: у період з 1985 по 1989 рр. було укладено та ратифіковано 390 міжнародних документів, – це у 4 рази менше, ніж за наступні 5 років. Далі ця динаміка вирівнялась – щороку набувало чинності в середньому 350 міжнародних документів.

У розвитку правової системи в умовах глобалізації найприйнятнішим є гармонійне поєднання національного та міжнародного. Поряд із включенням України у світові глобалізаційні процеси, для України є актуальним відродження бага-

товікових правових традицій, культури, що були штучно знецінені у XX столітті.

3. Інтеграційні процеси справили значний вплив на розвиток системи законодавства України. Зокрема, розвиток конституційного законодавства України відбувається постійно. Прийняття Конституції України 1996 р., політико-правова реформа у 2004 р.; рішення Конституційного Суду України у жовтні 2010 р. Наразі реалізуються ініціативи Президента України щодо створення Конституційної Асамблеї, метою якої є удосконалення чинної Конституції України шляхом внесення змін.

Щодо інших галузей, то ключовими моментами їх розвитку стала кодифікація галузевого законодавства з прийняттям відповідних кодексів.

Сьогодні в Україні чинними є 21 кодекс. З них 4 були прийняті до здобуття Україною незалежності. Якщо прослідкувати динаміку кодифікації вітчизняного законодавства, то слід зазначити, що з 1991 року в середньому кожний рік приймався один кодифікований акт. Щодо предметного аналізу зазначених актів, необхідно звернути увагу на такі факти: сьогодні одночасно діють Кримінальний кодекс України, прийнятий у 1960 р. та Кримінальний кодекс України 2001 р. прийняття; Господарсько-прцесуальний кодекс України 1991 року та Господарський кодекс України 2003 р. Нині чинним залишається Житловий кодекс України, прийнятий у 1983 р.

За станом на 1990 р., прийнятих Верховною Радою України законів було 39, в т. ч. 13 кодексів [3, с. 10]. За 14-річний період з часу набуття чинності Конституцією України 1996 р. Парламентом було прийнято всього 2184 закони, з них первинних законів 593(=27,2 %), законів про внесення змін до чинних законів 1591 (=72,8 %) [3, с. 10-11].

Для порівняння: у Російській Федерації в Державну Думу щорічно вноситься в середньому 1100-1300 законопроектів, у 2009 р. лише із 1130 – 244 стали законами. При цьому невисока якість законів та невміння їх реалізовувати спричиняє внесення поправок до їх змісту. Наприклад, у Податковий кодекс внесено 238 поправок та змін, у цивільний – біля 100, Кримінальний – 79, Бюджетний – 66, Земельний – 41 [4, с. 140].

Така ситуація частково є наслідком низького професійного рівня суб'єктів законодавчого процесу, створенням умов штучно-

го прискорення розробки та прийняття окремих законодавчих актів, зниженням ролі науки або правової доктрини в правотворчому процесі, що є, на жаль, практикою роботи Верховної Ради України та у підсумку призводить до збільшення їх кількості, з одного боку, та суперечливості їх змісту, – з іншого.

---

1. Україна – Європейський Союз: зібрання міжнародних договорів та інших документів (1991-2009) / За заг. ред. С.О. Камишева (кер. групи) [та ін.]. – К.: Юстиніан, 2010. – 608 с.

2. Сайт «Законодавство» Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: // www. zakon.rada.gov.ua/

3. Скрипнюк О.В., Теплюк М.О., Ющик О.І. Законодавчий процес і парламентська законодавча процедура в Україні (проблеми якості, рекомендації щодо вдосконалення в контексті європейської практики): монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – 80 с.

4. Тихомиров Ю.А. Последствия правовых актов: оценка и коррекция // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2010. – № 3. – С. 140–148.

ГАРАСИМІВ Тарас Зеновійович,
доктор юридичних наук, професор,
начальник факультету громадської безпеки
Львівського державного університету
внутрішніх справ, полковник міліції

КОМПАРАТИВІСТСЬКО-ФІЛОСОФСЬКІ ПІДХОДИ ДО ПРОБЛЕМИ СУТНОСТІ ЛЮДИНИ ТА ПРИЧИН ЇЇ ДЕВІАЦІЇ У ЄВРОПЕЙСЬКІЙ ТРАДИЦІЇ

Глобалізаційні процеси, які сьогодні охопили весь світ загалом та європейський простір зокрема, ставлять на порядку денному вирішення ряду проблем, які постали перед людством. Основними та найбільш актуальними з них є ті, що торкаються підвалин, джерел та природи людини. Особливо це стосується сутності людини, як суб'єкта права, тобто особи – учасника правових відносин та причин і результатів її поведінки, як постфактуму юридично значимої діяльності та правових наслідків.

Особливе занепокоєння викликають відхилення у поведінці людини, адже вони сьогодні набули типовості та системності, а звідси схожості та подібності на території усіх держав, незалежно від географічного розташування, політичного устрою, соціального благополуччя та виду правової системи даного суспільства.

Отже, можемо констатувати незаперечний факт необхідності вирішення завдання щодо визначення сутності людини та причин відхилень у її поведінці, зокрема девіації, в тандемі усіх юридичних наук, включаючи філософію права та порівняльне правознавство, психологію і соціологію, антропологію і компаративістику.

Як зазначалось вище, соціальні інститути вирішуючи завдання виправлення девіантної особистості, послуговуються надбаннями спеціальних дисциплін, якими є, зокрема, юриспруденція, психологія, соціологія, педагогіка, медицина, антропологія. Ці галузі науки вузькоспеціалізовано, різновекторно та інколи навіть суперечливо підходять до тлумачення чинників, які спричиняють девіантну поведінку особи, до визначення головних ознак девіантної особистості, мети та змісту виправного впливу на неї. Водночас на сьогодні ще не повністю розроблена філософсько-правова та компаративістська концепції виправлення девіантної особистості, на основі яких можна інтегрально підійти до визначення причин виявлення особистістю девіантної поведінки, загальних значущих ознак такої особистості, мети та змісту виправного впливу і його якісно нової, з філософських та порівняльних позицій, обґрунтованої форми.

Актуальність філософсько-порівняльного дослідження цієї проблеми обумовлюється також тим, що саме філософсько-компаративістська концепція повинна стати методологічним базисом для сукупної діяльності широкого спектру вужчих наукових дисциплін у питанні виправлення девіантної особистості.

Наукове, компаративістське становлення і філософсько-правове формулювання поняття «девіантність» триває з кінця XIX до середини XX століття. Французький соціолог Еміль Дюркгейм у працях «Про розподіл суспільної праці», «Метод соціології» та «Самогубство» висунув та обґрунтував поняття «аномія», як відсутність у колективному житті унормувального прикладу [1, с. 5–6], стан ціннісного та нормативного безладу, що характе-

рний для перехідних і кризових станів суспільства [2]. Вчений підкреслював, що аномія загалом виникає у процесі розвитку примітивного, але солідарного та однорідного суспільства. На його думку, саме аномія спричиняє негативні зміни ціннісних орієнтацій у тих громадян, які починають схилятися до спотворених, антигуманних, девальвованих, штучних цінностей [1, с. 5–6]. Не використовуючи прямо поняття «девіантність», Е. Дюркгейм для позначення «аномічних» проявів, зокрема злочинності та самогубства, послуговувався поняттями «моральна дисципліна», «норма», «аномалія», «соціальна патологія», «анормальність» [1; 2], при цьому він наголошував на відносності визнання такими певних видів поведінки, які у різних соціумах можуть визнаватися і нормативними і «патологічними» через відносність моральних норм.

Одним із перших учених, хто безпосередньо ввів у науковий обіг і широко використовував поняття «девіація» та «девіантна поведінка» був відомий американський соціолог Роберт Кінг Мертон, який вважав, що під поняттям «девіантна» слід розглядати поведінку такої особистості, яка при досягненні визначених культурою соціальних цілей є обмеженою при застосуванні інституціоналізованих засобів [3]. Основні види такої поведінки, яка відхиляється від суспільних нормативів, він називав – «інновація», «ритуалізм», «ретритизм» та «заколот» [3, с. 90–91].

Інший відомий представник соціологічної науки Заходу, Ірвінг Гоффман, розвиваючи мертонівське бачення, наголошував, що всі члени соціуму можуть розглядатися як більшою чи меншою мірою девіантні, оскільки ніхто повною мірою не відповідає усім без винятку нормативам прийнятної поведінки, а за певних обставин кожна людина обов'язково виявляє суспільно засуджувані якості.

Альфред Адлер, який представляв психодинамічну концепцію особистості, дискутував із Фрейдом, вважаючи, що сутність цього феномена можна зрозуміти, якщо обов'язково врахувати значний вплив на нього соціальних факторів. На відміну від Фрейда, цей учений розглядав внутрішній конфлікт як ненормальне явище [4; 23].

Погляди Еріка Еріксона на роль соціального при формуванні особистості тотожні з позиціями Адлера. Цей учений, зок-

рема, наполягав на тому, що особистість може бути зрозуміла лише у результаті узгодженої взаємодії біологічних, поведінкових, емпіричних і соціальних чинників [5].

Інший відомий представник західної науки Карл Густав Юнг створив власну аналітичну теорію особистості (душі), яка фрагментарно нагадує психоаналіз Фрейда. Згідно з твердженням Юнга душа складається з таких елементів, як «Его», особистісного несвідомого та колективного несвідомого. «Его» включає свідомість, завдяки якій зберігається цілісність особистості [6; 24].

Видатний представник філософської думки Заходу, доктор філософії Еріх Фромм був прихильником гуманістичної теорії особистості. У своїх працях він наполягав на винятковій важливості соціальних детермінант у розвиткові цього феномена і вважав, що особистість як така може бути зрозумілою лише при врахуванні впливу на неї конкретної історичної культури, яка, на його погляд, включає соціологічні, політичні, економічні, релігійні та антропологічні фактори [7; 8; 9].

Карен Хорні – представниця соціокультурного напряму західної персонології, підкреслювала важливість культурних і соціальних впливів на особистість і, зокрема, дискутувала з Фрейдом про роль фізичної анатомії у детермінації статевих розбіжностей між особистостями чоловіків і жінок [10; 11].

Диспозиціональний напрямок західної філософії представляє Гордон Уїллард Олпорт. Цей учений уважав, що поведінка людини детермінована ситуативно і, як філософи-екзистенціалісти, наголошував, що пізнання особистості надзвичайно обмежене [12; 13].

Засновник соціально-когнітивного напрямку західної персонології, доктор філософії Альберт Бандура доводив, що особистість необхідно розуміти, виходячи із розуміння безперервної взаємодії між трьома факторами: поведінковими, когнітивними і середовищними [14].

З Альбертом Бандурою цілком справедливо погоджувався інший представник соціально-когнітивного напрямку – Джуліан Бернард Роттер, який у контексті аналізу особистості акцентував на соціальних і когнітивних факторах. На нашу думку, тут простежується певна аналогія з тезою гіпотези Е. Фромма про екзистенціальні потреби особистості.

Когнітивний напрямок філософської думки Заходу представляє Джордж Александер Келлі. Він побудував власну теорію особистості на принципі конструктивного альтернативізму. Важливим гносеологічним аспектом теорії Келлі є висвітлення особистості як постійного дослідника світу [15].

Відомим дослідником концепту особистості у зарубіжній науці вважається також Абрахам Гарольд Маслоу. Він розглядав особистість як активного творця власного життя. Учений вважав, що до людини, як живої істоти ніколи не можна застосувати статичної константи, бо вона перебуває у постійному процесі саморозвитку, становлення особистості, володіючи при цьому значною свободою [16; 17].

Екзистенціалізм – потужну суб'єктивно-ідеалістичну філософської течію, яка набула особливо сильного розвитку у Західній Європі, представляли Ж.-П. Сартр, Г. Марсель та А. Камю [18; 19; 20; 21; 22]. Екзистенціалісти загалом поділяли буття особистості на так зване «справжнє» і «несправжнє».

Таким чином, виходячи із вищевикладеного, можемо стверджувати, що незаперечною заслугою філософії ранніх періодів та компаративістики сьогодення є привнесення до розуміння причин девіантності саме ендогенних чинників людської природи, що є невіддільними від неї. При цьому філософи права та представники порівняльного правознавства зокрема наголошують, що особа, яка виявляє таку поведінку, втрачає головні ознаки людини, а тим паче, особистості, якими є моральність та розумовість і тому не має права на свободу і повинна бути позбавлена її та вилучена з суспільства, яке знову ж таки покликане культивувати моральність та доброчесність.

Загалом же, як бачимо, проблема виправлення девіантної особистості, нерозривно пов'язана з філософсько-правовим та історико-компаративістським аналізом сутності людини, особистості, причин девіантної поведінки, а також змісту та форми виправлення. Компаративістсько-філософський аналіз показав, що європейський філософський досвід містить різноманітні варіанти тлумачення цих феноменів та процесів з точки зору порівняльного правознавства.

Отже, коли йдеться не про тактику, а про стратегію боротьби з суспільно небезпечною девіантною поведінкою, то потріб-

но враховувати всі основні її аспекти і використовувати при цьому всі можливі підходи, зокрема і філософсько-компаративістські. А це, перш за все, світоглядні установки суспільства і людини, які завжди обумовлені певними філософсько-правовими уявленнями про суспільство та історико-компаративістськими – про право. Характер взаємозв'язку суспільного й індивідуального світогляду залежить від існуючої політичної і правової системи, від характеру соціальної психології, моральної позиції конкретної особи. Це дає можливість суспільству точніше визначити складні шляхи до майбутнього, рух до якого буде супроводжуватися найменшими втратами й найбільшими досягненнями в реалізації мети побудови гуманного суспільства, де б у центрі уваги були інтереси людей і панували правопорядок і громадський спокій.

---

1. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. – М., 1991.
2. Дюркгейм Е. Самогубство: соціологічне дослідження / пер. з франц. – К.: Основи, 1998. – 519 с.
3. Мертон Р. Социальная теория и социальная структура (фрагменты). – К.: Вид-во Інституту соціології, 1996. – 112 с.
4. Адлер А. Воспитание детей: взаимодействие полов / пер. с англ. – Р.-н.-Д.: Феникс, 1998. – 441 с.
5. Эриксон Э. Детство и общество / Пер. с англ. – СПб.: Летний сад, 2000. – 415 с.
6. Юнг К.Г. Бог и бессознательное. – М.: АСТ: Олимп, 1998. – 477 с.
7. Фромм Э. Анатомия человеческой деструктивности. – М., 1994.
8. Фромм Э. Бегство от свободы. – М.: Прогресс, 1990. – 328 с.
9. Фромм Э. Человеческая ситуация / Пер. с англ. – М.: Мысль, 1995. – 238 с.
10. Хорни К. Женская психология / Пер. с англ. – СПб.: Восточно-европейский ин-т психоанализа, 1993. – 220 с.
11. Хорни К. Наши внутренние конфликты. – М.: Апрель-Пресс: ЭКСМО-ПРЕСС, 2000. – 555 с.
12. Райгородский Д.Я. Теории личности в западной европейской и американской психологии. – Самара: Барах, 1996. – 478 с.
13. Хьелл Л., Зиглер Д. Теории личности. – СПб.: Питер, 1999. – 606 с.
14. Бандура А. Теория социального научения. – СПб.: Евразия, 2000. – 320 с.
15. Келли Дж. А. Теория личности: психология личных конструктов / пер. с англ. – СПб.: Речь, 2000. – 241 с.

16. Маслоу А.Г. Дальние пределы человеческой психики / пер. с англ. – СПб.: Евразия, 1997. – 430 с.
17. Маслоу А. Новые рубежи человеческой природы / пер. с англ. – М.: Смысл, 1999. – 425 с.
18. Сартр Ж.-П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с франц. – М.: Республика, 2000. – 638 с.
19. Ницше Ф. По ту сторону добра и зла / пер. с нем. – М.: ЭКСМО-ПРЕСС; Харьков: Фолио, 1998. – 1054 с.
20. Ницше Ф. Сочинения: В 2 т. – М.: Мысль, 1997. – Т. 2. – 829 с.
21. Ницше Ф. Сочинения: В 2 т. – М.: Мысль, 1997. – Т. 1. – 829 с.
22. Сартр Ж.-П. Последний шанс / Пер. с франц. – СПб.: Азбука, 2000. – 460 с.
23. Адлер А. О нервическом характере / Пер. с нем. – М.; СПб.: Университетская книга, АСТ, 1997. – 385 с.
24. Юнг К.Г. Божественный ребенок. – М.: Олимп: АСТ, 1997. – 398 с.

ПОГРЕБНЯК Станислав Петрович,
доктор юридических наук,
доцент кафедры теории государства и права
Национальный университет «Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого» (Харьков)

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Впервые понимание общих принципов права как источника права появляется в *международном праве*. Наиболее известным примером выступает ст. 38 п. 1с) Статута Международного Суда ООН, согласно которому Суд применяет «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». В свою очередь это положение полностью воспроизводит норму ст. 38 п. 3 Статута Постоянной палаты международного правосудия от 16 декабря 1920 г. Впрочем, практика упоминания в международных договорах принципов существовала и раньше (см. Гаагские конвенции 1907 г.). Кроме того, данная норма лишь констатировала уже существующую обычно-правовую норму [1, с. 210].

Достаточно интересной является оговорка «признанные цивилизованными нациями», внесенная по предложению Э. Рута в 1920 г. и сохраненная ООН в 1945 г. как реакция на нацизм [2, с. 265, 289]. Учитывая суверенное равенство госу-

дарств, данная оговорка, как правило, рассматривается как излишняя [3, с. 98]. Это происходит в силу того, что признание права предполагает наличие цивилизации [4, с. 96].

Тем не менее, существует и другое объяснение: к цивилизованным относятся государства, являющиеся передовыми с точки зрения правового развития [5, с. 8]. Поэтому именно на их принципы целесообразно ориентироваться во время рассмотрения споров. Это позволяет признавать общими принципами права определенные положения, которые не обязательно приняты всеми внутренними правопорядками. Учитывая разнообразие современного мира, при установлении универсального характера признания принципов необходимо руководствоваться требованиями здравого смысла [6, с. 207], применяя сравнительный правовой метод и ориентируясь на практику, сложившуюся в основных правовых семьях.

По своему происхождению общие принципы права являются принципами внутригосударственного права. Международное право лишь констатирует уже установленные, существующие в национальных правовых системах принципы. Такая трактовка принята сегодня большинством специалистов [1, с. 210].

Исследуя феномен общих принципов права, следует обратить внимание на то, что их появление в качестве самостоятельного источника международного права связывается главным образом с проблемой «non liquet» в условиях существования пробелов в международном праве. Именно поэтому общие принципы права определяются как *формальные источники права*.

Категория «общие принципы права» используется также *в европейском праве*. При этом подчеркивается, что общие принципы права являются «детьми национального права» [7, с. 8], то есть источником их происхождения являются национальные правовые системы.

Во 2-й половине XX ст. общие принципы права также начинают рассматриваться как самостоятельная форма (источник) права *в семье романо-германского права* [8, с. 108–111]: национальные правовые системы должны были принять предупредительные меры относительно законов, влекущих произвол, приняв во внимание опасную практику использования позитивного права отдельными государствами вопреки его назначению.

Необходимо обратить внимание на то, что общие принципы права имеют *тесную связь с теорией естественного права*. Общие принципы права нередко основываются на «естественной справедливости», общей для всех правовых систем [9, с. 87–88]. Без некоторых принципов правопорядок, вероятно, не смог бы существовать. Речь идет, в частности, о принципах добросовестности, запрета злоупотребления правом, запрета необоснованного обогащения, возмещения убытков, принципе, устанавливающим, что равный над равным не может иметь власть, принципе, согласно которому нельзя быть судьей в собственном деле [10, с. 48].

Общие принципы права предоставляют правопорядку (внутри государства и на международном уровне) его *необходимое аксиологическое измерение*; они лежат в основе jus necessarium и указывают на ценности, которые определяют правопорядок в целом. Общие принципы права формируют основу не только толкования и применения норм права, но и самого процесса правотворчества; они отражают opinio juris, которая образует основу для формирования права. По мнению Судьи К. Триндади, такие принципы являются отражением объективной «идеи справедливости», на основе которой они обеспечивают единство права, затрагивая основы необходимого права наций. Как считает судья, они появляются из человеческого или юридического сознания как конечного материального источника любого права [11].

В то же время некоторые общие принципы права порождены требованиями *юридической логики и юридической техники* (например, специальный закон отменяет общий; следующий закон отменяет предыдущий; никто не может передать прав больше, чем имеет сам) [12, с. 10].

Таким образом, уяснение концепции общих принципов права невозможно без использования результатов сравнительно-правовых исследований, а ее внедрение в юридическую практику национальных правовых систем свидетельствует о сближении соответствующих правопорядков.

---

1. Нгуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А. Международное публичное право: в 2 т. / пер. с фр. – К.: Сфера, 2000.

2. Корецкий В.М. «Общие принципы права» в международном праве // Академічна юридична думка / Укладачі: І.Б. Усенко, Т.І. Бондарчук; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Ін Юре, 1998.

3. Shaw M. N. International Law. – 6th ed. – Cambridge University Press, 2008.
4. Международное право / В.Г. Витцум и др.; пер. с нем. – М.: Инфотропик Медиа, 2011.
5. Aust A. Handbook of International Law. – Cambridge University Press, 2005.
6. Тускоз Ж. Міжнародне право / Пер. з фр. – К.: АртЕк, 1998.
7. Tridimas T. The General Principles of EU Law. – 2nd ed. – Oxford University Press, 2007.
8. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. – М.: Междунар. отношения, 1996.
9. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом. – Х.: Консум, 2000.
10. Міжнародне право / За ред. М. В. Буроменського. – К.: Юрінком Інтер, 2005.
11. Дело, касающееся целлюлозных заводов на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая). Решение от 20 апреля 2010 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://untreaty.un.org/cod/ICJsummaries/documents/russian/177_r.pdf
12. Земскова П.Е. Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в международном праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.10. – М., 2010.

МИННИКЕС Ирина Викторовна,
доктор юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой теории и истории государства и права
Иркутского юридического института (филиала)
Российской правовой академии
Министерства юстиции России

СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ИДЕНТИФИКАЦИЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Социальная идентификация – это определение положения человека в обществе, основанное на выделении значимых для общества признаков.

Социальная идентификация является неотъемлемой частью жизни общества. Исследования в этой области представляют интерес как применительно к национальным правовым системам, так и в области сравнительного правоведения.

Социальная идентификация производится с помощью особой группы средств. Средства идентификации весьма разнооб-

разны. Их можно классифицировать по характеру оформления (формализованные и неформализованные), по сфере применения (бытовые, политические, экономические и т.п.) по природе происхождения (физиологические, внешнебытовые, документальные и новейшие информационные) и т.п.

С точки зрения юридической науки наиболее важной является градация средств идентификации на правовые и неправовые.

Правовые средства социальной идентификации – это юридически закрепленные врожденные или приобретенные свойства личности, имеющие значение в социуме конкретной степени зрелости. Социальная идентификация при помощи правовых средств может быть названа социально-правовой идентификацией.

Правовые средства идентификации значимых для общества индивидуальных признаков – это юридически оформленные индивидуальные характеристики субъекта, чаще всего имеющие физиологическую природу.

Физиологических признаков множество – пол, цвет кожи, цвет волос, рост и т.п., но лишь некоторые, и только в определенных правовых сферах, становятся объектом внимания законодателя. Это те, от которых зависит статус человека в обществе. Наиболее часто в социально-правовой идентификации участвуют такие признаки, как пол и возраст, значительно реже – физические данные и состояние здоровья и иные признаки.

В социально-градированном обществе любого государства пол выступал как социально-значимый признак, от него зависел имущественный, политический, семейный статус лица. Традиционно женщина находилась под властью отца, потом – мужа, а затем – и сына. Законы Ману прямо указывали, что женщина непригодна для самостоятельности.

В законодательстве России, как и в праве многих других странах, до XX в. принадлежность к мужскому полу была обязательной для избирателя.

В современном обществе социальная значимость этого признака существенно уменьшилась и варьируется в законодательстве разных стран. Так, согласно Конституции Российской Федерации, принадлежность к мужскому полу является юридически-значимым признаком для призыва в армию, а в Израиле в данных отношениях пол не имеет значения.

В любом обществе статус субъекта определялся и таким признаком, как возраст. В законодательстве фигурируют самые различные возрастные критерии – брачный возраст, возраст гражданской дееспособности, возраст уголовной ответственности, пенсионный возраст и т.п.

Зачастую оба признака – и пол и возраст – рассматриваются законодателем как единый комплекс. Так, Византийская Эклога, а вслед за ней и русский Стоглав 1551 г. установили возрастные рамки для брака: девушкам – по достижении 13, юношам – 15 лет, тот же возраст предусмотрен для раннего японского брака цумадои. Кодекс Наполеона 1804 г. определил брачный возраст соответственно в 15 и 18 лет, в римском и индийском праве возраст брака для девушек определялся в 12 лет, а для юношей – значительно позднее.

Значительно реже законодатель обращает внимание на иные физиологические характеристики субъекта. В некоторых случаях общественную значимость имеют, например, рост (так, в российском указе 1811 г. предусмотрено, что рост лица, пригодного в военную службу – не менее 2 аршин и 3 вершков, в гренадеры в XVIII-XIX в. принимались мужчины ростом не ниже 170 см.), наличие психических или физических заболеваний (в частности, в законодательстве некоторых штатов США и в Англии особо оговорен брак с душевнобольным) и иные факторы.

Правовые средства идентификации социального статуса – это юридически оформленные признаки, которые указывают на социальный статус субъекта.

Социально-структурированное общество, независимо от его географических характеристик, стремится к установлению четких границ между лицами с различным социальным статусом. Одно из важнейших средств для этого – правовые нормы. Например, указом Хидэёси 1591 г. жители Японии разделены на четыре сословия: воины, ремесленники, крестьяне и самый низкий – торговцы. Русский законодатель оперировал такими понятиями как посадский (горожанин), крестьяне, бояре и дворяне.

Предметом правового регулирования вопросов, связанных с социальной принадлежностью лица, могут быть самые различные признаки – одежда, место проживания, способ передвижения и т.п.

Основной способ определения социальной принадлежности заключался в регламентации внешнебытовых признаков – одежда, обувь, атрибуты. Например, японскому крестьянину предписывалось носить одежду только из льна, хлопка и пеньки. Петровский указ 1697 г. запретил посадским людям носить одежду из бархата, парчи и собольего меха. Представители низших каст в Индии имели право только на одежду, снятую с мертвых.

Немаловажными были и атрибуты социального статуса, такие, например, как меч – у самурая, чернильница – на поясе писца. Согласно индийским законам, посох брахмана должен быть сделан размером до верха волос, кшатрия – достигающим лба, вайщия – до носа, уделом чандалов и щвапачей была разбитая посуда и украшения из железа.

В настоящее время в большинстве стран социальная принадлежность не столь важна, но правовая регламентация внешнебытовых признаков в определенной степени сохранилась – например, в таких признаках, как военная форма, табельное оружие, студенческий билет и т.п.

Таким образом, несмотря на существенные различия географического положения, политико-правового строя и социальной градации общества, в практике социально-правовой идентификации используются сходные правовые средства.

БОБРОВНИК Світлана Василівна,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри теорії права і держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

КОМПРОМІСНІ ТА КОНФЛІКТНІ ПРАВОВІДНОСИНИ: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Становлення, функціонування і розвиток будь-якого демократичного суспільства нерозривно пов’язані із загостренням, розгортанням і розв’язанням різноманітних протиріч і суперечностей. Це, в свою чергу, породжує різного роду конфліктні ситуації, одним із шляхів вирішення яких є досягнення компромі-

су в соціальних правовідносинах. Неоднозначність розуміння правової природи та особливостей компромісних і конфліктних правовідносин, необхідність їх порівняльної характеристики і викликає своєчасність та актуальність означеної теми дослідження.

Належність компромісних та конфліктних правовідносин до суспільних відносин, упорядкованих правом обумовлює особливості визначення ступеню дослідження означеної проблематики. Найбільш повно у працях відомих зарубіжних та вітчизняних науковців досліджено категорію «правовідносини». Її аналіз був предметом наукового пошуку С.С. Алексєєва, М.Г. Александрова, С.Д. Гусарєва, М.І. Козюбри, В.О. Котюка, В.В. Лазарєва, П.М. Рабіновича, Н.М. Оніщенко, О.Ф. Скакун, Т.І. Тарахонич, В.М. Хропанюка, Ю.С. Шемшученка, Л.С. Явича. Найбільш повно науковий аналіз компромісних та конфліктних правовідносин був здійснений вченими-соціологами. На правовому рівні він має фрагментарний характер. Окремі аспекти цих категорій досліджені В.М. Івановим, М.І. Піреном, Є.В. Буртовою, Є.Б. Тихомировою, С.М. Ємельяновим, Л.І. Скібіцькою, Ю.О. Тихомировим, В.О. Тімашовим. Однак, порівняльна характеристика компромісних і конфліктних правовідносин не здійснювалась.

Метою цього дослідження є ґрунтовний аналіз сутності, значення та особливостей компромісних та конфліктних правовідносин; їх структурна відокремленість; їх взаємозв'язок та взаємовідношення в процесі подолання соціально-правових конфліктів. Вияв аспектів співвідношення компромісних і конфліктних правовідносин передбачає необхідність вияву їх ознак на категоріальному рівні.

Аналізуючи існуючі наукові підходи щодо розуміння конфліктних правовідносин, можна зробити висновок, що найбільш поширеними є такі:

– конфліктний підхід, відповідно до якого конфліктні правовідносини розглядаються як конкретно-суб'єктний вираз загострених в правовому відношенні суперечок, що набувають при певному поєднанні юридичних фактів форму правового спору. В межах даного підходу слід, перш за все, виділити концепцію І.М. Зайцева [1, с. 24];

– діяльнісний підхід передбачає відкриту боротьбу сторін (учасників). Прихильники мотиваційного підходу розглядають

конфліктні правовідносини як процес, що включає не лише ситуацію відкритої боротьби, а й те, що передує цій боротьбі, увесь процес взаємодії сторін конфлікту. У вітчизняній літературі перший підхід іноді називають вузьким, а другий – широким трактуванням конфліктних правовідносин [2, с. 22];

– матеріальний підхід, який заснований на позиції, що конфліктні правовідносини являють собою особливий вид матеріальних охоронних правовідносин між його суб'єктами, які виникають у зв'язку з відкритою протидією суб'єктів права на шляху реалізації своїх прав, свобод, інтересів, що створюється поза юрисдикційним процесом;

– формальний (процесуальний) підхід обґрунтовує позицію, згідно з якою, конфліктні правовідносини є виключно процесуальним явищем і виникають лише після звернення одного із суб'єктів спору до суду із позовною заявою [3, с. 215].

В контексті нашого дослідження необхідно зупинитися й на характерних ознаках, які притаманні конфліктним правовідносинам. А саме: предметом виступають соціальні або матеріальні цінності, з приводу яких виникають конфліктні ситуації; спонукають мобілізацію правовідносин; супроводжуються підвищеною емоційністю учасників; детерміновані об'єктивними й суб'єктивними передумовами; мають як двосторонній, так і багатосторонній характер; конфронтація цінностей і намірів учасників; можуть носити прихований чи явний характер. Перелічені особливості прояву конфліктних правовідносин виступають основою визначення їх правової природи.

До характерних рис компромісних правовідносин слід віднести наступні: 1) є обов'язковою умовою вирішення конфліктних правовідносин; 2) можуть бути спрямовані як до конкретного суб'єкта, та і до невизначеного кола осіб; 3) необхідною умовою виникнення, зміни і припинення компромісних правовідносин є наявність компромісної норми; 4) необхідною умовою компромісний правовідносин являється наявність згоди між їх учасниками; 5) спрямовані на регулювання, охорону та захист прав і свобод учасників; 6) компромісний правовідносини є правовим механізмом регулювання згоди суб'єктів;

Отже, беручи до уваги перераховані положення, можна зробити конструктивний висновок, про те, що компромісні пра-

вовідносини являють собою різновид суспільних відносини, що діють на основі норм-погодження, спрямованих на досягнення між їхніми суб'єктами правової згоди.

Проте в контексті нашого дослідження нас також цікавить співвідношення компромісних та конфліктних правовідносин. Як в пізнавальній, так й науковій літературі зустрічаються припущення щодо неможливості повного вирішення конфліктних ситуацій. Наприклад, на думку Р. Дарендорфа та К. Томаса, втручання в конфлікти має обмежуватися регулюванням їх виявів, акцент із ліквідації конфліктів необхідно переносити на управління ними [4, с. 145]. Зазначеного підходу дотримується також А. Лях, який вважає, що головним завданням є не вирішення конфліктних ситуацій, а розроблення різних варіантів управлінських дій щодо конфліктних ситуацій, спрямованих на створення умов, що унеможливлюють дезорганізацію суспільної системи на основі соціальних зіткнень [5, с. 40]. Проте, на нашу думку, припущення даних авторів являються не до кінця обґрунтованими.

Варто також відзначити, що на сьогоднішній день в науковій літературі існує чимало думок щодо місця і значення компромісу в суспільних відносинах. Деякі вчені основну увагу зосереджують на функціональному підході до з'ясування правової природи конфліктних правовідносин. Так, наприклад у теоріях, виведених Т. Парсонсом, зазначає, що компроміс є головним засобом вирішення конфліктних правовідносин, в основ якого лежить адекватне застосування механізмів впливу, необхідних для еволюційних зрушень у системі політичної влади [6, с. 45]. В такий спосіб Т. Парсонс зосереджує основну увагу на ролі та динаміці компромісу в системі політичної влади.

В свою чергу, представники концепції соціального конфлікту категорично заперечують існування функціонального підходу до визначення компромісних правовідносин. Яскравим представником окресленої концепції є Р. Дарендорф, на переконання якого рівноважна функціональна система як ідеальне уявлення – жахлива думка. Це буде суспільство, де кожен і все має закріплене за собою місце, відіграє власну роль, виконує власну функцію, де все йде як по маслу, і тому ніщо й ніколи не потребує зміни; раз і назавжди правильно впорядковане суспільство [7, с. 374]. Тобто дослідник вважає, що безконфліктного суспільства не може бути в апріорі. Ведучи мову про конфліктні

правовідносини, П. Рахшмір наголошує на тому, що вони найглибше розкриває суть компромісу і є його передумовою. Конфлікт для компромісних правовідносин являється перманентним джерелом суспільної динаміки, що заперечує згоду, але паралельно й підживлює її. Згода не виключає конфліктів, а знаходиться в постійній взаємодії з ними [8, с. 61].

Спроба інтегрувати ці обидва підходи була зроблена Л. Козером, який вказав на необхідність розрізнення конфліктів, що «виникають у межах базового консенсусу», і тих, «що ставлять під питання самі ці межі» [9, с. 97]. Спосіб захисту від подібної загрози Л. Козер бачить в інституціоналізації конфлікту й терпимості щодо нього, а також у створенні свого роду «захисних клапанів», які сприяють зміщенню цілей суб'єкта та спонукають його прагнути не «вирішення незадовільної ситуації, а лише зняття напруження, що виникло з цієї причини» [9, с. 183]. Лише систему, де згода поєднується з конфліктом, що не підриває її основ, можна вважати достовірно компромісною.

Таким чином, конфліктні та компромісні правовідносини є взаємообумовленими та взаємодіючими засобами забезпечення суспільного порядку та врівноваження спірних відносин.

---

1 Зайцев И.М. Сущность хозяйственных споров. – Саратов, 1974. – 157 с.

2. Тихомирова Є.Б., Постоловський С. Р. Конфліктологія та теорія права переговорів: Підручник. – Рівне: Перспектива, 2007. – 389 с.

3. Хлібороб Н.Є. Теоретико-правові аспекти сутності публічно-правових спорів // Держава та регіони. Серія: Право. – 2010. – № 3. – С. 214–220.

4. Дарендорф Р. Элементы теории соціального конфликта // Социологические исследования. – 1994. - № 5. – С. 142–147.

5. Лях А.Н. Социальный конфликт в России: исторические особенности и современное состояние: дис. … канд. философ. наук. – М., 1995.

6. Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л.А. Седова, А.Д. Ковалева; под ред. М.С. Ковалевой. – М.: Аспект Пресс, 1998. – 270 с.

7. Дарендорф Р. Тропы из утопии / Пер. с нем. Б.М. Скуратова, В.Л. Близнекова. – М.: Праксис, 2002. – 536 с.

8. Рахшмир П.Ю. Консерватизм и либерализм: метаморфозы консенсуса // Политические исследования. – 2005. – № 5. – С. 60–80.

9. Козер Л. Функции социального конфликта / пер. с англ. О.А. Назаровой; под общ. ред. Л.Г. Ионина. – М.: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги, 2000. – 205 с.

СКОРОБОГАТОВ Андрей Валерьевич,
доктор исторических наук, доцент,
профессор кафедры теории и истории государства и права
Института экономики, управления и права (Казань)

ПРАВОПОНИМАНИЕ КАК КАТЕГОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Термин «право» во всех языках мира довольно многозначен, поэтому так или иначе отражает многообразные проявления этого многостороннего и, можно сказать, многоликого феномена общественной жизни. Исторические особенности формирования национальных правовых систем способствовали не только совершенно различной формы права, но и привели к созданию разных образов права, отличающихся по представлениям об истоках права и его месте среди источников социального регулирования. Речь идет не просто об отдельных концепциях правопонимания, а о формировании господствующего в том или ином обществе устойчивого представления о праве, определяющего характер правовой реальности в целом, и характер и содержание правотворчества и правоприменения в частности. Это позволяет рассматривать правопонимание как одну из категорий сравнительного правоведения и проанализировать ее в институциональном, функциональном и субъект-объектном контекстах.

Правопонимание – это процесс и результат осмысления социальных явлений, признаваемых в обществе в качестве правовых, посредством которого формируются смысл права, теоретическое представление о нем. В ходе правопонимания устанавливается цель права в иерархии целей государственной, общественной, личной жизни человека. Процесс понимания права, осмысления его роли в общественной жизни, значения и сущности, ценностной природы осуществляют не только ученые, но и другие участники правовой жизни общества.

Одновременно правопонимание представляет собой метод конструирования, или порождения смысла права, предваряющий любую дальнейшую аналитическую познавательную деятельность, связанную с реконструкцией личностных измерений объективированных явлений.

Таким образом, правопонимание – это философско-правовая категория, включающая в себя как интеллектуальную познавательную деятельность, ее отдельные элементы (восприятие, оценка, представления), так и систему интерпретируемых правовых явлений, полученных в результате познавательно-правовой деятельности. Правопонимание отражает процесс и результат целенаправленной мыслительной деятельности человека, включающий в себя познание права, его восприятие (оценку) и отношение к нему как к целостному социальному явлению. В таком смысле правопонимание позволяет глубже изучить ту или иную национальную правовую систему, выявить ее исторические и современные особенности, ее соотношение с иными правовыми системами.

При изучении национальных правых систем особое значение имеют следующие признаки правопонимания:

1. Категориально-познавательный характер, означающий, что данный феномен отражает итоги, научные и социальные результаты познания общих закономерностей права, выступая наиболее общей в данном контексте формой анализа знаний. Правопонимание создается путем развития познавательных актов человеческой и не способно к саморазвитию вне познающего субъекта.

2. Общеправовой характер, отражающий то, что содержанием категории выступают, во-первых, знания о праве, о закономерностях его становления, развития, функционирования в обществе; во-вторых, эти знания имеют наиболее общую степень абстракции, то есть направлены на исследование общих существенных закономерностей бытия права.

3. Научный характер категории предполагает, что содержащиеся в ней знания должны отвечать критерию научности, то есть быть логически и объективно истинными в той системе и уровне научно-практического знания, которыми располагает на данный момент соответствующее общество.

4. Теоретический характер отражает функционирование категории в процессе познания, имеющего теоретическую природу, то есть направленного не на получение фактов, а на выявление внутренних связей и закономерностей правовой действительности, не представленных непосредственно в эмпирическом восприятии между фактами и иными категориями правовой науки.

5. Интегральный (синтетический) характер, который выражается в сочетании деятельностных и результативных элементов. Правопонимание одновременно является и процессом познания сущности права и результатом его теоретического осмысления.

В сравнительно-правовых исследованиях правопонимание может выполнять ряд функций:

1. Функция научного обоснования права. Именно в контексте развития логически завершенного категориального аппарата мыслится развитие правовой науки в целом, и общей части сравнительного правоведения в частности. Целью при этом является полное описание закономерностей развития права.

2. Мировоззренческая функция служит основанием связи правопонимания и принятой в данном обществе политики, с учетом духовных традиций общества.

3. Утилитарная функция правопонимания проявляется в систематизации правовых ценностей, а также проверке на объективную истинность в контексте существующих способов познания правовых приоритетов (ценностей), которые на данном этапе своего развития данное конкретно-историческое общество считает необходимым поставить в основание построения своей правовой системы и организации правопорядка.

4. Эвристическая функция служит основанием развития науки о праве, достижения нового уровня познания правовой действительности. В рамках данной функции правопонимания, как и иные научные категории, выступает средством открытия новых истин, движения к абсолютной истине путем выявления новых закономерностей права.

5. Организаторская функция выступает основанием разработки научных основ практической юридической деятельности.

Хотя объектом правопонимания могут быть и право в планетарном масштабе, и право конкретного общества, и отрасль или институт права, и даже отдельные правовые нормы, для целей сравнительно-правового исследования наиболее целесообразно использовать в качестве объекта правовые системы конкретных обществ.

Субъектом правопонимания всегда выступает конкретный человек. В зависимости от уровня правовой рефлексии можно выделить три группы субъектов:

1) гражданин, обладающий минимальным правовым кругозором, столкнувшийся с проблемами права вообще;

2) юрист-профессионал, имеющий достаточный запас знаний о праве, способный применять и толковать правовые нормы;

3) ученый, человек с абстрактным мышлением, занимающийся изучением права, обладающий суммой исторических и современных знаний, способный к интерпретации не только норм, но и принципов права, владеющий определенной методологией исследования.

Несмотря на то, что правопонимание всегда субъективно, исторически складывающиеся представления о праве в том или ином обществе будут совпадать. Ведущий вклад в этот процесс будет вносить правовая доктрина, определяющая характер правотворчества и правоприменения. Однако в свою очередь формирование правовой доктрины определяется тем характером правовой материи, который существует в определенном пространственно-временном континууме.

НАСТАСЯК Ірина Юріївна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та філософії права
Національного університету «Львівська політехніка»

ВИДИ ПРАВОВОГО ВПЛИВУ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Актуальність вибраної теми зумовлена тим, що характер практичних рекомендацій щодо модернізації правової системи Української держави значною мірою залежить від якості дослідження правового впливу, його видової характеристики та особливостей, вдосконалення уявлень про можливі способи його оптимізації.

Вітчизняні та зарубіжні учені вивчали і вивчають широке коло питань, так чи інакше пов'язаних із загальною теорією правового впливу. Особливої уваги заслуговують праці А. Венгерова, І. Дюрягіна, В. Гоймана, В. Горшенєва, Д. Керімова, В. Кудрявцева, В. Лазарєва, А. Малька, М. Матузова, П. Нед-

байла, П. Рабіновича, В. Сирих, Ю. Тихомирова, Р. Халфіної, А. Черданцева, Л. Явича та інших відомих науковців. Проаналізувавши теоретичний доробок учених, можна оцінити стан окресленої проблеми та визначити ті питання, які досі не були предметом дослідження.

Мета наукової розвідки полягає в порівняльному аналізі видів правового впливу, що дуже важливо для створення цілісного уявлення про природу цього складного процесу.

Правовий вплив доцільно розглядати як інформаційний, ціннісно-мотиваційний і регулятивний вплив на суспільні відносини в межах відповідного простору, часу та кола осіб [2, с. 53].

Інформаційний вид правового впливу виявляється у впливі на свідомість соціальних суб'єктів і здійснюється через засоби масової інформації, у яких публікують тексти нормативно-правових актів, нормативних договорів, судових прецедентів. Засоби, спрямовані на доведення змісту правових норм до суб'єкта права, формують механізм інформаційного впливу права. Він передбачає три етапи: обнародування нормативно-правового акта, міжнародного договору чи рішення суду, що містять норму права; сприйняття правової інформації; формування відповідних знань про право, яке діє (правової ідеології).

Отже, інформаційних вплив права – це правовий вплив на свідомість суб'єктів з метою інформувати їх про зміст норм права, що сприяє формуванню знань і уявлень про чинне право, дозволену і заборонену поведінку.

Однак знання права недостатньо для його реалізації. Потрібно, щоб суб'єкт був переконаний у тому, що діє і надалі діятиме згідно з правовими приписами. Така певність дозволяє сформувати ціннісно-мотиваційний вплив права – вплив на свідомість суб'єкта і його поведінку, що виражається в усвідомленні суб'єктом цінності права і сприяє формуванню відповідної мотивації для правомірної поведінки.

Якщо об'єктом інформаційного впливу є здебільшого свідомість, виражена у формі знань та уявлень про чинне право, то ціннісно-мотиваційного – свідомість, виражена у формі думок, переконань, почуттів, установок, а також поведінки.

Друга відмінність між цими видами правового впливу полягає у співвідношенні цілей та результату. Ціллю інформацій-

ного впливу права є інформувати суб'єктів права про зміст норми права, що безпосередньо позначається на формуванні їхніх знань та уявлень про чинне право, його практичне застосування, правотворчу практику і практику тлумачення права. Ціллю ж ціннісно-мотиваційного впливу є: усвідомлення права як цінності; формування в суб'єкта правової мотивації, тобто зумовленого актуалізованою потребою намагання дотримуватись правових приписів [4, с. 39].

Ціннісно-мотиваційний вид правового впливу має свій специфічний механізм – систему прийомів, чинників, способів, спрямованих на усвідомлення права як цінності, формування в суб'єкта бажання діяти згідно з правовими приписами. Цей механізм передбачає, зокрема, такі стадії: усвідомлення цінності права (свободи, порядку і справедливості); усвідомлення власної і чужої свободи; усвідомлення того, що право є нормативною формою свободи, порядку і справедливості [3, с. 56]. Ці стадії забезпечують розуміння цінності права.

Відмінність механізмів розглянутих видів правового впливу полягає в тому, що дії, вчинювані в рамках механізму інформаційного впливу, не мають ціллю перевести зміст правових норм у правомірну поведінку [5, с. 452]. Для цього є інший вид – ціннісно-мотиваційний, який передбачає дії, пов'язані з ціннісним аналізом правових приписів, з їх оцінкою і формуванням правових установок особистості.

Аналіз етапів механізму ціннісно-мотиваційного впливу права дає змогу виявити причини та умови, що перешкоджають ефективній реалізації права, з'ясувати способи підвищення рівня правової культури, дослідити причини та передумови появи правового нігілізму.

Ще одним видом правового впливу є нормативний вплив, різновидом якого вважають правове регулювання. Сутність нормативного впливу полягає в тому, що він спрямований на регламентацію поведінки та діяльності суб'єктів права, суспільних відносин, які входять до предмета правового регулювання, а також на встановлення засобів захисту та заходів відповідальності за невиконання юридичних обов'язків і порушення суб'єктивних прав [1, с. 76]. Нормативний вплив передбачає регламентацію правотворчого процесу, процесу реалізації прав та обов'язків суб'єктів цих відносин, а також правозастосовної діяльності.

Підсумовуючи, зауважмо, що дослідження проблеми правового впливу на суспільну дійсність дає змогу розкрити сутність та природу цього складного соціально-правового процесу, а також поглибити знання щодо функціонування правової системи загалом.

---

1. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юрид. лит., 1966. – 187 с.

2. Гойман В.И. Действие права: методологический анализ. – М.: Акад. МВД РФ, 1992. – 182 с.

3. Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1982. – 144 с.

4. Лазарев В.В. Сфера и пределы правового регулирования // Советское государство и право. – 1970. – № 11. – С. 38–44.

5. Мальцев Г.В. Социальные основания права. – М.: Норма, 2007. – 800 с.

ТЮРІНА Оксана Володимирівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Національної академії внутрішніх справ

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ КОНТЕКСТ ВЗАЄМОЗУМОВЛЕНОСТІ ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Феномен правової системи, різні типи праворозуміння є предметом досліджень вітчизняних та зарубіжних вчених. Нарівні з цим, є наукова та методологічна можливість саме в рамках порівняльного правознавства додати їм нового контексту як у вигляді дослідження взаємозумовленості праворозуміння і особливостей національних правових систем, а у більшому вимірі й правових сімей, так і вивчення того загального, що властиво праворозумінню поза національною обумовленістю і що відбиває загальносвітові та історичні тенденції його розвитку.

При наявній численності і різноманітті підходів до визначення поняття національної правової системи, що пропонуються сучасним порівняльним правознавством, в узагальненому виді, її можна представити, як сукупність взаємопов'язаних правових явищ і юридичних процесів, зумовлених об'єктивними законо-

мірностями та історичним шляхом розвитку суспільства; що має унікальні (властиві певній національній правовій системі), особливі (властиві певній сукупності національних правових систем, об'єднаних спільністю історичного формування, структурою та джерелами права, провідних галузей і інститутів права, специфікою правозастосування, юридичною термінологією, що в найпоширеному варіанті позначається як правова сім'я) та загальні (притаманні правовій системі як об'єктивно існуючому явищу, відповідній науковій конструкції) риси і характеристики. Підтримуючи позицію С.С. Алексеєва, що виходить із значних потенційних пізнавальних можливостей порівняльно-правового методу і зазначає, що останній допомагає «не тільки виявити протилежність, відмінності і риси спадкоємності правових систем різних історичних типів і правових сімей, але і (що, можливо, найважливіше) формулювати загальнотеоретичні положення і конструкції, виявити закономірності функціонування і розвитку, які враховують особливості правових систем різних соціальних структур, епох, країн» [1, с. 32–33], можна зазначити, що аналіз проблеми взаємозумовленості праворозуміння і природи правової системи пов'язаний як з уявленням про право як соціальне явище, так і з особливостями функціонування правових систем та тенденціями розвитку правових сімей, що сприятиме поглибленню порівняльно-правових досліджень, зокрема в аспекті дослідження різномаїття юридичної карти світу, типологізації правових систем, дослідження можливостей правової уніфікації, і набуває наукового та практичного значення у контексті діалогу правових систем в умовах глобалізованого світу, інтеграційних процесів у світовому правовому просторі із одночасним збереженням власної національної унікальності, що в свою чергу окреслює відповідні орієнтири розвитку порівняльного правознавства.

Правова система як складне і динамічне явище є соціально детермінованою різними чинниками як матеріального, так й духовного характеру, і в той же час виступає стабілізуючим чинником суспільного життя, що знаходить фактичний вимір у правовому житті як предметних формах буття людини і суспільства, їх ставленні до права, сфері здійснення права тощо. Функціонування правової системи відбувається у правовому середовищі, що визначається як здійснення всієї сукупності форм і змісту дійсного права у просторовому, часовому вимірах та соціальному

русі [2, с. 30]. Саме в межах правового простору право реалізує своє основне призначення – регулювання суспільних відносин, особливості якого зумовлені як національною правовою доктриною, так й державною організацією певного суспільства, що має відповідну соціальну структуру, власний генезис формування та розвитку, територіально-географічні умови функціонування, певний рівень економічних потреб, культурні особливості тощо.

Діалектика взаємодії праворозуміння та юридичної практики свідчить, що національна правова доктрина в певній правовій системі зумовлена домінуючим в ній типом праворозуміння, який пронизує всі рівні та елементи правової системи, і є не абстрактним рівнем пізнання правових явищ, а таким, що дає можливість через теоретичні підходи дослідження права обґрунтовано, виважено розв'язувати проблеми правового регулювання. Водночас зазнаючи впливу широкого спектру факторів соціально-економічного, політичного, релігійного, історичного характеру, правова система здатна через свої елементи та їх зв'язки між собою обумовлювати специфіку праворозуміння як філософсько-правової категорії та інтелектуально-розумового процесу, що дає можливість пізнавати право в усіх його вимірах, і через пізнання права, у зворотному порядку, впливати на розвиток права, удосконалення юридичної діяльності в межах певної правової системи, формування правосвідомості та правової культури суспільства, а також на тенденції правового розвитку світового співтовариства.

В рамках порівняльного правознавства, використовуючи його предметну та методологічну специфіку, завдяки визначенню взаємозумовленості праворозуміння та правової системи і відповідної правової сім'ї, є можливість комплексно досліджувати плюралізм праворозуміння через виявлення унікального, особливого та загального, що притаманне праворозумінню певних правових систем, правових сімей та юридичної карти світу в цілому як у діахронному, так й синхронному вимірі, що може визначатися як один з контекстів пізнання відповідних юридичних конструкцій.

---

1. Алексеев С.С. Общая теория права. – М.: Юридическая литература, 1981. – Т. 1. – 359 с.

2. Правові системи сучасності: навч. посіб. для магістрів права / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. – К.: Вид-во «Юридическая думка», 2012. – 492 с.

КРЫВЦОВА Ирина Сергеевна,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры права ЕС
и сравнительного правоведения
Национального университета
«Одесская юридическая академия»

СИНЕРГЕТИЧЕСКИЕ МОДЕЛИ В ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУКАХ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ПРАКТИКИ АПРОБАЦИИ

Применение идей синергетики в отраслевых правовых науках носит фрагментарный характер. Отсутствие фундаментальных теоретико-методологических работ изыскания онтологических и гносеологических возможностей синергетики в праве не способствует поиску «коэффициента полезности» идей синергетики в прикладной правовой сфере, при познании конкретных элементов этой реальности в ходе проведения отраслевых исследований.

Сравнительный анализ имеющейся практики апробации идей синергетики в отраслевых правовых исследованиях, позволил прийти к следующим умозаключениям.

Необходимо разграничивать использование синергетических моделей в правовой науке и в отрасли права, которую отраслевая наука обеспечивает теоретико-методологическими знаниями.

Возможность применения идей синергетики в отрасли права видится, например, в пересмотре предмета ее правового регулирования.

Так, для экологического права взгляд на мир сквозь призму идей синергетики позволяет интерпретировать эколого-правовые отношения как диалог между равноправными сторонами – природой и обществом, органическая взаимосвязь обеих исключает представление механистического статуса природного фактора в этих отношениях и отводит последнему определяющую роль, свойства и закономерности развития которого «сообщают отношению динамизм, побуждают субъективную сторону отношения к адекватному ответу, их системному выражению

для удовлетворения потребностей субъекта (общества) и достижения целей экологической деятельности» [1, с. 14–15].

Возможность применения идей синергетики в отраслевой правовой науке видится: *во-первых*, в пересмотре объекта и предмета изучения науки.

Так, для цикла уголовно-правовых наук объект изучения в свете синергетической картины мира предстает как сложные системные образования, в процессе развития которых наблюдается действие законов самоорганизации. Например, рассмотрение феномена преступности сквозь призму идей синергетики позволяет выявить в динамике этого явления два типа процесса самоорганизации – внутренний, приводящий к усложнению структуры преступности, появлению новых взаимосвязей и собственно организованной преступности, и внешний, который приводит к упорядочению места преступности в социальной системе, то есть преступность, самоорганизуясь, может приспосабливаться к социальным условиям. Так же синергетика обязывает учитывать состояние неустойчивости, что подталкивает к выводу о том, что все причины и условия преступности в период ее стабильности не могут оказать существенного влияния на ее динамику, но в момент нестабильного состояния преступности небольшой комплекс причин проявляется на общем фоне условий и может вызвать процесс самоорганизации преступности [2]. Или, например, синергетическое конструирование предмета криминалистики предполагает понимание под ним не только общего, повторяющегося, но и случайного, индивидуального. В него должны входить, как сам процесс выявления закономерностей при изучении реальных объектов, процессов, явлений, связанных с событием преступления и с работой по уголовному делу, так и изучаемые выявленные существующие закономерности тех же объектов, процессов и явлений, но и случайные объекты, процессы, явления, связанные с событием преступления [3, с. 8].

Во-вторых, в использовании гносеологического потенциала синергетики в целях преодоления методологического кризиса отраслевых правовых систем знаний и увеличения разнообразия их познавательного инструментария.

Так, в конституционно-правовой науке результат методологической редукции идей синергетики представляет учение о

полицентризме (наличие множества автономных властных единиц, их взаимодействие на основе принципов сотрудничества, конкуренции и стремления к самостоятельному урегулированию конфликтов, оптимальное разграничение компетенции, максимальное участие институтов общественной и государственной власти) [4, с. 5–16].

Наблюдаемый в административно-правовой науке методологический кризис представляется возможным преодолеть при использовании познавательных возможностей синергетического подхода, утверждении принципа междисциплинарности исследовательской деятельности, конструировании нового видение предмета изыскания. Как представляется, в свете синергетических моделей административно-правовая среда входит в качестве составляющей в более общие, фундаментальные управленческие процессы, благодаря синергетики достигается понимание упорядоченности как результата сложного взаимодействия разнонаправленных тенденций бытия, и в этом смысле порядок складывается не только на основании законов, но и из параметров социального регулирования, как «ограничения, инвариантность, допустимость и регулярность» [5].

Таким образом, проанализированная практика апробации идей синергетики в отраслевых правовых исследованиях свидетельствует о теоретико-методологической пригодности синергетических конструкций для исследования элементов правовой реальности.

---

1. Шестерюк А.С. Экологическое право: проблемы методологии: дисс. …д-ра юрид. наук: 12.00.06. – Санкт-Петербург, 2000.

2. Арзамасцев М.В. Возможности синергетического подхода при анализе динамики преступности [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://sartraccc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/arsamaszev (15-04-05).htm#_ftnref4

3. Бабаева Э.У. Криминалистика – наука и учебная дисциплина // Вестник криминалистики / отв. ред. А.Г. Филиппов. – М.: Спарк, 2005. – Вып. 1 (13).

4. Глигич-Золотарева М.В., Добрынин Н.М. Синергетика федерализма. Часть 1 // Право и политика. – 2006. – № 11.

5. Труфанов М.Е. Методологическая база познания реализации норм административного права // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2006. – № 1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://alldocs.ru/zakons/index.php?from=15448

МАТВЄЄВА Юлія Іванівна,
старший викладач кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

ПРИНЦИП ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ ЯК ВІДПОВІДНІСТЬ ЗАКОННИМ ОЧІКУВАННЯМ ЛЮДИНИ

Аналізуючи рішення Європейського Суду з прав людини, можна відзначити, що законні та справедливі очікування людини іноді становлять підставу для задоволення вимог заявників, а відповідність правової норми законним очікуванням людини є складовою поняття принципу правової визначеності. Так, у справі «Подколзіна проти Латвії» заявниця мала чинну довідку про володіння державною мовою, виконану в належній формі й видану Постійним комітетом після іспиту. Це їй потрібно було для того, щоб реалізувати своє право бути обраною до органів державної влади Латвії. Латвійські органи влади не заперечували чинності цього документа, але, незважаючи на це, зажадали від заявниці скласти додатковий мовний іспит, разом з вісьмома іншими кандидатами із 21, від яких вимагали подати довідку про володіння державною мовою. Оцінити ці знання мала на власний розсуд лише одна посадова особа, дискреційні повноваження якої Суд визнав надмірними. Суд також висловив здивування, що, як стверджується у версії заявниці, яку Уряд не заперечує, ця посадова особа запитувала заявницю про причини її політичних симпатій.

При цьому Європейський Суд з прав людини визнав, що, за відсутності об'єктивних гарантій, процедура, якої було дотримано в справі заявниці, суперечила процедурним вимогам справедливості та правової певності критеріїв наявності права на вибори. На думку Суду, цей висновок підтверджувався тим фактом, що під час розгляду заяви, поданої заявницею для розгляду в порядку судового нагляду, Ризький регіональний суд взяв до уваги лише довідку, видану внаслідок оскарженого іспиту, і визнав ці результати як неспростовні. Отже, Суд одноголосно по-

становив, що було допущено порушення статті 3 Протоколу N 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [1].

Таким чином, у даній справі заявниця законно очікувала, що при відповідності її знань мови об'єктивним критеріям, що визначені у законодавстві країни, вона зможе реалізувати своє право бути обраною. З цього можна зробити висновок, що очікування особи є законним лише у тому випадку, коли воно ґрунтується на об'єктивних критеріях, що визначені нормативно-правовими актами.

Іншим рішенням, у якому Європейський Суд з прав людини розглянув ситуацію у контексті відповідності норми законним очікуванням людини, є суперечливе рішення у справі «Еванс проти Сполученого Королівства». У вказаній справі, Суд знайшов, що «переконливі стратегічні міркування були покладені в основу законодавчого рішення на користь правила чіткої лінії (*bright-line rule*), яке забезпечить правову визначеність та збереже громадську впевненість в законі щодо надто чутливої сфери.

Суд ще раз вказав на те, що прийняття державою законодавства, котре регулює важливі аспекти приватного життя і не дозволяє зважувати конкуруючі інтереси у світлі обставин кожної індивідуальної справи, не суперечило вимогам ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Суд визнав, що законодавче вирішення питання про штучне запліднення спрямоване на забезпечення чіткості та належного формулювання норми, що переслідує мету як забезпечення правової певності, так і захисту публічної впевненості у законі у дуже делікатній сфері суспільних відносин. Суд підтримав Апеляційний суд у тому, що зробити відмову чоловіка від згоди на штучне запліднення важливою, але не вирішальною, чи надати повноваження клініці, суду або іншому незалежному органу скасовувати необхідність згоди донора, не лише створять проблеми зважування відповідних прав сторін, особливо у разі зміни індивідуальних обставин у період часу від початку лікування, але й «ще більш ускладнять проблему свавільності та непослідовності».

Таким чином, на думку Суду, у прийнятті чіткої та принципової норми Закону 1990 року, роз'ясненої сторонам лікуван-

ня шляхом штучного запліднення і зрозуміло викладеної у документах, підписаних обома сторонами, відповідно до якої кожна з них може відмовитися від згоди на продовження процесу штучного запліднення на будь-якій стадії до моменту імплантації ембріона, Сполучене Королівство не перевищило надану йому межу оцінювання у регулюванні цього питання і не порушило справедливого балансу, що його вимагає положення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [2].

У даному випадку склалася ситуація, коли жінка (заявниця) справедливо очікувала, що вона зможе реалізувати своє право бути матір'ю дитини, незважаючи на хворобу, яка виключала можливість народити дитину. Однак з іншої сторони у чоловіка також було наявне законне очікування на те, що він як чоловік матиме всі права, які було роз'яснено і викладено у документах, які були підписані сторонами. Таким чином, для задоволення законних очікувань людини у конфліктних та делікатних ситуаціях держава зобов'язана приймати чіткі, принципові та послідовні правові норми.

Проаналізувавши вищевказані рішення Європейського Суду з прав людини можна зробити наступні висновки щодо законних очікувань людини як одного із аспектів правової визначеності:

1. очікування особи є законним лише у тому випадку, коли воно ґрунтується на об'єктивних критеріях, що визначені нормативно-правовими актами;

2. для задоволення законних очікувань людини у конфліктних та делікатних ситуаціях держава зобов'язана приймати чіткі, принципові та послідовні правові норми.

---

1. Case of Podkolzina v. Latvia [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item= 1&portal =hbkm&action=html&highlight=Podkolzina%20|%20v.%20|%20Latvia&s essionid=52557538&skin=hudoc-en

2. Case of Evans v. the United Kingdom [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view. asp?item =41&portal=hbkm&action=html&highlight=united%20|%20kingdom&ses sionid=52557538&skin=hudoc-en

ТОКАРСЬКА Антоніна Семенівна,
доктор юридичних наук, професор
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ЗАРУБІЖНА МОДЕЛЬ ПРАВОВОЇ КОМУНІКАЦІЇ

Нова політика комунікації разом із новою етикою комунікації може стати «регулятором правового впорядкування суспільного життя» [2]. В основі такої ідеї фактично лежить поняття всезростаючої еволюції свобод і обов'язків. Це – пізнання наявних прав з метою подальшого розширення свобод, появи нових прав і обов'язків людини і громадянина.

Нова етика комунікації повинна бути побудована на відмові від пропаганди. Цей шлях вказує на незворотність і потребу відмови від превалювання однієї з форм соціальної комунікації над двома іншими – міжособистісною та груповою. До того ж виявилася нежиттєздатність утопічних ідей «вільного для всіх» самовираження: «свобода комунікації не є синонімом того, що кожний має можливість сказати все, що завгодно і кому завгодно, коли завгодно і як завгодно. Для соціальної комунікації не може бути іншого ідеалу, ніж зрозумілий і урівноважений діалог між передавачами і приймачами повідомлень» [2, с. 11].

Чимало дослідників зробили свій внесок у вивчення цієї актуальної теми. Це Ю. Габермас, Д. Горн, Г. Зікман, К. Ясперс, а також С. Максимов, А. Поляков, І. Честнов, Л. Удалова, та ін. Проте філософсько-правова проекція цієї надзвичайно важливої суспільної проблеми лише починає розвиватися на ґрунті «лінгвістичного повороту». Потреба вивчати зарубіжний досвід забезпечення і розвитку основних комунікативних прав визріла давно. Її невивченість дається взнаки як у теоретичній площині філософії права, так і на праксеологічному зрізі сучасної практики здійснення права. На нашу думку, ідею комунікації треба починати втілювати у вітчизняну науку і практику, зіставляючи наявний сучасний досвід світової науки права. Це і є нашою метою.

Так, на прикладі німецького законодавства Гельмут Зікман розглянув зміст і вплив комунікації на межі захисту основних прав громадян. Він окреслив значення основних комунікативних прав. Автор зазначив, що комунікація та її захист є ос-

новними комунікативними правами (ч. 8 ст. 5 і частково ст. 9 Конституції Німеччини), мають високий авторитет, що часто підкреслює Федеральний Конституційний Суд. Суд визнав їх не лише важливою частиною прав особи, а визначив обов'язковою необхідністю і потребою сучасної демократії. При цьому він чітко визначив межі цих прав.

Коли йдеться про межі основного правового захисту, комунікативні основні права виявляють у цьому відношенні особливість, а спосіб і якість отриманого повідомлення швидко забезпечують результат правової оцінки. В більшості випадків це відрізняє не лише основні комунікативні права, тут перемагає значимість. Коли справи, які приймають для розгляду, є складними і правові цінності для їх фактичного або заявленого (формального) правового захисту ускладнюються, одержують перепони, тоді високо ціниться диспозиція держави у боротьбі за думку, висловлювання і «власне» погоджене право на контроль за змістом і якістю [3, с. 145].

Як зазначають німецькі дослідники у галузі комунікації, загальне право захисту особи може використовуватися як захист гідності і в загальному входити в загальні межі основних комунікативних прав.

Основні права третіх осіб також повинні бути захищені комунікативними свободами. Однак не лише про основні права, а й про їхні обмеження для окремих осіб слід подбати. За визначеним основним правом конституційної держави, головною особою (центром) повинна залишатися людина (ст. 20 основного закону Німеччини). Вона мусить бути мірою і метою державного порядку, а не лише інституцією чи абстракцією, лише як «життя людини», «людська гідність» або просто «цінність…» Тому права третіх осіб повинні бути враховані при визначенні меж комунікативної свободи.

Традиційна теорія мовної комунікації Дітера Горна зводиться до її аналізу. У розумінні дослідника, юридична теорія поділяє процес комунікації на два етапи. Законодавець видає закони, адресат оволодіває їхнім змістом. Це розмежування прийняте і в інших дисциплінах, таким чином, мабуть, найпростіше здійснювати перший підхід. Однак це розмежування не повинно викликати припущення, що в дійсності йдеться про два різні процеси. Кайнц наголошує, що результати говоріння і розуміння можуть сприйматися правильно лише в тому випадку,

якщо вони нав'язані мовною комунікацією [3, 21]. Адже, Генеральна конференція Міжнародної комісії з вивчення проблем комунікації вперше проголосила (1969 р.*) «право людини на комунікацію»:* «Загальна декларація прав людини, в якій… вперше у статті 19 встановлювалося право людини на інформацію, коли-небудь повинна буде визнати більш широке право людини на комунікацію» [2].

Це право поки що перебуває на стадії поступового «визрівання і збагачення». Нове право є не заміною вже проголошених прав, а доповненням, яке має підстави для існування.

Національна інтерпретація та глибинна причина актуалізації проблем професійної правової комунікації природна й обумовлена соціальними потребами. Процес творення комунікативних прав не може відбуватися стихійно, хоча і регламентація його не повинна бути волюнтаристською.

---

1. Жоль К.К. Философия и социология права: учеб. пособ. – К.: Юринком Интер, 2000. – 480 с.

2. Малахов В.П. Философия права. Альбом схем: Учеб. пособ. – М.: ИНФРА-М, 2001. – 118 с.

3. Dieter H. Rechtssprache und Kommunikation: Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie. – Berlin: Duncker & Humblot, б/р.

4. Law enforcement communication and community / H. Giles, M. Chernikoff Anderson, T. Knutson and others. – S. Barbara, 2002. – 265 p.

ОЛЕКСЮК Мирон Мирославович,
кандидат філософських наук, доцент,
професор кафедри філософії і політології
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ЗАРУБІЖНА ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ПАРАДИГМА ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XX СТ.: ДИСКУРС НАВКОЛО ПИТАННЯ ПРО ПРИНЦИП РІВНОСТІ

Актуальність питання функціонування принципу рівності як системо-формуючого начала правової системи визначається в першу чергу тим, що з другої половини XX століття ми стаємо свідками поступових змін у рамках ліберальної філософської

парадигми у напрямку домінування плюралізму думок та тверджень. Саме тому не можна виробити певного всезагального критерію поняття рівності у її філософсько-правовому вимірі, а тому у цьому випадку крайні вислови ліберально-філософської думки у рівній мірі можуть бути доречними.

Варто зазначити, що розробці даних проблем присвячено чимало наукових робіт. Тут варто відзначити напрацювання Т.А. Алексєєвої, М.М. Гуренко, О.В. Грищук, Ю.Ф. Кравченка, В.В. Хмель та ін. Важливі питання даної проблематики піднімаються у роботах І. Берліна, Р. Дворкіна, Ф. Гаєка, Г. Кельзена, Х. Харта, Е. Флу, П. Рікера, Дж. Роулза та ін.

Саме тому поставлена у даному дослідженні мета – дослідити особливості функціонування принципу рівності у зарубіжних філософсько-правових концепціях другої половини XX ст., на нашу думку, являється особливо доречною та актуальною.

У політико-правовій думці сучасного неолібералізму рівність тлумачиться у невід'ємному контекст з такими основоположними його засадами як свобода та справедливість, що виступають пріоритетними у концепції Дж. Ролза. У своїй хрестоматійній праці «Теорія справедливості» він виділяє три рівні застосування концепцій справедливості, у рамках яких застосовується принцип рівності. Якщо на першому з них рівність виступає «справедливістю як правильністю» та стосується адміністративних засад функціонування інституціонального та пов'язується із громадськими системами правил буття соціального, то на другому існує у структурно-інституціональному вияві, який передбачає рівність прав між членами суспільства, і, нарешті, останній рівень передбачає наявність моральних особистостей [3, с. 681–682].

Теоретичне обґрунтування справедливості як однієї із засад існування справедливості у суспільстві призводить Дж. Ролза до виявляння двох концепцій рівності залежно від способу потрактування соціальних процесів. У першому випадку рівність трактується як засада розподілу благ, у другому – як реалізацію відносин між людьми безвідносно до їх соціального статусу. Перша – існує на інституціональному рівні, друга – на рівні принципів стосунків моральних осіб [3, с. 689].

Треба зазначити, що наприкінці XX ст. пріоритет у формуванні особливої теорії рівності – егалітарної перейшов до амери-

канського філософа права Р. Дворкіна, який розвиває неоліберальні ідеї своїх попередників, поняття рівності, справедливості та свободи тлумачить у нерозривній взаємній єдності, що не передбачає жодних конфліктів між ними, вважаючи їх взаємодоповнюваними. У своїй роботі «Серйозний погляд на права», аналізуючи конкретну ситуацію з обмеженням свободи та несправедливістю у рамках порушення базового ліберального принципу рівності, він говорить про наявність двох різновидів прав, що забезпечують реалізацію ідей рівності. «Перше – це право на *рівне ставлення*, тобто право на рівний розподіл певної можливості, ресурсу чи тягаря, – пише він. … Друге – право на *ставлення до себе як рівного*; це – право не на те, щоб ви одержавили однакову частку певного тягаря чи блага, а на те, щоб до вас ставилися з тими ж пошаною та піклуванням, як і до будь-кого іншого» [1, с. 322].

Концентрований виклад філософсько-правового підходу до аналізу концепції рівності наприкінці XX ст. можна зустріти у творчості відомого французького філософа П. Рікера. Він зумів своєрідно піднятись над соціально-економічним та політико-правовим розумінням рівності у рамках ідей справедливості, використовуючи свої плюралістичні методи та можливості аналізу соціальної дійсності. «Усе суспільство, якщо розглядати його під кутом зору справедливості, уявляється як система ролей, завдань, прав і обов'язків, переваг і недоліків, благ і труднощів» [2, с. 93].

Філософське осмислення концепту рівності зустрічаємо і у відомих представників аналітичної філософії другої половини XX ст. Не можна не відмітити, що один із визначних її представників Б. Вільямс, котрий вважається найвидатнішим та найвпливовішим британським моральним філософом свого часу, у 60-і роки присвятив цьому свою хрестоматійну роботу «Ідея рівності». Інший британський філософ Е. Флю звертає увагу на питання концепту рівності у його філософсько-правовому вимірі, характеризуючи чотири різновиди рівності у своїй роботі на сторінках одного з наукових журналів у США на початку 80-х рр. XX ст. Розкриваючи сутнісні властивості того концепту справедливості, який називає рівністю можливостей, він звертається до відомої природноправової тези про рівність прав людей від

народження. Е. Флю вважав, що немає жодного формального протиріччя між приверженістю людини до цінностей політичної свободи і визнанням того факту, що від народження всі люди являються суттєво ідентичними. Проте факт, якщо він є очевидним, може призвести до позбавлення цього ідеального положення ряду властивих йому позитивних характеристик [4, p. 19].

Отже, можемо зробити висновок, що у філософських поглядах XX ст. класичні моделі рівності пройшли серйозну трансформацію, детерміновану соціально-економічними та політичним факторами, а становлення сучасної ліберальної теорії у її тісному зв'язку із філософськими традиціями на зламі століть спричинилися до появи плюралістичних підходів до вирішення даної важливої для сучасного глобалізованого соціуму проблеми.

---

1. Дворкін Р. Серйозний погляд на права. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2000. – 519 с.

2. Рікер П. Інтелектуальна автобіографія. Любов і справедливість. – К.: Дух і літера, 2002. – 114 с.

3. Ролз Дж. Теорія справедливості. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. – 822 с.

4. Flew Antony. Four kinds of equality. – Reason Papers. – № 8 (Summer 1982). – P. 7-35.

МІНЧЕНКО Ольга Василівна,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ (Київ)

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ФУНКЦІЙ ПРАВА В УКРАЇНІ ТА ФРН

Терміни «функція», «функціонування», «функціональна цінність» є широко вживаними та сталими у термінології сучасного правознавства, тому що виконують роль пізнавального інструментарія для осмислення ролі та призначення явищ в межах окремих соціальних або правових систем. Враховуючи те, що за умов демократизації суспільного життя, впливу інтеграційних та глобалізаційних процесів все гостріше постають питання стабільності правопорядку, ефективності правового регу-

лювання, проблеми функціональної ролі права або окремих його інститутів стають ще більш актуальними та переходять у розряд першочергових.

Отже, метою статті є порівняльна характеристика розуміння функцій у правознавстві України та ФРН.

У юридичній науці поняття «функція» характеризує соціальну роль держави і права. Майже віковий досвід активного використання поняття «функція права» сьогодні не дозволяє констатувати наявність єдиного погляду на цю проблему. Якщо синтезувати численні точки зору, то можна зробити висновок, що під функцією права розуміють або його соціальне призначення, або напрями впливу на суспільні відносини, або і те й інше разом.

Деякі дослідники розрізняють поняття «функції права» і близькі за змістом юридичні категорії, такі, як «роль права», «завдання права» і «функціонування права». Однак всі ці терміни використовуються для того, щоб висвітлити потенційні та фактичні можливості впливу права на суспільні відносини. Більшість вчених використовують категорію «функції права», завдяки чому надається можливість висвітлення багатоаспектності правового впливу, виокремлення напрямів дії права, в яких конкретизується його сутність права та соціальне призначення. При цьому всі функції права прийнято розподіляти на загальні та спеціально-юридичні, які дещо по-різному характеризуються авторами монографій та навчальних посібників.

Так, серед загальносоціальних функцій виділяють гуманістичну, інформаційну (комунікативну), виховну (або ідеологічну), орієнтаційну тощо. Разом з цим, Ковальський В.С. розглядає систему функцій права як похідну від системи права, у зв'язку з чим пропонує виокремити загальноправові, міжгалузеві, галузеві, а також функції правових інститутів і норм права [1, с. 28].

Існують також інші класифікації функцій права, зокрема, залежно від рівня узагальнення нормативно-правового матеріалу розрізняють основні та неосновні. За рівнем гарантування відповідними публічними інститутами сфери взаємодії суб'єктів функції права поділяють на компромісну, організаційну, стабілізаційну, відновлювально-компенсаційну, соціально-відплатну [1, с. 29].

Дещо аналогічним є розуміння функцій права у правовій доктрині ФРН, проте з деякими особливостями класифікації та інтерпретації змісту.

Щодо поняття категорії «функції права» (law jobs) німецькі юристи часто використовують соціологічний підхід, що дозволяє їм охарактеризувати право через призму його впливу на суспільство.

Виходячи із змістовного аналізу німецької правової теорії, функції права можуть бути представлені у такому переліку: соціальної інтеграції, управління поведінкою, врегулювання конфліктів, легітимації та організації соціальної влади, функція забезпечення свободи, виховна тощо [2, с. 77] Крім того, у німецькій правовій літературі, функції права характеризуються з використанням критерію сфери: політична, соціальна та індивідуальної свободи громадянина, що захищена правом від свавільного втручання держави (сфера вільного волевиявлення). До основних функцій *політичної сфери* відносять функцію унормування суспільного життя, яку поділяють на три підфункції:

1. Підфункція порядку: право як перешкода хаосу (безправ'я). Завдяки праву досягається порядок, який є невід'ємною умовою справжнього захисту правових цінностей.

2. Організаційно-управлінська підфункція. Тут йдеться про втілення політичних цілей у реальну площину життя за допомогою закону.

3. Правовідновлююча підфункція (відновлення порядку) – право служить врегульованому стану державного і суспільного життя та у випадку його порушення має на меті відновити стан урегульованості.

В політичній сфері виділяють також функцію організації і легітимації соціального управління, яку поділяють на чотири підфункції:

1.Підфункцію підтримання (збереження) порядку. Це означає, що право виконує функцію стабілізації державного і суспільного життя, прийняття управлінських рішень.

2. Інтегративну підфункцію, суть якої полягає в тому, що право організовує суспільний і політичний стан в усіх життєвих сферах. Правова єдність водночас означає організаційну єдність.

3. Підфункцію легітимації – влада може функціонувати лише тоді, коли вона є законною, а отже, узгоджується з правом, справедливістю даного суспільства.

4. Виховну підфункцію - існуюче і діюче право впливає на правову свідомість і правові переконання, формує систему правових цінностей, мотивацію правової поведінки.

В *соціальній сфері* дослідники виділяють дві основні функції – це функція програмування (або прогностична) та функція вирішення спорів. Перша проявляється в тому, що право робить суспільні відносини і відносини держави і громадянина передбачуваними, а друга, в тому, що - суди займаються переважно питаннями порушених прав і інтересів, а право є інструментом врегулювання соціальних конфліктів, що зачіпають інтереси суб'єктів права.

У сфері *індивідуальної свободи громадянина, що захищена правом від свавільного втручання держави* (сфера вільного волевиявлення) основною є функція гарантування проголошених у законодавстві прав і свобод людини і громадянина [3, с. 50–62].

Дещо подібну класифікацію функцій права пропонують М.В. Цвік та О.В. Петришин, О.В Зайчук та Н.М. Оніщенко, які також використовують критерій сфери (економічна, політична, духовна) [4, с. 155].

Таким чином, функції права – це головні напрямки впливу права на суспільні відносини, завдяки або в яких виявляється соціальне призначення права в різних сферах суспільного життя. Щодо співставлення розуміння функцій права в українському правознавстві та правознавстві ФРН, то вони є подібними, до яких можна віднести функцію легітимації та організації соціальної влади, функцію забезпечення свободи або тотожними, як, наприклад, виховна та правовідновлююча. Разом з цим, в німецькому праві немає чіткої класифікації функцій права на загальні та спеціально-юридичні, проте виокремлюються регулятивна та охоронна функції.

---

1. Ковальський В.С. Охоронна функція права: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 336 с.

2. Hildendorf E. Dtv-Atlas Recht. – Band 1. Grundlagen Staatsrecht Strafrecht. – München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2008. – 251 S.

3. Rüthers B., Fischer C. Rechtstheorie. - 5, überarbeitete Auflage. – München: Verlag C.H. Beck, 2010. – 633 S.

4. Загальна теорія держави і права: підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – 584 с.

ВОВЧАНСЬКА Лілія Степанівна,
здобувач кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ДІАЛОГІЧНО-АНТРОПОЛОГІЧНА СКЛАДОВА В ЗАРУБІЖНІЙ ОСВІТНІЙ ПРАКТИЦІ

1. У сучасних умовах розвитку суспільства поведінка особи формується під впливом всієї системи соціально-економічних відносин за умов активної ролі громадянської свідомості. Якщо юридична антропологія трактує право як інструмент, який створюється кожним суспільством для розв'язання в ньому конфліктів, то способом реалізації такого права є саме комунікативна діяльність. Сучасне право повинно збагачуватися на підставі порівняльного правознавства, оскільки в ньому відкриваються широкі можливості для використання свободи комунікації і водночас толерантності у сприйнятті іншості. На основі досягнень юридичної антропології у новому світлі постає проблема суверенітету особистості.

2. Проблемам організаційної співпраці через комунікативну реалізацію, крім вітчизняних дослідників (А. Єрмоленко, А. Почепцов та ін.), приділяли увагу зарубіжні дослідники К.-О. Апель, Г.Джайлз, А. Кізер, М. Ван Хоек, А. Мюллер, Д.А. Сіллінс та ін.). Проте порівняльного аналізу діалогічно-антропологічного спрямування комунікативної співпраці у правовому полі на освітньому рівні у вітчизняній філософсько-правовій науці не зроблено.

3. Сучасна освітня модель, на нашу думку, повинна бути вибудувана на основі «запровадження інтегративного навчального курсу «людинознавство» (ідея Б. Мещерякова) та відкриття антропологічних факультетів «у якості експериментальних площадок із «вирощування» нової практики освіти, що розвивається…». Така необхідність підтверджена Львівською лабораторією прав людини і громадянина НДІДБ АПНУ. Зауважена потреба систематизації та визначення сучасних різновидів (антропології), а також встановлення зв'язків між цими різновидами і між ними й деякими суміжними галузями знань.

4. Відтак, наша мета полягає у порівняльному моделюванні вимог до сучасної правової освіти через засоби діалогізації

на основі діалогічно-антропологічного правового підходу. Докорінно змінити практику правоохоронної діяльності можна через нову контрактивну філософію діалогізації взаємин: відому вже демократизацію навчально-виховного процесу, оволодіння професійними, фундаментальними, науковими та прикладними знаннями сучасного взірця, як вже існують у зарубіжній правовій освітній практиці. Враховуючи виклики сучасності, процес демократизації освіти повинен спиратися на норми права і принципи моралі, загальнолюдські цінності, водночас творчо переробляючи їх урахуванням національно-освітніх ідей. В освітній галузі потрібно реальна зміна змісту підготовки правоохоронців на основі наявної сучасної європейської моделі організаційної комунікації. Спроектуємо цей процес, взявши за методологічну основу те цінне, що є в концепціях відомих американських і німецьких дослідників А. Кізера, А. Мюллера, А.А. Сіллінс, частково Ю. Габермаса і т.ін., оскільки творче використання їхніх ідей сприяє відбору тих основ для вітчизняної освітньої системи, які здатні зрушити стереотипні підходи до підготовки сучасних фахівців правоохоронних органів, стимулювати постійну потребу вчитися.

5. Сьогодні «справедливе суспільство» гарантує кожному рівну свободу розвивати етичне для того, щоб відповідно до власних можливостей та благими намірами реалізувати в дійсності персональну концепцію «благого життя», яке можна зреалізувати лише в колективній співпраці, через єдино вивірений спосіб буття людини у правовій реальності – її діалогічну правову взаємодію, яка уможливлює реалізацію права. Новітній курс «Діалогізація взаємин» спроможний це вирішити. Йдеться про те, щоб в основу освіти закласти концепцію відповідальності людства «за наслідки своїх колективних дій у планетарному масштабі». Німецький учений апелює до морального розуму.

6. Умовою формування діалогової концепції, покликаної заповнити істотні прогалини у створених парадигмах, є міждисциплінарні зв'язки, які творять ґрунт для взаємодоповнювальності теоретико-методологічних основ філософії права. Це порівняльне правознавство; контрактивна лінгвістика, теорія організаційної діяльності, теорія комунікативістики, синергетики, соціопсихолінгвістики, теорія інформації. Такі акумульовані пізнавально-практичні знання покликані відтворювати у скла-

дній структурі теоретичних філософських ідеалів ряд методично синтезованих підходів до розуміння норм, теорій та схем наукових поглядів на сучасну вітчизняну парадигматику ціннісної структури філософії права.

7. Методологічним концептом навчання постають сформовані у результаті діалогічної практики висновки американських дослідників, суть яких полягає в тому, що процес взаємного визнання і діалог є центральними складовими підтримання порядку в суспільстві. Таку розроблену модель корисно покласти в основу освітньої практики ось чому. Як зазначають правники, «через спілкування поліцейських вибудувана теорія впливу сучасних комунікативних та інформаційних технологій на поліцейські організації та особливості комунікації у вирішенні кризових ситуацій. Основний висновок, зроблений дослідниками, полягає у наступному: використовуючи діалог, організація може посилити законність і свою автономію через взаємодію із громадськістю» [2, с. 45].

8. У формуванні нової філософії викладання діалогово-антропологічної дисципліни актуалізується комунікативне прагнення забезпечення юридичної гарантії безпеки у професійній правовій комунікації, що трактується як провідний принцип. Інфляція норм права спонукає до встановлення меж правового діалогу. Правовий текст з його вербальними і невербальними засобами викликає у різних суб'єктів права різну інтерпретацію. Герменевтичні варіанти у трактуванні юридичних фактів породжують комунікативні суперечності, семантико-правове значення яких підтверджується: 1) широким соціальним контекстом; 2) умовами аргументації. Їхнє вивчення переконує у необхідності концептуалізації знань про те, як навчитися висловлювати сторонам діалогу свої позиції у межах права. Відтак в освітянській концепції правників повинна з'явитися модель, запозичена із практики європейської юридичної освіти.

---

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

2. Law enforcement communication and community / H. Giles, M. Chernikoff Anderson, T. Knutson and others. – S. Barbara, 2002. – 265 p.

3. Габермас Ю. Постметафізичне мислення / Пер. з нім. В. Купліна. – К.: Дух і літера, 2011. – 280 с.

ЯЦИШИН Наталія Пилипівна,
кандидат педагогічних наук, доцент кафедри
іноземних мов гуманітарних спеціальностей
Волинського національного університету
імені Лесі Українки

ДО ПИТАННЯ ПРО ВПОРЯДКУВАННЯ ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ У КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ

Актуальність даної теми визначається потребою впорядкування та унормування національної юридичної терміносистеми з метою приведення її у відповідність з власними потребами і міжнародними стандартами. Для національного юридичного термінознавства, яке щойно виділилося як окремий науковий напрямок, це важливо, в першу чергу, з точки зору забезпечення новими термінами і поняттями, поглиблення і вдосконалення понятійного апарату і його словесного вираження.

У науковій літературі даний напрямок розробляють Н. Артикуца, Й. Багмут, М. Вербенець, І. Гумовська, Т. Заплітна, В. Лейчик, А. Ляшук, П. Рабінович, І. Усенко, О. Шевченко та інші дослідники. Так, на думку Н. Артикуци та І. Усенко, на формування юридичної термінології у кожній мові впливають міжнародні й, відповідно, міжмовні зв'язки. Запозичення і мовна інтерференція (взаємодія мовних систем при двомовності, що визначається шляхом порівняння і зіставлення) – важливі чинники термінотворчого процесу. Поширення сфери правового регулювання, поява нових галузей права на стику наук спричиняють активне творення юридичної термінології за рахунок залучення суміжних сфер. Юридичній термінології, як і будь-якій історично сформованій термінологічній системі, притаманні як загальнолюдські, так і національно-специфічні мовні закономірності [1, с. 476–478].

Метою даної статті є встановлення засобами порівняльного аналізу характерних рис української юридичної терміносистеми як репрезентанта тенденцій розвитку відповідної терміносисте-

ми в іншомовному світі задля впорядкування останньої у контексті міжнародних стандартів.

Сьогодні загальновизнано, що інтеграція та взаємодія міждержавних терміносистем, зокрема юридичних, вимагає уніфікації цілей та функціональних завдань термінологічних структур, концептуальних засад термінознавства як науки, корекції та якісного (адекватного) формування її метамови. Слід зазначити також, що з поглибленням міжнародних зв'язків вивчення іноземної мови набуває фахового термінологічного спрямування, однією з ознак якого є термінологічна двомовність. При цьому, терміни різних галузей знань, в т. ч. і юридичних, утворюють в українській та іноземній мовах свої системи з внутрішньою впорядкованістю компонентів. Знайти оптимальну відповідність між цими системами як в регіоні країн Євросоюзу, так і за його межами – важливе завдання сучасної юридичної лінгвістики [2, с. 193–197].

У цьому процесі важливого значення набуває передача англійських термінів на українську мову, що вимагає знання тієї галузі, якої стосується переклад, розуміння змісту термінів англійською мовою і знання термінології рідною мовою, а при передачі науково-технічної та юридичної літератури з англійської мови на українську важливе значення має взаємодія терміну з контекстом, завдяки чому виявляється значення слова [3, с. 58].

Засобами порівняльно-правового аналізу встановлено, що юридичні терміни мають такі самі шляхи передачі з англійської мови на українську як і всі інші терміни. Однак, головною проблемою перекладу юридичних термінів є їхня багатозначність, тому перекладач повинен враховувати всі ці особливості та зміст тексту, разом із значенням інших термінів, слів, словосполучень, що пов'язані з юридичним терміном. Проте незалежно від ступеня володіння перекладачем мовою, об'ємом його фонових знань, він так чи інакше зустрінеться з неочікуваним в тексті оригіналу, що може бути лінгвістичними чи екстралінгвістичними реаліями. Враховуючи це перекладачеві потрібно знати і вміти користуватися (окрім словників) різними енциклопедичними довідниками, які до-

поможуть точніше та краще передати значення юридичної термінології.

О. Шевченко – фахівець з порівняльного правознавства, вважає, що при порівняльному вивченні кримінального права недостатньо обмежуватися лише кримінально-правовою термінологією, і що активне використання латинської лексики римського права слід розглядати як ефективний засіб збагачення термінолексики у цій галузі [4, с. 195–197]. Дійсно, класична термінологія римського права визнається й сьогодні як фундамент сучасної юридичної термінології, а змістовні дефініції римських juris prudentes доступні і зрозумілі юристам будь-якої країни.

Як бачимо, впорядкування вітчизняної юридичної термінології у значній мірі залежить від внутрішніх потреб і зовнішніх можливостей. Останні є досить сприятливими, що пов'язане з інтернаціоналізацією і глобалізацією світового розвитку, в результаті чого словниковий запас юридичних термінів і понять значно розширився і адаптувався.

---

1. Юридична термінологія / Н. В. Артикуца, І. Б. Усенко // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – Т. 6: Т-Я. – К.: Укр. енцикл., 2004. – С. 476–478.

2. Ярыш В.Д. О необходимости сравнительно-правовых дисциплин в юридическом образовании / В.Д. Ярыш // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна; Упор. О. В. Кресін, О. М. Редькіна, за участі К. О. Черниченка. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Таврійський нац. ун-т ім. В. І. Вернадського, Київський ун-т права НАН України, 2006. – С. 193–197.

3. Багмут Й. А. Проблеми перекладу суспільно-політичної літератури українською мовою. – К.: НД, 2005. – 201 с.

4. Шевченко О. Т. Сравнительное уголовное право: что, зачем и как сравнивать в одноименном учебном курсе / О.Т. Шевченко // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей. – К., 2006. – С. 195–197.

АНДРУСЯК Вадим Григорьевич,
соискатель кафедры права Европейского Союза
и сравнительного правоведения
Национального университета
«Одесская юридическая академия»

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПРАВОЗАЩИТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРОКУРАТУРЫ УКРАИНЫ

Данная тема является актуальной в связи с тем, что возрастание значения правозащитной функции прокуратуры в последнее время требует осмысления, анализа и научного обоснования форм и методов ее осуществления. Особого внимания требует исследование конституционно-правовых основ реализации данного направления деятельности прокуратуры. В связи с этим, анализ причин, препятствующих эффективной реализации потенциала прокуратуры в деле защиты конституционных прав и свобод граждан, будет способствовать созданию необходимых предпосылок к более рациональному осуществлению прокуратурой правозащитных функций.

Данная проблематика была исследована в работах таких авторов: С.С. Алексеев, М.В. Баглай, Н.С. Бондарь, Ю.А. Веденеев, В.Т. Кабышев, Н.И. Казюбра, О.Е. Кутафин, Л.В. Лазарев, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, Н.И. Матузов, М.С. Строгович, В.Е. Чиркин, П.М. Рабинович, И.С. Яценко и др.

Целью данной работы является рассмотрение теоретических параметров защиты прав человека в качестве самостоятельной и при этом основной функции прокуратуры Украины, т.е. деятельности, последовательное осуществление которой обеспечивает эффективность правозащитного механизма государства.

Прокуратура Украины не может оставаться в стороне от правовой и судебной реформ, поскольку занимает значительное место в системе правоохранительных органов. О том, что прокуратура находится «на острие» судебной и правовой реформ свидетельствует неоднократное реформирование данного института – в 90-е г. прошлого столетия и в начале XXI ст., связанное со значительными изменениями системы функций прокуратуры, содержанием и предметом прокурорского надзора и преобразованиями ее организационной структуры. Наконец, создание в

2007 г. Следственного комитета при Прокуратуре Украины ознаменовало не только модификацию структуры данного государственного органа, но и изменение направлений ее деятельности. Столь существенная трансформация рассматриваемого государственного органа нуждается в осмыслении с позиций конституционного права, в частности, с точки зрения ее соответствия Конституции Украины.

Правовое государство немыслимо без полного признания прав человека и становления эффективной системы гарантий их защиты. Содержание и смысл взаимоотношений индивида и государства определяются не только объемом конституционных прав и свобод, но и уровнем их обеспечения и защиты. Поэтому одной из основных проблем современного конституционализма является совершенствование конституционной системы защиты прав и свобод человека и гражданина, а также отдельных ее элементов. Безусловно, значительное место в конституционной системе защиты прав и свобод человека и гражданина занимает судебная защита, тем не менее, государственная защита прав граждан включает в себя функционирование и внесудебного правозащитного механизма, в котором существенную роль играет прокуратура Украины. Ежегодно в органы прокуратуры с жалобами обращается огромное количество людей и в каждом пятом случае по ним принимаются меры прокурорского реагирования. Таким образом, развитие конституционной системы защиты прав и свобод человека и гражданина предполагает совершенствование правозащитной деятельности составных элементов данной системы, в т. ч. прокуратуры.

Именно защите конституционных прав граждан от противоправных действий или бездействия должностных лиц органов государственной власти по мере построения в Украине социального и правового государства должно уделяться все большее значение.

Возрастание значения правозащитной функции прокуратуры в последнее время требует осмысления, анализа и научного обоснования форм и методов ее осуществления. Особого внимания требует исследование конституционно-правовых основ реализации данного направления деятельности прокуратуры. В связи с этим, анализ причин, препятствующих эффективной реализации потенциала прокуратуры в деле защиты конститу-

ционных прав и свобод граждан, будет способствовать созданию необходимых предпосылок к более рациональному осуществлению прокуратурой правозащитных функций.

Анализ положений Конституции Украины, текущего законодательства, а также обобщение практики деятельности органов прокуратуры позволяет выявить наряду с общими, свойственными всей конституционной системе защиты прав и свобод человека и гражданина, особенные принципы осуществления правозащитной функции прокуратуры – единства и централизации системы органов прокуратуры. Последовательная реализация данных принципов позволяет органам и учреждениям прокуратуры Украины действовать как единый механизм, взаимно дополнять друг друга, обеспечивая достижение суммарного позитивного эффекта в сфере защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина. Организация правозащитной деятельности прокуратуры на основе принципов единства и централизации обеспечивает ее актуальность и оперативность, а также аналитический характер.

Обобщение сложившейся в органах прокуратуры практики защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина позволяет охарактеризовать ее как неспециализированный конституционный надзор – систематическое наблюдение соответствия правовых актов (как нормативных, так и индивидуальных) государственных органов, органов местного самоуправления, администрации предприятий, учреждений, организаций Конституции Украины, обнаружение неконституционных актов и последующее обращение к субъекту, принявшему неконституционный акт, с требованием его отмены.

Итак, осуществляемый прокуратурой конституционный надзор, предметом которого являются основные права и свободы человека и гражданина, может быть эффективен как на уровне общих конституционных правоотношений между индивидом и государством, так и в конкретных правоотношениях между гражданином и государственным органом, органом местного самоуправления, администрацией негосударственной организации. Данное обстоятельство позволяет выделить его правотворческий уровень: обеспечение соблюдения конституционных прав и свобод человека и гражданина в нормативно-правовых актах, и пра-

вопримененительный уровень: обеспечение соблюдения конституционных прав и свобод человека и гражданина в повседневной деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, администраций негосударственных организаций.

ЛЕПІСЕВИЧ Петро Миронович,
кандидат історичних наук,
доцент кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

БОЙКО Василь Васильович,
здобувач кафедри загальної теорії держави і права,
начальник курсів Інституту післядипломної освіти
та заочного навчання
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИРОБНИЦТВА, ЗБУТУ ТА СПОЖИВАННЯ АЛКОГОЛЬНОЇ ПРОДУКЦІЇ В СТАНОВО-КАСТОВИХ СУСПІЛЬСТВАХ (АНТИЧНИЙ СВІТ)

Людство познайомилося з алкоголем ще на додержавному етапі свого розвитку (див. Старий Заповіт, переказ про Ноя та його синів). З появою найбільш ранніх форм держави і права спостерігаємо інтерес державних інституцій до питань, пов'язаних із виробництвом, продажем та споживанням продукції, що містить алкоголь. Будь-яка держава світу не може залишатися осторонь від питань регулювання виробництва, збуту та індивідуального споживання алкогольних напоїв. Амплітуда форм і методів втручання держави (передусім засобами права, але також підтримуваної нею культури, релігії, моралі, та ін.) надзвичайно широка: від категоричної заборони виробництва і споживання алкоголю (мусульманські теократії) до фактичного заохочення споювання окремих суспільних верств (раби в античному світі – як негативний приклад для громадян) та національних груп, визначених владою для вимирання (індіанці в США у XVII – сер. XIX ст.).

В Єгипті уся земля традиційно вважалася власністю фараонів, відтак селяни юридично були її користувачами. Селянам роздавалося насіння ячменю, вказувалося, скільки землі вони повинні ним засіяти, а зібраний урожай у повному обсязі надходив до державної скарбниці. Місцеві пивовари були зобов'язані купувати у регіонального фінансового адміністратора-»економа» ліцензію на право займатися своєю професією. Ячмінь для пивоваріння вони отримували винятково з царських складів (принаймні, за законом), готовий напій продавався за встановленими владою цінами.

Цікаво, що нині фіксуються спроби обійти державну монополію і отримати необлікований дохід. Виробники не сплачують усіх податків, виготовляють «ліві» партії продукції, підкуповують чиновників. Останнє явище – особливо небезпечне, оскільки корупція в чиновницькому середовищі підриває самі устої держави. Відтак державна монополія на виробництво і збут спиртного напою (пива) не лише приносила користь державним інтересам (наповнювала казну фараонів грошима), але й мала певні негативні наслідки (породжувала корупцію в чиновницькому середовищі, частина підданих ставала на шлях обману властей).

Інша «ініціатива» Птоломеїв, пов'язана з алкоголем, – намагання позбутися залежності від привізного грецького вина. Її започатковано у роки правління Птоломея II. Центром єгипетського виноградарства стала Філадельфія, куди потягнулися каравани ослів і мулів з вантажем виноградної лози, виписаної місцевим управителем Зеноном з різних місцевостей тогочасного світу.

Грецька антична цивілізація, як відомо, була цивілізацією виноробською. Навіть раби, не кажучи уже про вільних, замість води споживали розведене навпіл вино (така суміш найкраще вгамовує спрагу).

Вино було важливим предметом грецького експорту, особливо в торгівлі з Північним Причорномор'ям. Полібій ставить вино на друге місце в переліку грецьких експортних товарів – після оливок. Страбон, характеризуючи торгівельні операції Боспорського царства з кочівниками, вказує, що головними товарами греків були одяг, вино та інші предмети культурного побуту. Продовжуючи їхню думку, М.С. Грушевський, стверджував, що привіз вина з островів Середземного моря, особливо з

Рода, Таза, Киїда, залишив сліди в виді ручок від амфор з написами й марками, на місцях чорноморських осад (поселень). За таких розкладів логічно було припустити, що вирощування винограду та виробництво вина, не кажучи вже про торгівельні операції з вином, мали б привертати особливу увагу фіскальних органів.

Однак, цього не відбувалося. Відомий український знавець античного права О.А. Гавриленко в Розділі VII своєї ґрунтовної праці «Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н.е. – перша половина VI ст. н.е.)» докладно описує фіскальну політику античних держав Північного Причорномор'я. Ним віднайдений багатий фактологічний матеріал, що стосується оподаткування торгівлі хлібом і рибою; кілька сторінок присвячено спеціальному податку на повій. Проте жодних згадок про якийсь особливий податок на торгівлю вином цей вчений не приводить. Він схиляється до думки, що «торгівельні мита стягувалися з усіх предметів ввозу та вивозу як морем, так і сухопутними шляхами», при цьому в основу бралася номінальна вартість експортного чи імпортного товару, а не його вид. Наприклад, в Афінах таке мито становило 2% від вартості. Щоправда, далі О.А. Гавриленко додає, що «крім торгівельних мит Афінською державою стягувалися ще й портові та ринкові, розміри яких залежали від виду і цінності товару», проте жодним чином не конкретизує цю тезу.

Натомість учений цитує рескрипт боспорського царя Аспурга (10/11–37/38 рр. до н.е.), як верховного власника землі у державі, до жителів м. Горгіппії 14/15 р. н.е., яким горгіппяни звільнялися від сплати поземельного податку з врожаю. «…Горгіппянам (друзям моїм), – повідомляв монарх, – я дав звільнення від сплачуваних) з вина, пшениці та (ячменю) однієї одинадцятої, з проса ж (однієї двадцятої?» .

Приходимо до висновку, що характер державного оподаткування вирощування винограду для безпосереднього виробника-землероба нічим не відрізнявся від податку на пшеницю чи ячмінь.

Пергамські (військові) колоністи в Боспорському царстві за право користування царською землею вносили: з винограду – 1/20, з пшениці та інших плодів – 1/10 частину. Відтак створюється враження, що держава навіть заохочувала виноградаря удвічі меншим податком.

Отже, замість сподіваного державного інтересу до отримання максимального прибутку від податкового обкладення виноградарства, виноробства та торгівельних операцій з вином, дещо несподівано зустрічаємо цілком протилежне – фіскальну політику, орієнтовану на підтримку виноградників та виноробства.

Вино для римлян було чимось більшим, ніж просто звеселяючим напоєм. Воно мало й певний сакральний зміст. Згідно Плутарху, ще Ромул встановив три (і не більше! – В.Б.) підстави, за якими чоловік міг прогнати дружину без виділення їй частки майна. А саме: отруєння нею дітей (це могли бути діти від попереднього шлюбу, які розглядалися мачухою як небажані претенденти на чоловікову спадщину); підробка ключів від винного погребу; подружня зрада. Звернемо увагу: йдеться не про пияцтво самої дружини, а про її прагнення обмежити чоловікові доступ до спиртного.

Вживання вина було доступним для усіх категорій населення, включаючи й рабів. На римській віллі кожний з них отримував щоденно 0,5 л дешевого вина, виготовленого з виноградних вижимок; під час сатурналій (щорічного свята наприкінці року, пов'язаного з завершенням сільськогосподарських робіт) у належалося щедре пригощання та по три літри вина кращої якості.

Згодом, уже в епоху занепаду Республіки, коли крупні латифундії почали економічно витісняти дрібні та середні одноосібні господарства громадян Риму, «дрібне землеволодіння стало швидко щезати і володільці невеликих ділянок в кращому випадку зверталися до вирощування винограду чи оливкового дерева, тобто добували продукти, які складали предмети вивізної торгівлі, а то й прямо збували свою землю крупним поміщикам». Не буде перебільшенням сказати, що, оскільки для процвітання республіканського Риму вимагалася армія, чиїм найважливішим джерелом поповнення були громадяни-землероби та їхні діти, виноградарство стало стратегічною галуззю економіки. Воно допомагало вижити дрібному земельному власнику – цій основі військової могутності Риму. Також перетворення дрібних громадян-землевласників у безземельних пролетарів вимагало від держави значних капіталовкладень, оскільки цих

вимушених паразитів потрібно було б надалі утримувати державним коштом. Окрім того, неімущі служили соціальною базою політиків-демагогів, прикладом відомого авантюриста Сергія Катіліни.

Ми дотримуємося думки, що власті Риму завжди враховували цей момент у своїй законодавчій практиці. Спершу законодавець мав безпосередньо рахуватися з волею більшості населення (в період Республіки закони приймалися на народних зборах), проте й в епоху принципату імператор, який би спробував так би мовити замахнутися на вино, ризикував негайно втратити підтримку як плебсу, так і середнього класу.

Як відомо, в класичний період римські громадяни платили прямі податки лише на спадщину і на усі операції з рабами (купівля-продаж, відпуск на волю). Ввести особливий податок на виноробство чи спробувати будь-яким іншим чином визискувати виноградарів, означало б настроїти проти себе основну масу громадян.

Проте надто вже привабливим в фіскальному плані було виноробство, щоб повністю ігнорувати це джерело поповнення бюджету. Вихід було знайдено у монополії виноторгівлі, але не безпосередньо державній, а територіальній - італійській.

«Торгівля вином, – вказують німецькі автори «Словника античності», – була привілеєм Італії, вона підтримувалася імператорами до того часу, поки імператор Проб не дозволив провінціям необмежене розведення винограду. Експорт вина з Римської імперії досягав Скандинавії та Індії, а кельти віддавали іноді за кожну амфору раба». Зрозуміло, що ця не державна, а територіальна (для Італії) монополія приносила серйозні прибутки. З іншого боку, інтерес держави був незначним, оскільки повноправні римські громадяни прямих податків не платили, це був уділ «жалюгідного податного племені» – населення провінцій.

У свою чергу, імператори, намагаючись збільшити власну популярність в народі, спеціальними указами встановлювали максимальні ціни та жорстко карали тих, хто з метою наживи притримував дефіцитний продукт.

Особливо відзначився у цьому плані імператор Діоклетіан (284–305 рр. н.е.). В 301 р. він видав едикт, яким встановлював

ціна на продукти, перевезення та заробітну плату. В документі ретельно перераховувалися ціни на різні види зерна (понад 30), вина (19 сортів), олії (12 сортів) тощо. За перевищення вказаних цін чи приховування товару винного. Проте показники економічного розвитку різних частин Імперії були настільки відмінними, що реформу ціноутворення довелося відмінити.

У римському цивільному та кримінальному праві не знаходимо якихось вказівок на стан сп'яніння як кваліфікуючу (пом'якшуючу чи, навпаки, обтяжуючу) обставину.

---

1. Вино // Мифы народов мира. Энциклопедия: В 2 томах / гл. ред. С.А. Токарев. – Т. 1. А – К. – М.: «Советская Энциклопедия», 1980. – С. 236–237.

2. Вино // Словарь античности / Пер. с немецкого. – М.: Прогресс, 1989. – С. 104–105.

3. Грушевський М.С. Історія України-Руси: В 11 т., 12 кн. / редкол.: П.С. Сохань (голова) та ін. – Т. 1: До початку XI віку. – К.: Наукова думка, 1991. – 736 с.

4. Гавриленко О.А. Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н.е. – перша половина VI ст. н.е.): Монографія. – Харків: Парус ТМ, 2006. – 352 с.

5. Дионис // Мифы народов мира. Энциклопедия: В 2 томах / гл. ред. С.А. Токарев. – Т. 1. А – К. – М.: «Советская Энциклопедия», 1980. – С. 380–381.

6. Древний Рим. Книга для чтения / под ред. С.Л. Утченко. – М.: Учпедгиз Министерства просвещения РСФСР, 1950. – 333 с.

7. Древняя Греция. Книга для чтения / Под ред. С.Л. Утченко, Д.П. Каллистова. – М.: Учпедгиз Министерства просвещения РСФСР, 1954. – 231 с.

8. Душенко К.В. Мысли и изречения древних с указанием источника: Древние греки. Древние римляне. Библия. Учителя Церкви. Мудрецы Талмуда. Изд. 3-е, испр. – М.: Изд-во Эксмо, 2006. – 800 с.

9. Кедрин И. О производстве винодельческих работ в Судакской долине в Крыму / И. Кедрин // Крымские татары: Хрестоматия по этнической истории и традиционной культуре / Авт.-сост. М.А. Арджиони, А.Г. Герцен. – Симферополь: Издательство «ДОЛЯ», 2005. – С. 238–240.

10. Казанский К.К. О крымской бузе / К.К. Казанский // Крымские татары: Хрестоматия по этнической истории и традиционной культуре… – С. 233–237.

ГОРУЙКО Христина Павлівна,
аспірантка Львівського державного університету
внутрішніх справ,
помічник судді Львівського окружного
адміністративного суду

СУДОВА РЕФОРМА ЗУНР ТА СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

27 липня 2010 р. Президент України Віктор Янукович підписав Закон України «Про судовий устрій і статус суддів». Закон визначає правові принципи організації судової влади і здійснення правосуддя в Україні. Запроваджується нова процедура призначення судді на посаду вперше та передбачає вдосконалення порядку притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Законом про судовий устрій встановлюється порядок, відповідно до якого кожний суд загальної юрисдикції є окремим розпорядником бюджетних коштів. Недосконалістю даного Закону є можливість поглиблення залежності судової влади від політиків. Необхідність докорінних змін у цій сфері назріла давно. Історія підтвердила відомий принцип, за яким рівень демократії визначається місцем і роллю суду в системі органів державної влади. Отже, у нагоді може стати ретельне історико-правове дослідження напрацювань Української Національної Ради та Державного Секретаріату Судівництва Західноукраїнської Народної Республіки щодо практики формування нової системи судоустрою з поступовим переходом від уже існуючого. Крім того, є зобов'язання, які взяла на себе Україна при вступі до Ради Європи. Вони передбачають побудову нової судової системи, яка відповідала б нормам і стандартам Європейського Союзу.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено п'ятирічний випробувальний строк для суддів котрі обираються вперше ця ж норма міститься і у Конституції України. Згідно з п. 4.3.2 Висновку підготовленого Венеціанською комісією та Дирекцією з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи Закон України «Про судоустрій і статус суддів» 2010 р. «містить ті ж положення, що стосуються випробувального періоду, які міс-

тяться в Конституції. Як вже рекомендувалося у Спільному висновку, підготовленому у березні 2010 року, існування п'ятирічного випробувального періоду, встановленого статтею 126 Конституцією, має бути виключено або принаймні скорочено до, наприклад, не більш ніж дворічного терміну. Це положення Конституції має бути змінено».

У період ЗУНР через формуванням судової ланки в умовах нової держави теж гостро постало питання щодо браку суддівських кадрів. У зв'язку з цим Державним Секретаріатом судівництва (ДСС) було запропоновано Українській Національній Раді (законодавчому органу ЗУНР) внести зміни до порядку обрання суддів. Зокрема, 11 лютого 1919 року було прийнято Закон «Про скорочення підготовляючої судівської служби», згідно якого вимоги щодо тривалості стажування на посаді судді скоротились з трьох років до двох.

ДСС було прийняте розпорядження від 20 лютого 1919 року котрим запроваджено порядок складання кандидатами суддівського іспиту та створено спеціальну екзаменаційну комісію у складі «Президента Вищого суду або Президента окружного суду в тій місцевості, яка є осідком комісії», членів комісії які призначались ДСС за поданням голови комісії терміном на три роки. Кандидати обирались на конкурсній основі і їх повинно було бути вдвічі більше призначуваних. Кожна комісія складалась з п'яти чоловік серед яких щонайменше двоє повинні були належати до «судейського стану» і один до «адвокатського». Членів рекомендували з професорів правничого факультету з предметів цивільного, вексельного, торговельного права, карного права, цивільного та карного процесу, практикуючих суддів та адвокатів за поданням адвокатської палати за місцем розміщення комісії. 23 березня 1919 року було створено при окружному суді у м. Станіславі (Івано-Франківськ) екзаменаційну комісію за головуванням Президента окружного суду Ф. Магера, заступниками – Президент окружного суду І. Чернявський і радник Вищого Суду С. Щалковський, екзаменаторами – віце-президент УНРади адвокат Ф. Гальперн, адвокат Л. Бачинський, радник Вищого Суду І. Габрусевич, радник Й. Кульчицький, адвокат Г. Зайдель. Суддівські іспити були безкоштовними, а робота членів комісії не оплатною, відшкодовувались лише витрати на відрядження. Кандидат звертався за місцем

проживання через президію окружного суду до ДСС з проханням про складання іспиту. Сам іспит складався з двох частин усної та письмової форми, котра охоплювала цивільне та «карне» право, і тривала два дні. Кандидату при складанні іспиту було надано можливість користуватись наявними у суді законами та розпорядженнями. У випадку незгоди кандидата з результатами іспиту він був наділений правом повторно до трьох разів складати іспити протягом трьох місяців. При негативному результаті повторних іспитів кандидат усувався від подальшого стажування. Вищезгаданим Розпорядженням ДСС було детально прописано порядок проведення «судейського іспиту» та критерії оцінювання.

Позитивними новелами Закону України «Про судоустрій та статус суддів» 2010 р. є те що ліквідовуються кваліфікаційні комісії суддів загальних судів та кваліфікаційні комісії суддів господарських та адміністративних судів. Для суддів всіх судів існує тільки одна кваліфікаційна комісія – Вища кваліфікаційна комісія суддів України.

Чітко визначено стадії призначення на посаду судді вперше.

Попри складні умови військового часу та загалом реакційний характер судочинства в тогочасній Європі, суди ЗУНР виступали гарантом прав людини та дотримувались принципу верховенства права, що підтверджується об'єктивним вирішенням як резонансних, так і звичайних судових справ. У період ЗУНР актуальність суду була значною, адже він був засобом забезпечення правопорядку, громадської безпеки, належного функціонування збройних сил, а відтак і механізмом захисту Української державності.

Прагнення сучасного законодавця зробити добір максимально прозорим знайшло свій прояв у новій система відбору та атестації претендентів на посаду судді, а також порядку притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Без належної системи відбору та призначення суддів буде неможливо забезпечити незалежність судової гілки влади, оскільки рівень підготовки суддів обумовлює якість судочинства.

---

1. Левицький К. Історія політичної думки галицьких українців 1848–1914. – Львів, 1926. – 737 с.

2. Левицький К. Великий зрив. – Нью-Йорк: Вид-во Чарторийських, 1968. – 151 с.
3. Лозинський М. Галичина в рр. 1918-1920. – Нью-Йорк: Червона Калина, 1970. – 288 с.
4. Омелянович-Павленко М. Україно-польська війна 1918–1919. – Прага, 1929. – 138 с.
5. Цегельський Л. Від легенд до правди. – Нью-Йорк; Філадельфія: Булава, 1960. – 313 с.
6. Шанковський Л. Українська Галицька Армія. Воєнно-історична студія. – Львів: НТШ, 2010.
7. Шанковський Л. Українська армія в боротьбі за державність. – Мюнхен: Дніпрова хвиля, 1958. – 317 с.
8. Шанковський Л. Процес генерала Мирона Тарнавського в 1919 р. – Вінніпег: Накладом Д. Микитюка, 1976. – 72 с.

АНДРУЩАК Олена Михайлівна,
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Волинського національного університету
імені Лесі Українки

СПІВВІДНОШЕННЯ СОЮЗНОГО ТА РЕСПУБЛІКАНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА (НА ПРИКЛАДІ ОСНОВ ОСНОВ ЗАКОНОДАВСТВА СОЮЗУ СРСР РСР І СОЮЗНИХ РЕСПУБЛІК ТА ВИПРАВНОВИПРАВНО-ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УРСР УРСР 1970 РОКУ)

Основні положення і принципи правового регулювання суспільних відносин в радянський період встановлювалися Основами законодавства СРСР. Як своєрідний кодифікаційний акт, Основи законодавства формулювали і закріплювали в загальносоюзному масштабі обов'язкові для всіх союзних республік правила. Вони були засобом уніфікації законодавства, своєрідною моделлю для прийняття відповідних республіканських кодексів чи законів. Саме в цьому полягала головна законодавча підвалина унітарної централізованої держави і, водночас, її вада, оскільки в такому контексті ігнорувалися головні конституційні принципи самостійності республіканських утворень, що врешті стало однією із вагомих причин розпаду СРСР.

Метою даної статті є виявлення на підставі аналізу норм союзного і республіканського законодавства (а саме Основ ви-

правно-трудового законодавства Союзу РСР і союзних республік та Виправно-трудового кодексу УРСР) позитивного або ж негативного досвіду оцінка і переоцінка яких може стати однією із важливих складових сучасного етапу реформування вітчизняного кримінально-виконавчого законодавства.

Співвідношення союзного і республіканського виправно-трудового законодавства не завжди було однаковим, були перегини то в один, то в інший бік. Так, чинне у 1924–1930 рр.оках виправно-трудове законодавство можна вважати переважно республіканським. А потім, аж до 60-х років, видавалися виключно загальносоюзні акти даної галузі [3, с. 29].

Основи виправно-трудового законодавства Союзу РСР і союзних республік 1969 р. [2, с. 42] діяли на території всієї країни і кожної союзної республіки. Вони встановлювали загальні, вихідні положення для прийняття спеціального законодавства (кодексів). За своїм змістом вони не вичерпували всього виправно-трудового законодавства, навпаки, передбачали існування ще цілого ряду законодавчих актів з виправно-трудового права. Так, згідно припису ч. 1 ст. 2 Основ усе виправно-трудове законодавство повинно складатися з основ та інших законів Союзу РСР, а також з виправно-трудових кодексів і інших законів союзних республік. Основи виконували подвійну функцію: визначали принципи і встановлювали загальні положення відбування усіх покарань та спеціально передбачали порядок і умови виконання і відбування покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом.

Проведене нами порівняння змісту тексту ст. 1–2 Основ і Виправно-трудового кодексу України 1970 р. [1, с. 125], показує їх повну ідентичність у ст. 1 Завдання виправно-трудового законодавства Української РСР і деякі доповнення до тексту ст. 2 Виправно-трудове законодавство Української РСР, пов'язані із посиланням на Основи.

У той же час в кодексах повинні були знайти собі місце, конкретизація, доповнення і розвиток загальних положень, викладених в Основах, а коли потрібно – їх деталізація. Передбачалось, зокрема, що конкретизації потребують ті положення Основ, які перейдуть в кодекси, і в яких потрібно вказати назву республіки. Крім того, розвивати, доповнювати і деталізувати положення Основ в кодексах можна було у випадку, коли на це є пряма вказівка самих Основ. При цьому така вказівка могла

бути двоякою: в ній просто згадувалося законодавство союзних республік (наприклад, ст. 9 Основ) або говорилося про виправно-трудові кодекси союзних республік (наприклад, ст. 23 Основ).

У випадку, коли в Основах формулювалося загальне правило і при цьому оговорювалося право союзних республік в кодексах розвивали це правило, також кодекси не повинні були змінювати саме правило, виражене в Основах, а могли лише його доповнювати.

Доповнюватися, розвиватися і деталізуватися могли і ті положення Основ, які цього потребували, виходячи із суті самих же Основ. Так, в ст. 6 було встановлено, що засуджені деяких категорій могли бути направлені для відбування покарання у виправно-трудові установи іншої республіки. В кодексах деяких союзних республік могли бути більш детально, ніж в Основах, регламентовані правила проведення побачень засуджених з родичами й іншими особами, порядок застосування заходів заохочення і стягнень, надання матеріальної допомоги особам, звільненим від відбування покарання й інші правила.

Окремо слід виділити регламентаційну складову цього документа, у якій визначають компетенцію законодавчих і інших державних органів з регулюванню окремих сторін виконання тих покарань, основні напрямки виконання яких викладені в тих же Основах.

Отож, підсумовуючи вищевикладене можна констатувати, що обсяг республіканської специфіки у кодексі був мінімальним, декларативним. В сучасній Україні принцип демократичного централізму в управлінні державою, законотворенні і діяльності відповідних державних органів втратив своє значення. Система законів сучасної України формується Верховною Радою України приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (ст. 8), що є однією із важливих засад побудови демократичної та правової держави.

---

1. Исправительно-трудовой кодекс Украинской СССР. – К.: Из-во полит. лит., 1987. – 125 с.

2. Основы исполнительно-трудового законодательства Союза ССР и союзных республик. – М.: Юрид. лит., 1970. – 42 с.

3. Кримінально-виконавче право України / [В. М. Трубников, В. М. Марченко, О. В. Лисодід та ін.]; за ред. В. М. Трубникова. – Харків., 2001. – С. 29.

ЦАРУК Ольга Володимирівна,
аспірант Львівського державного
університету внутрішніх справ

УМОВНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ЗАХІДНОЇ УКРАЇНИ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ

На території Західної України у складі Польщі договірні правовідносини регулювалися наступними нормативно-правовими актами: Австрійським цивільним кодексом 1811 р. (діяв на території Східної Галичини), т. X Зводом законів Російської імперії 1832 р. (діяв на території Західної Волині), а з 1933 року було прийнято єдиний для всієї Польщі Зобов'язальний кодекс, який анулював відповідні норми попередніх кодексів у сфері зобов'язального права.

Термін угода (pactum, contractus, obligation, Geding) загалом означала зобов'язання однієї сторони або особи до іншої та прийняття таких зобов'язань іншою стороною. Умова, угода, уклад – такі поняття відповідали римським правовим визначенням: convention, pactum, contractus, transaction, complanatio. Термін угода був загальним.

Угода є зобов'язання, яке запобігає виникненню спору, а укладення угоди є шляхом вирішити ті чи інші питання непозовним шляхом. Видатний польський правник XIX ст. Т. Островський називав угоди, що стосуються нерухомості, донаціями, трансакціями, довічними записами [1, с. 255].

Договором, відповідно до російського законодавства вважалася угода кількох осіб, в якій всі вони разом виявляють свою волю для того, щоб визначити між собою юридичні відносини у сфері власного майнового інтересу. Також не всі добровільні угоди вважалися договорами, які підпадали під дію цивільних законів, що породжували права на чужу власність. Так, угода кількох душоприказників щодо виконання заповіту не породжувала між ними обов'язкових договірних відносин [2, с. 3–4].

Для укладення договорів сторони вступали у зобов'язання, таким чином, ст. 1 Зобов'язального кодексу Польщі вказує: «Зобов'язання виникає із заяв волі, вчинків та інших подій, що з

ними закон пов'язує виникнення зобов'язань». Таким чином, існувало три джерела зобов'язань: заяви волі (односторонні, двохсторонні, багатосторонні), різні вчинки (невиконання договору), інші дії (зубожіння людини, яка подарувала іншій своє майно, що зобов'язує обдарованого надати матеріальну допомогу дарувальнику).

На території Східної Галичини в українській мові вживали слово «умова», що в прямому перекладі з польської означало договір. Однак, юридично таке визначення не зовсім вірне, оскільки «умова» – це те саме, що й услів'я. Такий термін вживали при зазначенні умов як підстав встановлення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. Тому при здійсненні правочинів вживали слово договір, тотожне з контрактом. Контрактами визнавали лише письмові договори, завірені нотаріально [4, с. 39].

Відповідно до Зводу законів з настанням умови відкривається можливість реалізації права, тобто відкривається позов і починається строк давності. Це положення було запозичене з римського приватного права, де передбачено, що дія розпочатої умови має зворотну силу, наближене до моменту укладення договору так, ніби право, яке реалізується з настанням умови, з першої хвилини існувало беззаперечно. Звідси випливало, що будь-яке відчуження власності з покладеними на неї зобов'язаннями в проміжку очікування визнавалися недійсними.

В силу договору з припиняючою умовою право здійснювалося безпосередньо, але передбачалася можливість припинення даного права та повернення до попереднього стану, коли наставала припиняючи умова. Наприклад, здійснений договір продажу з передачею товару міг бути припинений з настанням певних зазначених умов припинявся і власність поверталася до попереднього власника [2, с. 10–11]. Умова такого роду могла бути яскраво вираженою, і в такому випадку діяла беззаперечно. В інших випадках умова лише малася передбачалася, наприклад, якщо одна сторона не виконувала своїх зобов'язань, то вона не могла звинуватити в невиконанні іншу сторону.

Зобов'язальний кодекс Польщі передбачав перемінні зобов'язання, чого не містило російське цивільне законодавство.

Так, існували договори, за якими боржник мав право вибору – виконати ту чи іншу дію. При цьому право вибору належало боржникові, якщо інше не містилося в договорі сторін. Вибір міг стосуватися ґатунку, кількості, предмету, еквіваленту оплати (товар чи гроші). Відповідно до ст. 22 вказаного кодексу боржник обирав для себе вигіднішу умову. Ні боржник ні кредитор не могли обрати два чи більше видів (ґатунків) товарів чи послуг [4, с. 55].

Виходячи із вищевикладеного можна зробити висновки, що усі вищезазначені законодавчі акти у сфері зобов'язальних правовідносин відображали дух свого часу та містили норми та доктрини, актуальні і досі. Так, Австрійський цивільний кодекс 1811 р. зі змінами та доповненнями чинний і на сьогодні. Основні норми щодо визначення договору та його умов здебільшого були спільними для усіх трьох чинних на території Західної України у складі Польщі кодексах. Відмінним було і наявність характерних умов для укладення та дії договорів.

---

1. Ostrowski T. Prawo cywilne albo szczególne narodu polskiego z statutów i konstytucji Koronnych I Litewskich zebrane: Rezolucyami Rady Nieustającej objasnione: dodatkami z prawa Kanonicznego, Magdeburskiego i Chetmińskiego pomnozone a pozódkiem praw rzymskich ulozone. – T. 1. – Warszawa. – Drukarnia Pijarów, 1784. – 391 s.

2. Победоносцев К. Курс гражданского права. – Ч. 3. Договоры и обязательства. – 2-е изд. с переменами и доп. – СПб.: Синодальная типография, 1890. – 640 с.

3. Basseches J., Korkis J. Kodeks zobowiązań. – Lwów: Biblioteka wydawnictw prawniczych, 1938. – 815 s.

4. Топольницький М. Як купувати, продавати, міняти, наймати, орендувати, вигоджувати, позичати гроші у чужій валюті, договорюватися про працю і діло (замовляти виконання роботи), посередничати, встановлювати доживоття, загоджувати і ручити за чужі зобов'язання: Підручник нового закону про зобов'язання. – Львів: Накладом Нової бібліотеки, 1935. – 400 с.

5. Jaworski W.-L. Kodeks cywilny austryacki. – Kraków, 1903. – 434 s.

6. Дністрянський С. Цивільне право. –Т. 1. – Відень, 1919. – 1063 с.

7. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. – Т. 1. Часть общая. – СПб.: Типография М.Мю. Стасюлевича, 1911. – 780 с.

ЛЕСЬКО Ірина Богданівна,
аспірантка кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ВПЛИВ РАДЯНСЬКОГО ТА ГІТЛЕРІВСЬКОГО ОКУПАЦІЙНИХ РЕЖИМІВ НА ПРАВО ВЛАСНОСТІ: СИНХРОННІ АСПЕКТИ

Актуальність теми зумовлена перш за все тим, що право власності є складною правовою категорією, інститутом цивільного права, який у зазначений період зазнав значних змін. Окремо зупинимось на висвітленні питань щодо впливу радянського та гітлерівського окупаційних режимів на право власності на Західній Україні у вищезазначений період.

15 вересня з Москви до Києва надійшла таємна директива Л. Берії у зв'язку із найближчим входженням радянських військ на територію Західної України. Одна частина директиви містила конкретні положення, що визначали, які дії вчиняти з майном, яке належало на праві власності населенню на захопленій території, інша стосувалась конфіскації продовольчих продуктів в населення.

Після вступу радянських військ на територію Західної України, німецькі офіцери збирали до 1,5–2 тис. українців та «безкоштовно роздавали промислові і продовольчі товари з реквізованих магазинів (власниками яких були здебільшого євреї)» [15, с. 71–72]. Погоджуємось із Л. Заморською, яка зазначає, що Конституція УРСР «стала яскравим прикладом нереалізованої нормативності. Декларативні правові принципи, ідей рівності та справедливості прав і свобод людини знаходилися у відриві від реальності, будучи лише законодавчо оформленим нормативним утворенням» [12].

З жовтня 1939 року радянська влада розпочала масові заходи щодо позбавлення приватної власності осіб, які здійснювали торгівлю у своїх магазинах. Над цими особами протягом жовтня 1939 р., військовим трибуналом Українського фронту проводились судові процеси. Так, у перших числах жовтня у Стані-

славі, у приміщенні кінотеатру «Варшава» було засуджено на термін від 7 до 10 рр. з конфіскацією майна «гендлярів Горвиця, Штейнберга, Шумера, Енгеля, Самоелі, Рамера за злісне підвищення цін на товари» [6]. Але така практика тривала недовго, оскільки репресії проти осіб, які здійснювали приватну торгівлю на теренах Західної України, призвели до перебоїв у постачанні продуктів на товари, тотальному зростанню цін, а також появи довгих черг [5, с. 155]. Найважливіші об'єкти переходили у підпорядкування союзних наркоматів. Більшість виробничих потужностей підпорядковувалися республіканським відомствам (наприклад, 34 фабрики і Заводи – Наркомлегпрому УРСР) [11, с. 175].

Протягом перших місяців з моменту встановлення на Західній Україні радянської влади, щодо жителів окупованої території, зокрема поляків, здійснювалися дії з вилучення належного їм на праві власності майна, шляхом «свавілля та порушення законності працівниками міліції, які беруть хабарі, зловживають службовим становищем, безпардонно виселяють з квартир» [1]. Вивчаючи польське військово-політичне підпілля в Західній Україні у 1939–1945 рр., І.І. Ілюшин, зазначає, що переважна більшість українців та поляків, які проживали на окупованій території Західної України, вважали її «своїми родинними землями, придбаними завдяки важкій праці багатьох поколінь». Як для українців, так і для поляків зіткнення за західноукраїнські землі виявилося непотрібним [13, с. 30–31].

Щодо особливостей у період гітлерівського окупаційного режиму. 20 червня 1941 р., за день до нападу на СРСР, А. Гітлер писав Б. Муссоліні, що в результаті війни на Сході «вдасться забезпечити на тривалий час в Україні загальну продовольчу базу» [10, с. 189]. А. Гітлер вказував, що одним із найважливіших завдань має стати оволодіння районами України і Причорномор'я, які є важливою сировинною та продовольчою базою [14, с. 116]. Райхсміністр східних територій А. Розенберг зазначав: «Завдання України полягають у тому, щоби забезпечити продуктами харчування Німеччину і Європу, а континент – сировиною» [2, с. 369]. Так, лише для діючих на території УРСР військових частин командування румунських оку-

паційних військ розраховувало одержувати щорічно 94 500 т пшениці, 311 000 т фуражу, 206 500 т кормів для коней, 135 500 т картоплі. Про обсяги мародерства окупантів можна частково судити по тому, що тільки до вересня 1941 р. зі східного фронту від солдатів та офіцерів надійшло 11 млн. 600 тис. продовольчих посилок [3, с. 187–188].

Закон «Про новий аграрний лад» від 15 лютого 1942 р., яким передбачався «планомірний перехід від більшовицького колективного господарства до товаристських зв'язаних або самостійних селянських господарств» [7]. Коли виникало питання, чому передача землі у приватну власність відкладається на невизначений термін, окупанти пояснювали це тим, що потрібно дочекатися повернення «бійців із фронту, які в першу чергу мають право на наділення майновими об'єктами у східних областях, і без яких використання східного краю з новим прошарком підприємців із кращих, найбільш заслужених німецьких сил не може бути здійснене» [8].

Гітлерівці, втрачаючи окуповані території, намагалися помаксимуму вивезти цінності й запаси, а те, що не встигали або не могли забрати, – знищували. Ці дії, здійснювані за прямою вказівкою А. Гітлера, нацисти називали «тактикою випаленої землі». З особливою жорстокістю ця тактика застосовувалась до українського села [4]. Так, у таємній директиві райхсмаршала Г. Ґерінґа від 7 вересня 1943 р. про знищення сільськогосподарської виробничої бази при відступі вермахту наказувалося, що «у районах на схід від лінії, визначеної верховним військовим командуванням залежно від воєнної обстановки по ділянках, уся продукція сільського господарства, засоби виробництва і техніка мають бути вивезені з господарств … Виробнича база сільського господарства, особливо документація і споруди … мають бути знищені …» [9].

Таким чином, можемо із упевненістю констатувати факт знищення традиційного інституту права власності, порушення всіх майнових, соціальних, економічних та цивільно-політичних прав населення західноукраїнських земель як за радянського, так і за гітлерівського окупаційних режимів. На подолання наслідків війни на території Західної України були необхідні вели-

чезні матеріальні ресурси та десятиліття напруженої праці мільйонів трудівників села.

---

1. Постанова Політбюро ЦК КП (б) У щодо порушень органами радянської влади Львова прав польського населення // Сергійчук В. Правда про «золотий вересень» 1939-го. – К., 1999. – С. 110–113.

2. Германский империализм и вторая мировая война (материалы научной конференции комиссии историков СССР и ГДР в Берлине 14–19 декабря 1959 г.). – М.,1961.

3. Безсмертя. Книга Пам'яті України. 1941–1945 / Головна ред. комісія (голова І.О. Герасимов та ін.). – К.: Пошуково-видавниче агентство «Книга Пам'яті України», 2000.

4. Енциклопедія українознавства: у 10-х т. / гол. ред. В. Кубійович. – Т.1. – Львів., 1993.

5. Україна і Росія в історичній ретроспективі: Нариси в 3-х томах / Інститут історії України НАН України; Редрада: В.М. Литвин (голова) та ін.; Відп. ред. В. А. Смолій. – Т. 2. Радянський проект для України. – К.: Наукова думка, 2004.

6. Радянська Україна (Станіслав). – 4 жовтня 1939.

7. ЦДАГО України. – Ф. 166. – Оп. 3. – Спр. 141. – Арк. 50.

8. ЦДАГО України. – Ф. 166. – Оп. 3. – Спр. 141. – Арк. 147–148.

9. ЦДАВО України. – Ф. КМФ-8. – Оп. 2. – Спр. 485. – Арк. 3–4.

10. «Совершенно секретно! Только для командования». Стратегия фашистской Германии в войне против СССР: Документы и материалы. – М., 1967.

11. Варецький В.Л. Соціалістичні перетворення у західних областях УРСР (у довоєнний період). – К., 1960.

12. Заморська Л. Нормативність права у радянському розумінні // Право України. – 2011. - № 11-12. – С. 156- 163.

13. Ільюшин І.І. Польське військово-політичне підпілля в Західній Україні (1939–1945 рр.): автореф. дис. … д-ра іст. наук: 07.00.01 / НАН України. Ін-т історії України. – К., 2003.

14. Лаута С. П. Колгоспне селянство Радянської України у роки Великої Вітчизняної війни. – К., 1965.

15. Литвин М.Р., Луцький О.І., Науменко К.Є. 1939. Західні землі України. – Львів, 1999.

16. Немятый В.Н. В борьбе за срыв грабительских планов фашистской Германии.– К., 1982.

ПОРІВНЯЛЬНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ДУДКО Игорь Геннадьевич,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой государственного
и административного права
Мордовского государственного университета
им. Н.П. Огарева (Саранск)

О ПОНЯТИИ «ЕВРОПЕЙСКОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ НАСЛЕДИЕ»

В западноевропейской юридической науке существует и активно обсуждается термин «европейское конституционное наследие» (patrimoine constitutionnel européen). В меньшей степени этот термин известен в России.

Данный термин толкуется исследователями по-разному. Д. Руссо, посвятивший несколько статей определению «европейского конституционного наследия», считает, что оно проистекает из конституционного права европейских государств. Он указывает, что «сравнительная интерпретация (конституционного законодательства государств Европы) должна позволить выделить содержание европейского конституционного наследия» [1, p. 90].

Существует другая, наиболее часто встречаемая точка зрения, согласно которой содержание европейского конституционного наследия проистекает из положений Устава Совета Европы, конвенций, заключенных под эгидой этой организации, в особенности, Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в ее интерпретации Европейским Судом по правам человека [2, p. 247].

Действительно, этот термин появился в юридической науке благодаря деятельности Совета Европы. Устав Совета Европы предусматривает, что целью организации является создание более тесного союза между его членами для защиты и продвижения идеалов и принципов, являющиеся «их общим наследи-

ем» (patrimoine commun). Данное понятие содержится преамбуле Устава [3, с. 537].

Непосредственно сам термин «европейское конституционное наследие» был сформулирован и получил свое развитие в рамках деятельности Европейской комиссии Совета Европы за демократию через право (Венецианской комиссии). Именно ее активная деятельность, которая затрагивает как «новые» конституционные правопорядки, так и «старые», способствует сохранению и укреплению демократического «европейского конституционного наследия».

Несмотря на то, что термин «европейское конституционное наследие» сформулирован в рамках деятельности международной организации, полагаем, что истоки его все же следует искать на уровне конституционного законодательства отдельных государств. Совет Европы послужил инстанцией, составившей содержание исследуемого понятия. Это объясняется тем, что авторитет данной организации настолько высок в Европе, что это позволило именно Совету Европы выделить ценности, включаемые в обсуждаемое понятие.

Некоторые европейские ученые, исследуя содержание «европейского конституционного наследия» подчеркивают, что оно не является общим для государств Западной и Восточной Европы. По их мнению, «европейское конституционное наследие» является «общим» лишь для государств Западной Европы. Для государств же Восточной Европы европейское конституционное наследие является стандартом, к соответствию с которым необходимо стремиться [4, p. 121]. Полагаю, что это верно лишь отчасти.

Действительно, «европейское конституционное наследие» как явление конституционных ценностей вырабатывалось, прежде всего, в западноевропейских государствах. Однако содержание «европейского конституционного наследия» формировалось не только посредством исторического сближения конституционного законодательства государств Западной Европы, но и в силу целенаправленной деятельности европейских международных организаций, прежде всего в рамках Совета Европы. Фактически, речь идет не только о существовании, но и «разработке» идеальной конструкции в рамках деятельности Совета Европы,

которая должна получить распространение не только в государствах Восточной Европы, но также и Западной Европы.

Европейское конституционное наследие предполагает определение конституционно-правовых ценностей, в той или иной форме существующих в ряде государств Европы, признаваемых в качестве стандарта в рамках Совета Европы, к которому необходимо стремиться остальным европейским государствам.

Выделить конкретные составляющие «европейского конституционного наследия» можно весьма условно. Прежде всего, это определенные принципы. В рамках «европейского конституционного наследия» можно выделить две группы принципов: во-первых, наиболее общие, провозглашенные практически всеми государствами Европы, общепринятые и потому нашедшие отражение в европейских международных актах; во-вторых, принципы, которые на современном этапе еще не рассматриваются как общеевропейские, однако, закрепленные и гарантированные на конституционно-правовом национальном уровне многих государств.

Первая группа принципов содержится в документах Совета Европы. Они имеют своим происхождением Устав Совета Европы, который провозглашает основные ценности – права человека, демократия, верховенство права. Данная группа принципов содержится в Резолюции Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 1 июля 1983 года. Резолюция посвящена принципам демократии, среди которых:

- демократия и управление народа народом;
- верховенство права и разделение властей;
- нормы права должны регулировать действия правительства и администрации, судебная власть должна иметь полномочие контролировать соблюдение данного правила;
- свободные выборы на основе всеобщего избирательного права при тайном голосовании, осуществляемые в разумных интервалах времени;
- демократический режим должен установить равновесие между эффективностью действий правительства и защитой прав и свобод граждан;
- уважение прав меньшинства большинством, соблюдение баланса между публичными интересами и соблюдением индивидуальных прав человека;

- неприкосновенность даже в случае кризиса основных прав и свобод человека [5].

Данная группа принципов определяет содержание конституционного строя, что в совокупности отвечает требованиям демократического государства. Сюда включаются не только положения в области регулирования построения и деятельности институтов государственной власти (разделение властей, парламентарный режим, наличие независимой судебной власти и конституционной юстиции и др.), но и положения в области защиты прав и свобод человека.

Вторую группу составляют принципы, предусмотренные конституциями большинства европейских государств, признание которых в качестве «общеевропейских» еще не произошло. Европейские ученые отмечают, что каталог положений конституций европейских государств содержит некоторые принципы, которые выходят за пределы конвенционального регулирования. Они составляют конституционные ценности, которые также включаются в европейское конституционное наследие [6].

К их числу относится принцип равенства, в общем юридическом смысле. Несмотря на то, что он непосредственно не гарантирован Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, тем не менее, на протяжении, по крайней мере, вот уже двух столетий он провозглашается не только в конституционном праве европейских государств (Западных и Восточных), но и получает развитие в различных отраслях национального права. К числу этих принципов следует отнести и, включаемые в конституционное законодательство, экономические свободы. Так, например, свобода предпринимательской деятельности, которая, несомненно, является повсеместно признанной в европейских государствах. Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, прямо не гарантирована свобода просвещения. Однако, полагаю, она также составляет часть общеевропейских конституционных ценностей.

Кроме того, к этой группе конституционных общеевропейских ценностей следует отнести положения из области социальных прав. Речь идет, прежде всего, о праве социального обеспечения, в особенности о праве на социальное страхование. Даже если оно не всегда четко закреплено в конституциях, то практи-

чески повсеместно выражено на законодательном уровне и конституционно адаптировано. В целом, следует признать, что по вопросу экономических, социальных и культурных прав, в плане отнесения тех или иных принципов и положений к европейскому конституционному наследию, консенсуса в рамках Европы не найдено и окончательной доктринальной позиции не выработано.

Подводя некоторые итоги в отношении понятия «европейского конституционного наследия», следует отметить, что данный феномен находится в области гармонизации европейского права. Определение и содержание «европейского конституционного наследия» получило свое признание и адаптацию в международном европейском праве, а не исключительно в конституционном праве отдельных западноевропейских государств. Европейское конституционное наследие объединяет ценности, которые в большей степени культивировались в едином для Европы ключе посредством деятельности международно-правовых механизмов. Следует утверждать, «европейское конституционное наследие» направлено на воплощение его содержания в конституционном законодательстве всех европейских государств.

---

1. Rousseau D. La notion de patrimoine constitutionnel européen // Mélanges Philippe Ardant: Droit et politique à la croisée des cultures. – Paris: L.G.D.J., 1999.

2. Constantinesco V., Pierre-Caps S. Droit constitutionnel. – Paris: Presses universitaires de France, 2007.

3. Международные акты о правах человека: Сборник документов. – М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА М, 1998.

4. Torcol S. Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle. Thèse Droit public. – Toulon, 2002.

5. Résolution 800 (1983) relative aux principes de la démocratie. Adoptée le 1 juillet 1983. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ ta83/ FRES800.htm – Дата доступа: 10.12.2011.

6. Buquicchio G., Garrone P. Vers un espace constitutionnel commun. Le rôle de la Commission de Venise. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http:/www.venice.coe.int/site/articles/Buquicchio_Garrone_espace_commun_F Дата доступа: 09.12.2011.

БОЙКО Юрій Павлович,
доктор політичних наук, кандидат юридичних наук,
професор кафедри зовнішньої політики Росії
та актуальних міжнародних проблем
Дипломатичної академії
Міністерства закордонних справ
Російської Федерації

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ ФЕДЕРАЛІЗМУ В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ. ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Федералізм в сучасному світі є одним з серйозних і важливих напрямів юридичної науки, досліджується в теорії держави і права, конституційному праві, порівняльному правознавстві й державознавстві та ін. Про відродження наукового інтересу до проблематики федералізму свідчить зростання числа спеціалізованих видань і дослідницьких центрів. Так, починаючи з 1971 р. на Заході почав виходити спеціалізований щоквартальний журнал «Пабліус: журнал з проблем федералізму» (за редакцією Д. Дж. Елейзера і Дж. Кінсайда); у 1986 р. у Швейцарії створено Об'єднаний центр з вивчення федеральних і регіональних проблем; видаються численні книги і брошури, довідники, такі як «Федеральні системи світу» (1991), «Тенденції до централізації і децентралізації у федеративних державах» (1988), «Федеральна демократія. На прикладі США і Європи» (1986, відп. ред. Д. Дж. Елейзер та І. Грейлсммер), «Порівняльний аналіз федералізму: територіальний аспект політики» (І. Дучасек, 1970) та ін. [1; 22; 25]. Крім того, доказом важливості дослідження проблем федералізму в Росії і на Заході слугують семінари, симпозіуми, конференції, що періодично проводяться на базі юридичних і політологічних інститутів і факультетів. Одним з прикладів такого наукового форуму може служити конференція з проблем федерації і конфедерації в об'єднаній Європі, яку було проведено в 1994 р. у м. Санторіні з ініціативи і під егідою Ради Європи [2].

У дослідженнях, присвячених цій проблемі, вчені розглядають питання поняття федералізму, його основних форм, загальних і специфічних рис федералізму в різних державах та ін. [3; 19; 27; 28; 29].

Сучасний підхід до вивчення федералізму як політико-правового явища через призму компаративістики визначає наступну постановку питання: чи виправдано говорити про американський, індійський, російський або бельгійський федералізм, чи існують його загальні й незмінні риси? Видається правомірною дуалістична позиція дослідників, на думку яких необхідно рівною мірою використовувати як загальне, так і особливе уявлення про федералізм [4].

Крім того, дуже важливо в методологічному контексті враховувати історичну складову в розвитку окремих держав. У основі розвитку сучасних федерацій лежать принципи і підстави, які були закладені в ході їх утворення та історичного розвитку [5; 30; 31; 32]. Вивчення федерації та федералізму необхідно здійснювати спираючись на їх сьогодення і минуле, під кутом зору порівняльного аналізу, співставлення окремої федерації з іншими федераціями, які існували раніше та існують паралельно з нею [6; 33–44].

Категорія федералізму активно залучена в обіг політологічних, історичних, юридичних, економічних, соціологічних, етнологічних, культурологічних та інших дисциплін [7, с. 129]. Не дивно, що на тлі виникнення нових проблем федералізму в умовах глобалізованого світу його концепт з такою легкістю заміщується іншими – поліцентризмом, демократизмом, децентралізм, регіоналізмом тощо.

В юриспруденції, як, втім, і в будь суспільній науці, винятково важливі терміни та значення, яке їм надається. Визначення «федералізму» вироблялося на протязі століть і незважаючи на різницю в теоретичних поглядах, відоме вже досить давно. У зарубіжній і вітчизняній науковій літературі федералізм розглядається як система основних принципів певної форми державного устрою, що відрізняються від принципів унітаризму і конфедерації.

Традиційно федералізм визначається як система поділу влади і прийняття рішень між окремими керуючими системами різного рівня, що здійснюють владні повноваження над одними і тими ж населенням і географічним регіоном [8; 45–47].

Сучасні західні дослідники бачать сенс федералізму, з одного боку, в наданні складовим частинам федерації самостійно-

сті та самоврядування, а з іншого – в забезпеченні їх участі в управлінні державними справами. Федералізм при цьому розглядається як добре випробуваний засіб для вирішення конфліктів, у тому числі заснованих на етнічних відмінностях. Так, зокрема, вважають автори праці «Федералізм і роль держави», виданої під редакцією відомих правознавців Г. Баквіса і У. Чендлера. У широкому сенсі «федералізм» розглядається не лише як певна державна структура, але і як поняття, що неодмінно включає в себе певний процес врегулювання відносин [9].

Як вказує Д.Дж. Елейзер, сенс федералізму полягає в тому, щоб забезпечити таке з'єднання різних груп у союз, яке дозволяло б реалізовувати спільні цілі й при цьому зберігати самостійність частин [10, p. 11; 48, p. 11]. На його думку, застосування федеративного принципу означає певну комбінацію самоврядування і розділеного правління. Це такий конституційний поділ влади, зазначає дослідник, за якого складовим елементам федерації належить частка в процесі прийняття політичних рішень і в управлінні. Д.Дж. Елейзер запроваджує поняття «федеративні пристрої», розуміючи під цим застосування різного роду організаційних засобів для примирення вимог самоврядування і розділеного правління [11].

Ряд вчених вважають, що за своєю суттю федералізм – це засіб зміцнення демократичного республіканізму, що припускає поділ влади, тому що тоталітарні системи, невід'ємною рисою яких є неприйняття поділу влади в будь-якій формі, не можуть бути справді федеративними. Інші дослідники, не заперечуючи справедливість таких тверджень, доводять, що вплив федералізму, навіть якщо той був задуманий як ширма, надає певного роду інституційно-конституційну силу місцевим етнічно-територіальним інтересам, дозволяючи їм зберігатися хоча б в обмеженому вигляді. Як показує світовий досвід розвитку подій сучасності, певні підстави мають обидві парадигми [12; 49–54].

Н.М. Добринін визначає федералізм як «весь спектр явищ і відносин, безпосередньо пов'язаних з федеративної формою державного устрою», що включає економічні, духовно-культурні (в тому числі ідеологічні та наукові), політико-правові явища і закономірності, що визначають федеративну модель, істотно впливають на неї, виражають її в різних сферах життя держави

і суспільства [13, с. 29]. На його думку, федерація є «оболонкою у всій системі федералізму, відображаючи конкретні духовно-культурні, соціально-економічні, правові та політичні прояви федералізму» [14, с. 22–23].

Федералізм як шлях об'єднання може виступати в двох формах. По-перше, це федералізм національно-державний, коли об'єднуються в одну політичну організацію різні, достатньо розрізнені частини політичної системи. По-друге, це міжнародний шлях об'єднання, коли незалежні держави (нації) об'єднуються одна з іншою в одну загальну систему.

У формі державного федералізму в широкому сенсі можливі об'єднання найрізноманітніших одиниць: територіально-обласний федералізм, коли в федерацію об'єднуються як одне ціле кілька територіально-політичних одиниць, які або до цього утворювали самостійні держави, або після цього отримали статус суб'єктів федеративної держави. У випадку національного федералізму об'єднуються не територіальні одиниці-області, а етнічні чи національні утворення, які можуть і не займати якусь певну територію.

На думку колективу авторів монографії «Глобалізація і державна єдність Росії», можна виділити наступні сутнісні елементи федералізму, який:

- представляє собою конституційно встановлену форму державного устрою, при якій активні частини єдиної держави володіють певним обсягом самостійних повноважень щодо державного управління в різних сферах життя суспільства;
- передбачає конституційний принцип розподілу державної влади, що належить народу, «по вертикалі», при якому кожен рівень державних структур, включаючи і місцеве самоврядування, має строго певний, взаємопов'язаний і взаємообмежуючий обсяг владних повноважень;
- включає конституційно узгоджену складову частину механізму громадського самоврядування [15, с. 136].

Федералізм – державно-правовий спосіб рівноправного та раціонального узгодження потреб, інтересів і цілей держави в цілому, а також його частин, особливо суб'єктів федеративної держави, досягнення компромісу або консенсусу, коли б кожен чітко усвідомлював і свої можливості, і свою відповідальність за ведення державних і громадських справ.

У доктрині теорії держави і права, а також конституційного права федералізм часто розглядається лише в плані розмежування компетенції між центром і суб'єктами федерації. Дискусія ведеться в основному лише про способи розподілу повноважень (конституційні, конституційно-договірні, договірні, законодавчі), їх обсяг та зміст. Питання про погодження розподілу повноважень між різними рівнями влади, можливості і гарантії реалізації переданих повноважень з точки зору прав, свобод та інтересів людини практично не досліджується.

До основних ознак федералізму відносяться: тотожний державний характер об'єднаних в єдину державу територіальних одиниць – суб'єктів федерації; конституційне розмежування компетенції між органами державної влади суб'єктів федерації і органами державної влади федерації; неприпустимість зміни кордонів без згоди суб'єктів федерації.

Серед традиційних основних принципів федералізму можна назвати: добровільність об'єднання держав і подібних утворень в єдину державу; прийняття федеральної конституції і конституцій чи інших актів суб'єктів федерації; однаковий конституційний статус суб'єктів федерації та їх рівноправність; конституційно-правове визначення суверенітету федерації і участь суб'єктів у його здійсненні; загальні територія і громадянство; єдина грошова і митна системи; федеральна армія й інші інститути держави, що забезпечують її ефективне функціонування.

Такий підхід відображає загальний погляд на форму державного устрою як територіальну організацію державної влади, що характеризується принципами взаємозв'язку окремих складових частин держави та їх органів влади між собою та з державою в цілому.

У науковій доктрині існує точка зору щодо необхідності розрізняти інститут федералізму як соціально-політичного явища і категорію федералізму, що характеризує певну ідею, вчення про федеративну державу [16; 17]. Так, наприклад, в якості інституту федералізм передбачає конституційну гарантію прав і свобод людини, оскільки тільки розподілена державна влада здатна вберегти від спроб її узурпації якоюсь структурою [15, с. 136].

Як вчення про федеративну державу федералізм досліджується в ряді праць як принцип, режим і форма державного

устрою. На думку М.В. Глігіч-Золотарьової, в цій якості федералізм дозволяє забезпечити єдність і плюралізм державної та суспільної влади в умовах її територіальної організації на декількох рівнях [3, с. 16–18].

У доктрині прийнято вважати, що як принцип федералізм втілює спосіб врегулювання розбіжностей і об'єднання людей та їх утворень на державному рівні, як режим і форма державного устрою він визначає поділ державної влади по вертикалі між територіальними утвореннями різного рівня в єдиній державі [19, с. 88–89].

У науковій літературі увага акцентується на різних ракурсах федералізму. У федералізмі бачать «розподіл влади по вертикалі»; сукупність ідей (представлену певними політико-правовими принципами), покладену в основу «федерації»; форму організації державної влади та інші. У ряді випадків автори стверджують зв'язок федералізму з громадянським суспільством.

Серед розробок експертів у сфері федералізму є наступне визначення: «Наукове осмислення концепції федералізму передбачає інституційний підхід до вивчення федералізму, абрис якого демонструє політичний зміст, що відбивається в організації та функціонуванні владних форм» [20]. У рамках даної точки зору розглядається така системна структура федералізму як політичного інституту:

1) перша система інституту федералізму – це наявність організаційно-функціональної єдиної для всієї федерації багаторівневої державної влади;

2) друга система даного політичного інституту – федеративні відносини;

3) третьою системою інституту федералізму є політико-правова основа;

4) четвертою системою інституту федералізму виступають ресурси влади (матеріальні, психологічні та духовні основи влади) [20].

Підводячи підсумок викладеному, слід зазначити, що федералізм, при всьому різноманітті його елементів, їх властивостей і взаємозв'язків, відноситься до державно-правових явищ. Федералізм передбачає особливий політичний порядок, що надає реальну можливість для самовираження держави в цілому та її частин, що забезпечується відповідною системою організації та функціонування державної влади.

Федералізм – це не лише теорія й ідеологія, а й реальні політика і практика створення, побудови, функціонування та розвитку федеративної держави. Ставлення до федералізму і його сприйняття може визначатися не тільки обсягом і змістом прав на рівні Федерації та її суб'єктів, а також місцевого самоврядування, а й тим, наскільки реально забезпечені права і свободи людей у федеративній державі. Важливо оцінювати не тільки повноваження, але й результат їх реалізації. Федералізм – політичний засіб національного та інтернаціонального об'єднання. Федеративність у політичному устрої є настільки ж загальна властивість утворення держав, як і демократія. Хоча іноді в науковій літературі присутні й такі точки зору: «Часто пропонована в сучасній науковій та навчальній літературі, а також ЗМІ ідея нерозривного зв'язку федералізму з демократією … абсолютно неспроможна» [21, с. 16].

Досліджуючи федералізм в контексті його загальних рис та особливостей, важливо виходити з того, що федералізм повинен розглядатися як з формально-юридичних, так і з позитивістських (реалістичних) позицій, тобто як явище, що існує фактично. Формально-юридичний підхід до вивчення федералізму необхідний для оцінки його політичної значущості в установленому правовому форматі конкретної держави. Позитивістський підхід припускає вивчення питання: чи є федерація у відповідній державі фактичною, реальною чи залишається формально проголошеною.

Федералізм – багатовимірне явище, що має не тільки статичний, але й динамічний характер. Він проявляється в реальних державах в конкретний історичний період, тобто у федералізму є історичний, політичний, правовий або формально-юридичний, соціальний, фіскальний, культурний, ідеологічний та інші аспекти. Отже, при вивченні таких державно-політичних явищ як федералізм і федерація обов'язковим є використання міждисциплінарного методу дослідження або підходу. Передбачається інтернаціональний характер досліджень, тобто важливо вивчити цей політико-юридичний феномен з позицій дослідників багатьох інших зарубіжних країн. У цьому зв'язку показові дослідження радянського федералізму, які аналізують його позитивні і негативні сторони, тенденції та історичний досвід [22; 18; 55–59; 24; 26].

Федералізм є вираз політико-державної інтеграції людських суспільств, одним з політичних засобів органічного з'єднання досі аморфно існуючих громад, етап на шляху до істинно органічної єдності [23; 1; 22; 25].

Федералізм є важливим етапом організації державного устрою суспільства на шляху політичного об'єднання, важливий інтеграційний механізм економічної, міжнаціональної взаємодії.

Слід підкреслити, що інтерпретація змісту федералізму, федерації, федеративного устрою викликає численні дискусії, що часом знижує ступінь ефективності вирішення на практиці політичних та управлінських проблем. Федералізм як багатогранне явище, обумовлене певними об'єктивними суспільними закономірностями, має свою історію. Розгляд еволюції основних теорій федералізму та практичний досвід формування різних федеральних утворень становить науковий та прикладний інтерес в умовах складних, нерідко суперечливих тенденцій у розвитку сучасних держав. В умовах глобалізації, з одного боку, посилюються лідерські позиції великих федеративних держав. З іншого – проявляються тенденції федералізації низки унітарних держав, що приводить до зростання ролі та значення сучасної теорії федералізму.

---

1. Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements / Ed. by D. Elazar. – Longman Press, 1991.

2. The Modern Concept of Confederation. Santorini, 22–25 September 1994. – Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

3. Глигич-Золотарева М.В. Правовые основы федерализма. – М.: Юристъ, 2006.

4. Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. – Т. 1: Государство. – 2-е изд. – М.: Велби, Проспект, 2007.

5. Чистяков О.И. Становление Российской Федерации. – М., 1966.

6. Аверьянов А. А. Федерализм в российском и зарубежном законодательстве // Жизнь национальностей. – 2000. – № 3–4.

7. Ким Ю.В. «Федерализм», «автономия», «самоуправление»: смыслы и трактовка // Право и политика. – 2008. – № 6.

8. Федерализм: Энциклопедический словарь. - М., 1997.

9. Федерализм и роль государства. - М.: Юрид. лит-ра, 1987.

10. Elazar D.J. Federalism: an Overview. – Pretoria: HSRC, 1995.

11. Чиркин В.Е. Модели современного федерализма. Сравнительный анализ // Государство и право. – 1994. - № 8-9.

12. Захаров А. Pluribus Unum. Очерки современного федерализма. - М.: Моск. школа полит. исслед., 2003.

13. Добрынин Н.М. Федерализм: Историко-методологические аспекты. – Новосибирск, 2005.
14. Ким Ю.В. Федеративный режим. – М., 2007.
15. Эбзеев Б.С., Айбазов Р.У., Краснорядцев С.Л. Глобализация и государственное единство России. – М.: Формула права, 2006.
16. Туровский Р.Ф. Политическая регионалистика. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2006.
17. Гайдук В.В. Институт федерализма: понятие, сущность и методология // Право и политика. – 2008. – № 4.
18. Березко В.Э. Стратегия государственного строительства в понимании Сталина // История государства и права. – 2008. – № 12.
19.Умнова И.А. Конституционные основы современного российского федерализма. – М.: Дело, 2000.
20. Политика и право. – 1996. – № 4.
21. Иванов В. В. Путин и регионы. Централизация России. – М.: Европа, 2006.
22. Brown-John L. (ed.). Centralizing and Decentralizing Trends in Federal Systems. - N.Y., 1988.
23. Duchacek I. Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics. – Washington, 1970.
24. Кроткова Н.И. Взгляды С.А. Котляревского на конституционный строй Российской империи и Советской России // Государство и право. – 2008. – № 3.
25. Engdahl D. Constitutional Federalism. – N.Y., 1993.
26. История советской Конституции (в документах) 1917–1956 гг. – М., 1957.
27. Ильченко М.С. В поисках федерализма (методологический аспект проблемы) // Без темы. – 2006. – № 1.
28. Лоханов П.Н. Институционализация Российского Федерализма: автореф. дисс. … канд. полит. наук. – Казань, 2003.
29. Элейзер Д.Дж. Сравнительный федерализм // Полис. – 1995. – № 5.
30. Златопольский Д.Л. СССР – федеративное государство. – М., 1967.
31. Абдуллатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф. Федерализм в истории России. – М., 1992.
32. Проблемы суверенитета в Российской Федерации. – М., 1994.
33. Авраменко С.Л. Швейцарский федерализм на рубеже тысячелетий. – М., 2003.
34. Брей М. Р. Испанская модель государственного устройства // Жизнь национальностей. – 1998. – № 3–4.
35. Бурнасов А.С. Реформа немецкого федерализма в начале XXI века // Федерализм. – 2008. – № 1 (49).
36. Вальтер Р. Проблемы федерализма в Федеративной Республике Германии // Современный немецкий конституционализм. – М., 1994.
37. Голубева Л.А., Чернооков А.Э. Сравнительное государствоведение. – СПб.: ИВЭСЭН, Знание, 2009.

38. Данилов С.Ю. Эволюция канадского федерализма // Федерализм. – 2008. – № 1 (49).
39. Из мирового опыта федерализма (федерализм по-латиноамерикански) // Общественные науки и современность. – 1994. – № 1.
40. Катц Э. Американский федерализм: прошлое, настоящее и будущее // Вопросы демократии. – Т. 2. – 1997. – № 2.
41. Конюхова И.А. Современный российский федерализм и мировой опыт: Итоги становления и перспективы развития. – М.: Городец, 2004.
42. Королева–Борсоди Н.В. Основы конституционного права Швейцарии. – К.: «Юстиниан», 2009.
43. Filippov M., Ordeshook P., Shvetsova O. Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions. – Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
44. Gunlicks A.B. The Lander and German Federalism. – Manchester: Manchester University Press, 2003.
45. Федерализм: Энциклопедия / под ред. К.С.Гаджиева, Э.Г.Коваленко. – М., 2000.
46. Большой юридический словарь / под ред. А.Я.Сухарева, В.Е. Крутских. – М., 2002.
47. Конституционное право России // Энциклопедический словарь. – М., 2002.
48. Duchacek I.D. Perforated Sovereignties' Toward a Typology of New Actors in international Relations // Federalism and International Relations: The Role of Sub national Units.
49. Захаров А. Унитарная федерация. Пять этюдов о российском федерализме. – М.: Моск. школа полит. исслед., 2008.
50. Иванов В. Путин и регионы. Централизация России. – М.: Европа, 2006.
51. Федерализм – враг демократии. Интервью с профессором Эдвардом Гибсоном // Эксперт. - 31 октября 2005. - № 41.
52. Federalism and Democracy in Latin America / Ed. by E. Gibson. – Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2004.
53. King P. Federalism and Federation. – Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982;
54. Riker W.H. Federalism: Origin, Operation, Significance. – Boston: Little, Brown and Company, 1964.
55. Болтенкова Л.Ф. От НКВД до федерализма: сб. науч. трудов. – М., 2008.
56. Боффа Дж. История Советского Союза: в 2-х т. / Дж. Боффа. – М., 1990. – Т. I.
57. Златопольский Д.Л., Чистяков О.И. Образование Союза ССР. – М., 1972.
58. История национально-государственного строительства в СССР. – М., 1983.
59. История Советской Конституции в декретах и постановлениях Советского правительства 1917–1936. – М., 1936.

СЕРЬОГІН Віталій Олександрович,
доктор юридичних наук, доцент,
начальник кафедри державно-правових дисциплін
Харківського національного університету
внутрішніх справ

ПРАЙВЕСІ У КОНТЕКСТІ ЦИВІЛІЗАЦІЙНОГО ПІДХОДУ ДО ПРАВА

Наукові погляди та офіційні доктрини на проблеми розуміння, визнання і забезпечення прав людини є вельми різноманітними, що пояснюється як політико-ідеологічними відмінностями, так і специфікою тих чи інших цивілізацій, котрі тлумачаться як єдність культурних, національних, етнічних, державно-правових, релігійних та інших характеристик певних суспільств. Ці відмінності у сучасному світі отримали своє відображення в ідеях культурного релятивізму та універсальності прав людини. При цьому культурний релятивізм в аспекті прав людини виявляється, як правило, у твердженні, що вони є проявом західної культури і тому не можуть вважатися універсальними, тоді як протилежна теорія робить наголос на тому, що кожне людське суспільство складається з осіб, які попри всі свої відмінності, прагнуть свободи, незалежності й рівності, а відтак визнають певні спільні цінності [1, с. 161].

Яскравим прикладом культурного релятивізму в сфері забезпечення прав людини є ситуація, що склалася в галузі забезпечення недоторканності приватного життя (прайвесі). Деякі дослідники даного права стверджують, що в усіх сучасних суспільствах відчувають однакову, «інтуїтивну» потребу в захисті приватного життя [2, с. IX, XIII]. Тим не менш, політико-правова практика свідчить, що інтуїтивні почуття щодо прайвесі суттєво різняться від суспільства до суспільства, навіть якщо порівнювати між собою близькі за цивілізаційними ознаками суспільства у Північній Америці та континентальній Західній Європі. Деякі з таких особливостей стосуються суто побутової поведінки, але чимало з них стосуються й права. Наприклад, Дж. Вітмен переконливо доводить, що європейські континентальні норми про прайвесі орієнтовані на захист «особистої гідності», що є зви-

чним для французького й німецького суспільства, тоді як американське право захищає передусім інтереси особистої свободи [3]. Пріоритет названих цінностей сформувався ще за часів буржуазно-демократичних революцій у цих країнах і простежується й досі.

Європейське континентальне право стоїть на сторожі багатьох аспектів прайвесі, як-то персональні дані споживачів, зміст декларацій про доходи, прайвесі на робочому місці, захист прайвесі у судовому процесі, заборона поширення зображень оголених людей в мережі Інтернет, захист приватного життя засуджених тощо. Для осіб, які звикли до певного способу життя в континентальній Європі, може видаватися, що прайвесі в США піддається тотальним обмеженням і посяганням. Наприклад, їх обурює американська практика подання й обробки податкової звітності, коли кредиторам може бути надано доступ до всієї кредитної історії клієнта, якщо він навіть жодного разу не визнавався банкрутом. Такі колізії виходять далеко за межі випадкових соціальних непорозумінь, спричиняючи напругу в трансатлантичних юридичних і торгівельних відносинах. Наприклад, крупний конфлікт між ЄС і США, що спалахнув у 1990-х роках з приводу захисту персональних даних споживачів, вдалося вирішити тільки у 2000-х шляхом укладення угоди про «Безпечну гавань» [4; 5]. Після подій 11 вересня 2011 р. напруга у стосунках між ЄС і США з приводу захисту прайвесі ще більш зросла.

Для європейських конституціоналістів стало загальним правилом твердження, що вони поважають «фундаментальне право на прайвесі», тоді як у США у «культурному контексті» воно є слабким чи повністю відсутнє [6, с. 69; 7, с. 752-753]. Порівняно з Європейською конвенцією про захист прав та основних свобод, яка захищає «право на повагу прайвесі», та Хартією Європейського Союзу про основні права, до якої демонстративно було включено статті про «повагу до приватного і сімейного життя» і «захист персональних даних», американське законодавство про прайвесі, з європейської точки зору, є просто «невдалим» [8, с. 139].

Американців, навпаки, шокують деякі норми європейського права. Зокрема, в Європі перелік імен, які можуть давати батьки своїм дітям, затверджується державними органами. Така практика, що у 1996 р. була підтверджена навіть Європейським судом з прав людини, сприймається американцями як грубе

втручання у прайвесі. Деякі види доказів, які американці вважають незаконно добутими, в європейських судах приймаються до розгляду [3, с. 1158]. У Франції та Німеччині прослуховування телефонів відбувається в 10-30 разів, а в Нідерландах та Італії – у 130–150 разів частіше, ніж у США [9, с. 757–763].

Цілком очевидно, що американці та європейці сприймають прайвесі по-різному. Захисники прайвесі іноді намагаються применшити значення цих відмінностей. Відчуваючи потребу у виробленні спільних підходів, вони наголошують на тому, що прайвесі є універсальною категорією, а єдина справжня відмінність полягає в тому, що американська система захисту прайвесі є «секторальною» і менш системною порівняно з європейською, хоч і розвивається в європейському напрямку. У цьому, справді, є частка істини. Проте будь-яке належне порівняльно-правове дослідження цих систем обов'язково виявить між ними чимало як подібних, так і відмінних рис. Такі відмінності не можна зрозуміти, стоячи на позиціях універсальних «інтуїтивних потреб особи» – необхідно брати до уваги особливості соціально-політичного ідеалу, притаманного кожній правовій системі.

Якщо певні відмінності в розумінні та механізмах захисту прайвесі існують у таких близьких за своїм походженням та фундаментальними цінностями цивілізаціях, як північноамериканська та західноєвропейська, то тим більш разючими вони є порівняно зі східноєвропейською цивілізацією, де взагалі ніколи не існувало поняття індивідуального в західному значенні індивідуалізму. Адже повнота індивідуального в Східній Європі традиційно досягалася тут шляхом забезпечення його єдності з колективним, соціальним, а не автономізації чи диктатури особистості, суверенізації окремо-індивідуального в його вузькокорисливому, споживацькому розумінні. Тому й не дивно, що обсяг «недоторканності особистого життя» у країнах Східної Європи, а тим більш у країнах СНД, які пережили тривалий період домінування колективістських засад в усіх сферах людської життєдіяльності, виявляється значно вужчим і «відноснішим», ніж обсяг «прайвесі» у країнах ЄС чи США.

---

1. Саидов А.Х. Международное право прав человека: учеб. пособие. – М.: МЗ Пресс, 2002. – 198 с.

2. Ross W.D. The right and the good. – 2 ed. – Oxford: Oxford University Press, 2002. – 256 p.
3. Whitman J.Q. The two Western cultures of privacy: dignity versus liberty // The Yale law journal. – 2004. – Vol. 113. – № 6. – P. 1151–1221.
4. Long W.J., Quek M.P. Personal data privacy protection in an Age of globalization: the U.S. – EU Safe Harbor compromise // Journal of European public policy. – 2002. – Vol. 9. – № 3. – P. 325–344.
5. Kobrin S.J. Safe harbours are hard to find: the trans-Atlantic data privacy dispute, territorial jurisdiction and global governance // Review of international studies. – 2004. – Vol. 30. – № 1. – P. 111–131.
6. Bourrie-Quenillet M., Rodhain F. L'utilisation de la messagerie electronique dans l'entreprise. Aspects juridiques et manageriaux en France et aux Etats-Unis // Semaine juridique. – 2002. – № 2. – P. 63–69.
7. von Gerlach J. Der schutz der privatsphäre von personen des öffentlichen lebens in rechtsvergleichender sicht // Juristenzeitung. – 1998. – Vol. 15/16. – S. 741–753.
8. Anderson D.A. The Failure of American privacy law // Protecting privacy / Ed. by B.S. Markesinis. – Oxford: Oxford University Press, 1999. – P. 139–167.
9. Schwartz P.M. German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance // Hastings law journal. – 2003. – Vol. 54. – P. 751–800.

ЛИСЕНКО Олена Миколаївна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
ім. Т. Шевченка

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СВОБОДИ МИРНИХ ЗІБРАНЬ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Свобода мирних зібрань – одне з фундаментальних прав людини, яке гарантується ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 21 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, а також конституціями держав, в тому числі ст. 39 Конституції України. В 2007 р. Радою експертів БДІПЛ ОБСЄ підготовлено Керівні принципи по свободі мирних зібрань, які слугують моделлю при розробці національного законодавства.

Україна чи не єдина серед пострадянських країн, в якій не прийнято закон про проведення мирних зібрань, а механізм реалізації права на свободу мирних зібрань регулюється й донині Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій» від 28.07.1988 р. В окремих регіонах органами місцевого самоврядування прийнято локальні акти, що фактично обмежують свободу зібрань, а адміністративні суди шукаючи підстави для заборони зібрань, задовольняли майже сто відсотків звернень органів влади про обмеження свободи зібрань. В Російській Федерації Закон «Про збори, мітинги, демонстрації, походи та пікетування» прийнято 19.06.2004 р., в Республіці Білорусь діє Закон «Про масові заходи» від 07.08.2003 р., є подібні закони в Вірменії, Азербайджані, Грузії. Чи відповідають вони європейським стандартам, то вже інше питання, принаймні певні кроки щодо створення гарантій реалізації зазначеного права зроблені. В Україні підготовлено кілька законопроектів щодо мирних зібрань, які до того ж пройшли оцінку у Венеціанській комісії.

При порівнянні правового регулювання свободи зібрань проаналізую лише деякі аспекти, зокрема:

- чи мають право на проведення мирних заходів громадяни даної держави, чи це право поширюється на всіх осіб та чи впливає кількість осіб, що бере участь у заході, на кваліфікацію його як публічного заходу, проведення якого підлягає законодавчому регулюванню;
- чи містяться в законодавстві обмеження щодо місця проведення зібрань;
- які строки встановлюються для подання повідомлення про проведення зібрання і чи є підставою для заборони проведення зібрання не подання повідомлення.

Згідно ст. 39 ч. 1 Конституції України «громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування». Ст. 8 Основного закону Німеччини проголошує, що «всі німці мають право збиратись мирно та без зброї без попереднього повідомлення та дозволу». Зміст ст. 57 Конституції Польщі

зводиться до наступного: «кожному гарантується свобода організації мирних зібрань та участі в них. Обмеження цієї свободи може визначатись законом». Хоча законодавство зазначених країн має відмінності у формулюванні, свободу зібрань потрібно розглядати в світлі ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка проголошує, що «кожен має право на свободу мирних зібрань», тобто це право поширюється на всіх осіб, окремі вимоги можуть ставитись лише щодо організаторів заходів.

Зазначені конституційні приписи конкретизуються у національному законодавстві. п. 2 ст. 1 Закону «Про зібрання» Польщі від 05.07.1990 р. визначає мирне зібрання, як зібрання не менше 15-ти осіб з метою спільного обговорення та висловлення своєї позиції, таким чином встановлюючи поріг, коли організатору потрібно вже інформувати ограни влади про намір проведення зібрання. Такої чи подібної умови щодо кількості учасників заходу немає у законодавстві інших порівнюваних країн.

Найбільше дискусій викликає питання щодо подання повідомлення на проведення мирних заходів. В українській практиці неправильно сприймається мета такого повідомлення, що залишилось ще з радянських часів. Повідомлення подається у відповідні органи не для того, щоб отримати дозвіл на проведення заходу, а з метою інформування про плани провести захід і надати органам влади можливість підготуватись до нього: забезпечити присутність представників органів внутрішніх справ для здійснення їх же функцій по охороні порядку, адже це їх функції, а не організаторів заходу. В одному з законопроектів цей обов'язок покладається, в тому числі, на організаторів і, навіть, обов'язок відшкодовувати шкоду, заподіяну під час проведення мирного заходу (ст. 5, 18 Проекту Закону «Про порядок організації і проведення мирних заходів» № 2450 від 06.05.2008 р.).

Європейська конвенція, на відміну від українського законодавства, використовує поняття «свобода зібрань», підкреслюючи тим самим, що втручання в реалізацію зазначеної свободи з боку державних органів має бути вкрай обмеженим. Тому в практиці зарубіжних країн сформувався повідомчий порядок щодо проведення мирних заходів, на відміну від чинного зако-

нодавства України та практики, що склалась. Недаремно Керівні принципи, розроблені БДІПЛ ОБСЄ, першим принципом називають принцип презумпції на користь проведення зібрання принципів і «його реалізацію слід по мірі можливості забезпечити без регулювання».

Разом з тим законодавством встановлюються строки повідомлення: в Німеччині не пізніше 48 годин до дня проведення публічного заходу (§ 14 З-ну про збори та походи), в Польщі не раніше 30 і не пізніше 3-х днів (ст. 7 п. 1 З-ну про зібрання), в Росії не раніше 15 і не пізніше 10 днів (ст. 7 З-ну), а при проведенні пікетування не пізніше 3-х днів. В Україні дане питання законодавчо не врегульовано, зважаючи на відсутність такого закону, тому при його вирішенні найчастіше керуються положеннями згадуваного Указу Президії, який встановлює десятиденний термін для подачі повідомлення, або актами відповідних місцевих органів влади.

Суди в Україні часто забороняють мирні зібрання через проведення зібрання у «недозволенному» громадському місці, але при цьому законодавством чітких критеріїв віднесення місць до категорії «недозволених» не встановлено, що дає можливість судді приймати рішення на власний розсуд. Законодавець Німеччини та Польщі встановив лише одну заборону проводити мирні зібрання на території меморіалів, присвячених пам'яті Голокосту, причому в додатку до закону Німеччини чітко окреслено межі цієї території з зазначенням назви вулиць. Іншими поширеними підставами заборони зібрань є їх збіг з іншими заходами, у тому числі контрдемонстраціями; у зв'язку з формальними недоліками у повідомленні про мирне зібрання; через неспроможність органів влади забезпечити громадський порядок, безпеку руху транспорту чи пішоходів, дотримання правил благоустрою тощо.

На завершення потрібно згадати ще про один важливий принцип – принцип пропорційності, саме ним мають керуватись судді вирішуючи питання про заборону проведення мирних заходів. Обмеження реалізації цього права можливе лише у виключних випадках, коли є реальна загроза суспільній безпеці, життю та здоров'ю громадян.

МОРДОВЦЕВА Татьяна Васильевна,
доктор культурологии, профессор,
заведующая кафедрой философии и социологии
Таганрогского института управления и экономики

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СВОБОДЫ СОВЕСТИ В РОССИИ И УКРАИНЕ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Актуальность сравнительного правоведения как методологической основы исследований в области законодательной деятельности отдельных государств и международных организаций обусловлена перспективами анализа и комплексной оценки правовых явлений, характеризующихся значительной степенью общности. Одной из таких универсалий правовой и культурной жизни общества и являются религиозные отношения.

В российской правовой науке нет единства в оценках конституционности норм, регулирующих религиозные отношения в государстве. По мнению И. Понкина, все спорные моменты, касающиеся приоритетов государства и власти в отношениях с определенными религиозными организациями, не следует рассматривать как нарушение конституционного принципа равенства религий, а отнести к противоречиям формального юридического равенства и реального, фактического. Сторонниками обвинительной политики власти выступают российские теоретики и практики права, указывающие на противоречия внутри российского законодательства о свободе совести и несоответствие его международным нормам светского права, к их числу относятся работы членов Славянского правового центра (А. Пчелинцева, Р. Лункина, И. Загребиной, Р. Маранова и др.), а также С. Бурьянова, С. Мозгового и др. В подготовленном ими специализированном докладе за 2011 год о состоянии свободы совести в России, в качестве основной тенденции злоупотребления свободой совести была отмечена опасность расширения «клерикальной идеологизации институтов государства», затронувшая

органы государственной власти, силовые структуры, государственную систему образования и СМИ.

Россия и Украина практически одновременно вошли в стадию радикальных либерально-демократических преобразований государственности и одной из первоочередных задач укрепления прав и свобод личности провозгласили свободу вероисповедания, которая опиралась на светский принцип государства, установленный конституциями этих государств.

Подтверждая приверженность общепризнанным принципам и нормам международного права, Конституция Российской Федерации декларирует в качестве правовой основы принципы свободы совести каждому (ст. 28), светскости государства и равенства религиозных объединений перед законом (ст. 14), равенства прав и свобод гражданина независимо от отношения к религии, убеждений (ст. 19) и ряд других принципов, которые подвергаются постоянным испытаниям на прочность, во-первых, в связи с многонациональным и поликонфессиональным составом общества, во-вторых, с резкими изменениями, происходящими в политике государства по отношению к религии: от позиции дистанцирования до открытой демонстрации властью официальной охранительной позиции религиозных объединений, существующих в государстве на основе различных паритетов с ней. В формировании государственной религиозной политики последних лет в России ощущается мощное влияние интересов РПЦ МП, что значительным образом сказалось на эффективности механизмов правового регулирования деятельности религиозных организаций. Большинство российских исследователей, выступающих с защитой демократических религиозных свобод граждан, не без основания констатируют институциональное сворачивание процессов либерализации свободы совести, и замещение их новыми институтами клерикализации общества и власти.

На этом фоне правовой режим свободы совести в Украине, опирающийся на базовые принципы международного права, в большей мере благоприятствует развитию паритетных межконфессиональных отношений, что, безусловно, имеет свои объективные причины, сказывающиеся на этноконфес-

сиональном доминировании православия в лице, правда, оппозиционных ветвей: УПЦ МП, УПЦ КП, УАПЦ и УКГЦ. Хотя, украинский законодатель сталкивается с аналогичными проблемами, что и российский, при формировании концепции государственной религиозной политики, которая должна, с одной стороны, не противоречить международным правовым нормам, а с другой стороны, соответствовать реальной ситуации и положению в церковно-государственных отношениях, нередко выражающихся в стремлении одних религиозных организаций занять приоритетное положение в сравнении с другими, посредством выдвижения требований особого юридического статуса. Кроме того, в религиозной жизни Украины добавляется существенный политический фактор: власть неизбежно сталкивается с конфликтом христианских идентичностей и «думает» о невозможном, например, чтобы четыре православных церкви, объединились в единую самостоятельную украинскую православную церковь, потому что «в самостоятельной и независимой Украине должна быть самостоятельная и независимая церковь». В этой связи, очевидно, что сама государственная власть попирает утвержденные ею же принципы невмешательства в религиозную жизнь путем отделения религиозных институтов от государства.

Таким образом, несмотря на либерально-демократическое декларирование принципов свободы совести, которые формально соответствуют нормам международного права, в России и в Украине наметилась тенденция нарушения светского принципа государственности в силу стремления властных институтов к сближению с влиятельными религиозными организациями, привлечению их к политическому участию, причем, в форме публичной поддержки действующего режима. В свою очередь, религиозные организации, идущие на союзнические отношения с властью, начинают влиять на формирование государственной религиозной политики, отстаивая свои корпоративные интересы в ущерб другим религиозным организациям, и нарушая, тем самым, принцип равенства религий.

КОЛИБА Максим Михайлович,
здобувач кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

КОМПАРАТИВІСТСЬКІ СКЛАДОВІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАНЬ (НА ПРИКЛАДІ ФРАНЦІЇ ТА УКРАЇНИ)

Сучасний світ в умовах глобалізації, розвитку, взаємовпливу та взаємопроникнення правових систем все більше переживає процеси актуалізації, пов'язані з розповсюдженням права, процеси змішення юридичних норм [1, с. 17]. У цьому контексті не є винятком і питання свободи віросповідання – одного з основних елементів прав людини. Ставлення держави до свободи віросповідань своїх громадян виступає тим «лакмусовим папірцем», який засвідчує прогресивність державного устрою, його правової системи та й демократичність суспільства.

Правове забезпечення свободи віросповідань завжди в центрі уваги юристів. Зазначена проблема знайшла чільне місце у працях вітчизняних вчених, зокрема, таких як: І.А. Бальжик, С.А. Бублика, Д.О. Вовка, Д.А. Гудими, А.І. Пашука, П.М. Рабіновича, С.П. Рабіновича, Б.Ф. Чміля, Л.В. Ярмол.

Виникнення права людини на свободу совісті та віросповідання пов'язане з першим поколінням прав людини, сформованих у ході здійснення буржуазних революцій, коли у суспільстві реалізовувались ідеї «негативної» свободи. За своєю суттю воно полягає у гарантованому людині праві незалежно думати та діяти відповідно до своїх внутрішніх переконань, включаючи можливість сповідування релігії або не сповідування жодної, за умови поваги до прав та свобод інших осіб, законів держави, вимог моралі та суспільного духовного ладу [2, с. 232–233].

Ми погоджуємось з думкою І.Д. Невважай про право як диференціальну структуру, що породжує систему відмінностей… у вигляді суб'єктивних уявлень, об'єктивних відносин та репрезентативних предметних форм [3, с. 31]. Разом з тим, наприкінці XVIII ст. сформувались єдині принципи відносин між державою та релігійними організаціями – віротерпимість (нетерпимість), свобо-

да віросповідань та свобода совісті, – де під свободою віросповідань розуміється рівність усіх релігій між собою, а людина – вільна у своєму виборі конфесії та відправлення релігійного культу.

Протягом століть склалося кілька моделей державно-церковних відносин, які часто взаємно переплітаються: теократія; цезаропапизм; законодавча підтримка, що забезпечує привілейований стан церкви; відокремлення церкви від держави; проміжний стан між моделлю державної церкви і моделлю повного відокремлення церкви і держави. Залежно від традицій, моделі державно-церковних існує кілька схем фінансової підтримки державою церковних інституцій (за О.Н. Саганом їх нараховується чотири) [4, с. 372]. Саме четверта схема свідчить про відсутність фінансової допомоги держави конфесіям, які існують на добровільні пожертвування віруючих, виручки від церковної атрибутики тощо (це характерно для країн, де церква і держава відокремлені одна від одної – США, Франція, Україна, Нідерланди).

У 1905 р. у Франції був прийнятий Закон про відокремлення церкви від держави. Принцип відділення церкви від держави був закріплений у Конституції Франції 1958 р., спочатку у ст. 2, потім, у 1995 р., він був перенесений до ст. 1, де зазначається, що Франція є неподільною, світською, демократичною, соціальною Республікою [5, с. 92] та став важливою рисою Французької Республіки.

Подібні ідеї знайшли закріплення і у законотворчій практиці сучасної України. Так, Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» був прийнятий ще Верховною Радою УРСР 23 квітня 1991 р. Конституція України 1996 р. у ст. 1 проголосила, що «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава». А окрема ст. 35 Основного Закону України зазначає: «Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. … Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова…».

Поряд з цим, звертає на себе той факт, що у французькому розумінні свободи віросповідань, відповідно до Закону про відо-

кремлення церкви від держави, суть принципу відокремлення церкви від держави – це свобода совісті та віросповідання. На думку Астрид Бриaнд, Франція ні релігійна, ні антирелігійна, вона нерелігійна; вона займає нейтральну позицію щодо усіх релігійних, філософських, світоглядних та моральних поглядів [5, с. 93].

У Франції давно вирішене питання приватизації церков, а самі церкви належать до приватноправової галузі. За Законом про відокремлення церкви від держави заборонено розміщати в державних установах релігійну символіку (ст. 28), а також релігійні символи в громадських місцях, за винятком будівель, що послуговують для відправи релігійних обрядів, кладовищ, музеїв та виставок. Ось чому розміщення розп'яття на ратушах, в залах судових засідань, в державних школах та лікарнях Франції є неправомочним.

Слушно зауважив у 60-ті роки XX ст. Р. Давид про те, що порівняльне правознавство корисне для вивчення історії права та його філософського осмислення, для національного права, для взаєморозуміння народів та створення кращих правових відносин, які складаються у міжнародному спілкуванні [6, с. 9]; необхідна взаємодія чи просте співіснування вимагає, щоб ми відкрили наші вікна та подивились на зарубіжне право [6, с. 18].

Враховуючи недостатній рівень дотримання вимог Закону України про відокремлення церкви і релігійних організацій від держави, сучасні неврегульовані «хвилі» приватизації майна церков в Україні (особливо українських християнських церков), недостатній рівень релігійної культури населення тощо, варто звернути увагу на правові досягнення у зазначеній сфері тієї держави, народ якої закріпив та реалізував у своїй правовій системі гасло Великої французької революції «Свобода, рівність, братерство».

---

1. Рулан Н. Историческое введение в право: учебное пособие. – М.: NOTA BENE, 2005. – 672 с.

2. Релігієзнавство: Навч. посібник / В.С. Бліхар, Х.М. Войтович, М.П. Гетьманчук та ін.; за ред. М.П. Гетьманчука. – Львів: ЛьвДУВС, 2010. – 392 с.

3. Невважай И.Д. Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 23–35.

4. Політологія: підручник / за ред. О.В. Бабкіної, В.П. Горбатенка. – 3-тє вид., перероб., доп. – К.: ВЦ «Академія», 2006. – 586 с.

5. Гиряева В.Н. Принципы свободы вероисповедания и отделения церкви от государства в праве Франции (Обзор) // Правовые исследования во Франции: Сб. науч. тр. / под общ. ред. В.В. Маклакова. – М.: ИНИОН РАН, 2007. – С. 91–97.

6. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и предисл. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.

ЧЕШМЕДЖИЕВА Маргарита,
доктор права, главный ассистент кафедры
«Публично-правовые науки и публичный менеджмент»
Юго-западного университета имени
Неофита Рилского (Благоевград)

КОНСТИТУЦИОННЫЕ И МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ИНСТИТУТА ПРЕДЛОЖЕНИЙ И СИГНАЛОВ

Право граждан на контроль за деятельностью администрации особенно актуально, так как очень часто государственные и муниципальные служащие пользуются своим служебным положением как средством осуществления личной власти, а в некоторых случаях и как средством неосновательного обогащения.

Мы ставим перед собой целью на основе сравнительного анализа показать значимую роль предложений и сигналов как общественного фактора и средств защиты прав граждан, так как они способствуют укреплению законности, развитию демократического правового процесса предоставления доступа к активному участию граждан в социальном управлении.

Институт предложений и сигналов представляет собой специфическую внесудебную форму гражданского контроля над деятельностью администрации. Предложения и сигналы являются выражением участия граждан в процессе управления [5, с. 9–13]. Это право может быть использовано для активации всех контрольных механизмов обеспечения законно и правильно действующей администрации [4, с. 317].

Свое правовое основание институт предложений и сигналов находит в текстах ряда международных актов. На международном уровне регулирование обращений и заявлений содержится во Всеобщей декларации прав человека и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод [1]. Таким международным актом является и Хартия основных прав, согласно которой каждый гражданин Европейского союза, как и каждое физическое и юридическое лицо, проживающее или имеющее юридический адрес в странах-членах ЕС, имеет право обращаться в Европейский парламент (ст. 44).

По Договору о функционировании Европейского Союза каждый гражданин Союза, физическое или юридическое лицо, проживающее или имеющее юридический адрес на территории государств-членов, имеет право индивидуально или совместно с другими лицами отправлять ходатайства в Европейский парламент по вопросам, относящимся непосредственно к ЕС и к его компетенции (ст. 227) [2].

Право граждан на подачу обращений, предложений и жалоб регламентировано в конституциях многих стран, как и в отдельных нормативных актах и законах.

В Болгарии это право основано на статьи 45 Конституции, согласно которой «Каждый гражданин имеет право на жалобы, предложения и заявления в государственные органы» [3]. Посредством его осуществления гражданам предоставляется возможность участвовать в работе по управлению страной.

Конституция Российской Федерации (ст. 33) наряду с другими правами и свободами закрепила право граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления. Право на обращение является важным конституционно-правовым средством защиты прав и свобод граждан, одной из организационно-правовых гарантий их охраны.

Наш сравнительный анализ показал, что аналогичное распоряжение содержит и первая поправка к Конституции США, регламентирующая право людей обращаться с ходатайствами к Правительству для устранения несправедливостей. В Конституции Италии регламентировано право всех людей отправлять ходатайства в обе Палаты чтобы искать законодательство или выражать общие потребности (ст. 50). Статья 29, пункт 1 Кон-

ституции Королевства Испания предоставляет всем испанцам право на личное и коллективное ходатайство в письменном виде согласно определенных законом форм, условий и соблюдения последствий. Конституция ФРГ предоставляет право каждому человеку индивидуально или совместно с другими лицами письменно обращаться с прошениями или жалобами в компетентные органы или в органы законодательной власти /народного представительства/ (ст. 17 Право на ходатайства). В Республике Австрия каждый гражданин имеет право отправлять ходатайства, а коллективные ходатайства могут отправляться только признанными законом корпорациями и объединениями (ст. 11) [6]. Распоряжение статьи 28 Конституции Бельгии регламентирует право каждого гражданина обращаться с ходатайствами, подписанными одним лицом или несколькими лицами, к публичной власти, в то время как только учредительный орган может обращаться с ходатайствами от имени коллектива. Право на ходатайства предоставлено и японцам. Согласно распоряжению статьи 16 Конституции Японии любой индивид имеет право обращаться с мирными ходатайствами о восстановлении ущерба, о принятии, отмене или изменении законов, постановлений или распоряжений, а также по другим вопросам. Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации из-за подачи по таким же вопросам ходатайства.

Как видно, роль института предложений и сигналов исключительно большая, так как они выполняют три важные функции:

- обращение есть средство защиты прав граждан;
- обращение гражданина – это форма реализации его конституционного права на участие в управлении государством;
- обращения граждан – это средство обратной связи.

И не в последнюю очередь в результате отправленного обращения любого гражданина могут быть приняты меры для улучшения работы административных органов и государственного управления в целом. Именно по выше указанным причинам все более уделяется внимание внесудебным /неправовым/ способам защиты прав и законных интересов граждан. Эти способы считаются надежной гарантией обеспечения законности в области государственного управления, и для защиты субъективных прав и интересов граждан и их организаций.

На основе нашего сравнительного анализа можно сделать вывод, что предложения и сигналы утверждаются как важное средство совершенствования и демократизации социального управления и общественного контроля над работой государственных органов. Они превращаются в один из основных институтов современной демократии.

---

1. Всеобща декларация за правата на човека, Приета и провъзгласена с резолюция 217 А (III) на Общото събрание на ООН от 10.12.1948 г. и Конвенция за защита правата на човека и основните свободи, изм. и доп. от Пр. № 11 и 14, придр. от Пр. № 1, 4, 6, 7 и 13, Юни 2010 [Электронный ресурс] // Сайт «Гражданска лига на България». – Режим доступу: http://www.referendum.bg/?p=2&m=8&sm=37

2. Договор за функционирането на Европейския съюз // Официален вестник на ЕС. – 30.3.2010 г. – С 83.

3. Конституция на Република България, 1991 г. [Электронный ресурс] // Сайт «Народно събрание на Република България». – Режим доступу: www.parliament.bg/bg/const

4.Кънтева М. Основи на публичната администрация. – София, 2003.

5. Лазаров К. Законът за предложенията, сигналите, жалбите и молбите // Бюллетень на Народно събрание на Република България. – 1980. – № 4.

6. Основной закон государства от 21 декабря 1867 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступу: ttp://mykpzs.ru/konstituciya-avstrijskoj-respubliki-1920-rus/

ЕРОХИНА Татьяна Петровна,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского процесса
Саратовской государственной юридической академии

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ КОНСТИТУЦИОННОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

Судебные механизмы восстановления нарушенных прав человека являются неотъемлемой частью правового гражданского общества. Всеобщая Декларация прав человека, принятая Генеральной ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. [3] устанавливает широкое право человека на судебную защиту в ст. 8, указывая, что «Каждый человек имеет право на эффективное восс-

тановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституционным законом».

При принятии конституций стран СНГ, несомненно, разработчиками были восприняты основополагающие нормы Всеобщей декларации прав человека и Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Следует отметить, что принятые в период 1991 - 1995 гг. конституции стран СНГ в наибольшей степени отражают лучшие традиции существующей практики применения норм международного права в области прав человека. Касаясь категории судебной защиты основных прав и свобод личности, можно увидеть, что она отражена во всех конституциях рассматриваемых государств в составе конституционно-правового статуса человека и гражданина [2, с. 37].

По сути, формулировка, содержащаяся в ст. 19 Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека, представляет собой некий усредненный вариант формулировок действующих конституций. В частности, Конвенция СНГ декларирует, что «каждый человек, права и свободы которого нарушены, имеет право на эффективное восстановление в правах и свободах в соответствии с национальным законодательством». В качестве субъективного права право на судебную защиту закрепляют конституции республик Армения (ст. 38), Грузия (ст. 42), Казахстана (ст. 13), Молдовы (ст. 20). Так, на территории Молдавской Республики «любое лицо имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными судами в случае нарушения его прав, свобод и законных интересов». По сравнению с российским вариантом Конституция Республики Молдова вводит в круг защищаемых объектов законные интересы. «Интерес является целью и предпосылкой приобретения, осуществления и защиты каждого субъективного права, которое выступает в качестве правового средства удовлетворения интереса в том социальном благе, которое составляет его объект. Однако не все юридические интересы могут быть удовлетворены с помощью субъективного права. В ряде случаев интерес требует иных правовых средств осуществления и охраны. В таких случаях он выступает в качестве самостоятельного объекта судебной защиты» [1, с. 30]. Статья 46 Конституции Россий-

ской Федерации не декларирует гарантию судебной защиты законных интересов. Вопрос о защите интересов в России решается отраслевым законодательством. Согласно ст. 3 Гражданского процессуального кодекса РФ «любое заинтересованное лицо вправе в порядке, установленном законодательством о гражданском судопроизводстве, обратиться в суд за защитой нарушенных либо оспариваемых прав, свобод или законных интересов».

Особенностью формулировки ст. 38 Конституции Республики Армения является признание за каждым права на судебную защиту своих прав и свобод, закрепленных Конституцией и законами. Данная норма позволяет сделать вывод о том, что Основной закон Армении гарантирует судебную защиту прав и свобод, ограниченных внутренним законодательством. И хотя армянская Конституция содержит норму, по которой «ратифицированные международные договоры являются составной частью правовой системы Республики» (ст. 6), что, несомненно, расширяет сферу применения ст. 38, однако в той же ст. 6 предусмотрено, что «противоречащие Конституции международные договоры могут быть ратифицированы после внесения в Конституцию соответствующей поправки». Это означает, что до внесения соответствующей поправки в конституцию международно-правовая норма в области прав человека не будет применяться на территории Республики. В России в отличие от Армении существует действенный механизм имплементации норм международного права путем принятия решений Конституционным Судом РФ, минуя процедуру внесения изменений в Конституцию [2, с. 37].

Подобное преимущество российской Конституции заключается в грамотно и корректно сформулированной ст. 46, которая, таким образом, представляется более универсальной по сравнению со ст. 38 Конституции Республики Армения. Норма о судебной защите прав конституциями Республик Кыргызстана (ст. 38) и Туркменистана (ст. 40) сформулирована аналогично армянской Конституции. Однако помимо ограничения круга защищаемых судом прав до прав и свобод, предусмотренных Конституцией и законом в данных государствах право, судебной защиты предоставлено только гражданам. Так, в соответствии со ст. 38 Конституции Республики Кыргызстан «Кыргызская Республика гарантирует судебную защиту всех прав и свобод

граждан, закрепленных Конституцией и законами». Данная норма помещена в раздел 3 «Права и обязанности гражданина». Еще более ограничивающей объем подлежащей судебной защите прав выглядит ст. 40 Конституции Республики Туркменистан, согласно которой «гражданам гарантируется судебная защита чести и достоинства, личных и политических прав и свобод человека и гражданина, предусмотренных Конституцией и законом».

Конституции Республик Азербайджан (ст. 60), Таджикистан (ст. 19), Узбекистан (ст. 44) формулируют право на судебную защиту в качестве конституционной гарантии аналогично формулировке ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации. Согласно ст. 60 Конституции Республики Беларусь «каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки». Данная норма, как видно, содержит указание на основные признаки судопроизводства в соответствии с ч. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В соответствии со ст. 55 Конституции Украины «права и свободы человека и гражданина защищаются судом». Особенность данной формулировки заключается в том, что право судебной защиты закреплено в качестве функции судебной власти государства.

Сравнительный анализ конституционных норм стран-членов Содружества Независимых Государств позволяет сделать вывод о том, что формулирование права (гарантии) судебной защиты прав и свобод личности отличается в республиках определенной степенью единообразия. Можно говорить о том, что главенствующее значение при формировании содержания Основных законов республик имело общепризнанное международное право, а не внутригосударственные традиции.

---

1. Адзинова Е.А. Некоторые проблемы понимания конституционного права на судебную защиту // Право и политика. – 2004. – № 7. – С. 29–30.

2. Крутиков М.Ю. Право на судебную защиту в конституциях современных демократических государств: сравнительно-правовой аспект // Российский судья. – 2006. – № 4. – С. 36–39.

3. Всеобщая Декларация прав человека, принятая Генеральной ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. // Российская газета. – 10.12.1998.

ЛЬВОВА Олена Леонідівна,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу теорії держави і права
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ТЕНДЕНЦІЯ «НОВИХ ПРАВ» У СВІТІ ЯК АНОМАЛІЯ СУЧАСНОГО ПРАВА

У сучасному світі відбувається орієнтація правової політики держав на основні ідеї природного права, які поєднують усі найважливіші людські цінності життя, честі й гідності. Зокрема, й для України важливим є наближення до найкращих міжнародних зразків права та їх інтерпретація у власному законодавстві.

Нині в правознавстві проблемами природного права, зокрема, прав людини, приділяють достатню увагу, зокрема, такі вчені, як С. Алексеєв, А. Заєць, М. Козюбра, А. Колодій, Ю. Оборотов, М. Матузов, В. Нерсесянц, Н. Оніщенко, М. Погребняк, П. Рабінович, В. Селіванов, О. Скакун, С. Шевчук та ін. Питання аномалій у праві розглядається в межах кримінального права або у зв'язку з правовою поведінкою (В. Кудрявцев, В. Плахов). Однак поза увагою залишені практичні аспекти аномальних проявів в сфері прав людини, що автор і має на меті розглянути.

Поняття «аномалія права» ми розглядаємо як негативне явище правового дисбалансу, що порушує корисну міру й загальноприйняті стандарти у сфері права.

Серед існуючих видів аномальних юридичних явищ, які стають частиною національних законодавств багатьох країн світу, народжуються нині такі «нові права», як право на аборт чи евтаназію, право на зміну статі, право на одностатеві шлюби тощо.

Однією з проблем глобального масштабу у цій сфері є ставлення до життя людини. Так, в Україні право на життя визначається як абсолютне право кожної людини, визначене ст. 27 Конституції 1996 р. Водночас державою легалізовано аборти як засіб планування сім'ї. Проблему ми вбачаємо передусім у тому, що Україна (як і деякі інші країни) на рівні законодавства не заявила про свою офіційну позицію щодо того, хто така «люди-

на» і з якого моменту вона є живою біологічною істотою, яка здатна жити, відчувати біль та вмирати.

Сьогодні доведено, що зачатий плід має усі ознаки людини як біологічної істоти, що перебуває на стадії розвитку, в процесі чого змінюється лише фенотип людини (зовнішній вигляд). Окрім того, ДНК людини вказує на належність зачатого організму до людського роду [1, с. 1028–1029].

На жаль, нині відсутня одностайна позиція щодо цього й у суддів Європейського Суду з прав людини, які зазвичай людиною визнають живонароджену людську істоту. Однак не заперечується можлива психічна діяльність людського ембріона [5, с. 110–111].

В міжнародних документах право на аборт часто фігурує як право на «вільний вибір», на «особисті індивідуальні рішення», на «свободу від материнства» та ін. Зауважимо, що до тепер право на аборт не було включене до основних прав людини, не зважаючи на зусилля деяких міжнародних організацій [4, с. 649–656].

Наступним видом «нових прав» людини є евтаназія, що у перекладі з грецької означає «хороша смерть». Це свідома дія, що вбиває невиліковно хворого з метою покласти край його стражданням, тобто з милосердя [6, с. 975–976].

У літературі іноді евтаназію виправдовують принципом автономії індивіда, відповідно до якого вимагається «інформаційна згода» хворого чи потенційного хворого [2, с. 276]. Філософськими витоками інформаційної згоди вважають принцип автономії І. Канта, коли індивіди самостійно розпоряджаються своєю свободою. На жаль, реалізацію свободи часто використовують для захисту «негативних» прав та дій особи.

Першою подією, що штовхнула Європу до законотворчості у згаданій сфері, стали досліди, проведені лікарями нацистської Німеччини в концтаборах. В 1947 р. було прийнято Нюрнберзький кодекс, в якому, зокрема, в ст. 1, оговорювалися етично допустимі передумови для дослідів над людськими істотами [7]. В 1964 р. Всесвітня медична асамблея включила інформаційну згоду до Хельсинської декларації. В 1986 р. в Іспанії вона була включена до Загального закону про охорону здоров'я [2, с. 278].

З огляду на це складається враження, що в світі посилюється тенденція до втрати істинної цінності людини, її життя та гідності. Це руйнівно впливає, зокрема, на інститут сім'ї, де власне й розпочинаються права людини.

Деякі держави законодавчо легалізують запровадження «нових моделей сім'ї», виходячи із розвитку сучасних технологій, а також із пануючого у сучасному суспільстві морального утилітаризму й релятивізму. До таких моделей відносять: 1) вільний союз або шлюб між людьми однієї статі, які бажають усиновити дитину або народити власну за допомогою штучного зачаття у пробірці або сурогатного материнства; 2) сім'ї з одним з батьків, який також бажає усиновити дитину або народити власну зазначеним чином та ін. [9, с. 489–490].

На жаль, цінності світового порядку зміщуються у протилежний бік від цивільних шлюбів як союзу чоловіка та жінки. Про це красномовно свідчать закони про «зареєстроване сумісне проживання» в Голландії, договір укладення «соціального союзу» у Франції, закони «про сталі союзи» в Іспанії. Окрім того, законодавці мають намір задовольнити певні запити меншин, зокрема, надати одностатевим парам право всиновлювати дітей [8, с. 525–526].

Дана руйнівна тенденція сягає й України. Так, Українська спільнота геїв, лесбіянок, бісексуалів та трансгендерних людей звернулася до Президента України Віктора Януковича з вимогою «продовжити курс на рівноправність геїв».

За наведеною в документі статистикою, геї, лесбіянки, бісексуальні і трансгендерні люди складають до 1 млн. 200 тис. жителів країни; кількість одностатевих партнерств, де-факто існують в Україні, оцінюється фахівцями в межах до 200 тис. пар [3].

Є сподівання, що відповідно до запровадженого в Україні принципу верховенства права згадані вище аномалії «нових прав» людини, що поширюються у світі, не стануть частиною національного законодавства України, а ті з них, що мають місце, згодом зникнуть. Адже природні, істинні права людини несуть не лише задоволення та привілеї, а й покладає відповідальність за інших членів суспільства, за їх життя, нормальний психічний та фізичний розвиток, за сім'ю тощо.

---

1. Бара Р.-К. Юридический статус человеческого эмбриона / Пер. М. Печерской // Лексикон: дискуссионные темы и неоднозначные термины в сфере семьи, жизни и этики. – М.: Изд-во Францисканцев, 2010. – С. 1021–1030.

2. Галиндо Гарсия А. Информационное согласие / Пер. В. Тимофеевой // Лексикон. – С. 275–289.

3. Гей-форум України звернувся до Януковича [Електронний ресурс] // Сайт Української Гельсінської спілки з прав людини. Режим доступу: http://helsinki.org.ua/index.php?id=1267627389. – Дата доступу: 03.03.2010.

4. Гжесковяк А. Право на аборт / Пер. В. Тимофеевой // Лексикон. – С. 649-656.

5. Гудима Д. До характеристики сучасного поняттєвого апарату людинорозуміння у науці // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Мат-ли 1-го всеукр. круглого столу (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). – Л.: Край, 2006. – С. 103–127.

6. Карраско де Паула И. Эвтаназия / Пер. М. Печерской // Лексикон. – С. 975–981.

7. Нюрнбергский кодекс [Електронний ресурс] // Сайт Библиотеки «Дом книг». Режим доступу: http://knigi-uchebniki.com/ mejdunarodnoe-pravo_696/nyurnbergskiy-kodeks5416.html.

8. Полаино-Лоренте А. Однополый «брак» / Пер. Е. Июльской // Лексикон. – С. 525–537.

9. Хаган Джозеф Х. Новые модели семьи / Пер. М. Печерской // Лексикон. – С. 489–495.

СЕРЕГИН Андрей Викторович,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры теории и истории государства и права,
заместитель декана юридического факультета
Южного федерального университета (Ростов-на-Дону)

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ СМЕШАННЫХ ФОРМ РЕСПУБЛИКАНСКОГО ПРАВЛЕНИЯ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Особую значимость при анализе смешанных форм государственного правления имеет компаративистский метод, позволяющий выявить модельные и самобытные характеристики различных способов организации смешанных форм республиканского правления. Так, первичным образцом смешанной республики является Франция, где правительство несет дво-

йную ответственность: перед всенародно избранным Президентом и Национальным собранием [1, с. 45]. Вместе с тем, аналогичные системы конституирования верховных органов политической власти в различных государствах несут на себе отпечаток специфических национальных характеристик. Например, в Польше, глава государства – Президент с 1990 г. избирается путем всеобщего голосования сроком на пять лет и может быть переизбран только один раз. По Конституции 1997 г., президент имеет широкие полномочия в области внешней политики и национальной обороны, назначает и отзывает послов, ратифицирует международные договоры, назначает руководителей высших судебных органов и вооруженных сил. Эти назначения согласуются с премьер министром. Кроме того, президент назначает премьер-министра; при определенных условиях он может распустить парламент; наложить вето на законы, принятые сеймом (оно может быть преодолено сеймом в 3/5 голосов); объявить военное положение и частичную или всеобщую мобилизацию. В тоже время Совет министров ответственен перед сеймом. В случае выражения Сеймом недоверия премьер-министру или отдельным членам Совета министров, президент обязан отправить их в отставку. Сейм и Сенат польской республики осуществляют законодательную власть. Сейм выбирается на 4-х летний срок на всеобщих выборах тайным голосованием. Сенат также выбирается на 4 года на всеобщих выборах тайным голосованием. В состав сейма входит 460 послов. В сенат 100 сенаторов. Сейм и сенат могут заседать совместно под руководством маршала Сейма, образуя народное собрание. Сейм – это высший контролирующий орган государства. Республика Польша имеет Верховный суд, а также местные, военные и др. специализированные суды. Президент назначает председателей высших судебных органов страны, в том числе председателя Верховного суда, главного судью Высшего государственного суда, а также председателя и вице-председателя Конституционного суда. Все судьи назначаются президентом пожизненно после выдвижения кандидатур Национальным советом юстиции; заседатели суда избираются. Конституционный суд, Государственный суд, Верховная контрольная палата

и уполномоченный по правам человека назначаются Сеймом с согласия Сената.

Смешанная президентско-парламентская форма республиканского правления установилась в Белоруссии. В соответствии с Конституцией 1996 г. (в ред. 2004 г.) главой государства является Президент. Он обеспечивает, в частности, преемственность и взаимодействие органов государственной власти, осуществляет посредничество между органами государственной власти (ст. 79 Конституции Республики Беларусь 1996 г.), в случаях предусмотренных Основным законом имеет право распускать парламент. Президент избирается на пять лет непосредственно народом на основе всеобщего, свободного и прямого избирательного права при тайном голосовании. Президентом может быть избран гражданин Республики Беларусь по рождению, не моложе 35 лет, обладающий избирательным правом и постоянно проживающий в Республики Беларусь не менее десяти лет непосредственно перед выборами.

Органом законодательной власти является Парламент – Национальное собрание Республики Беларусь. Он одновременно выступает и в качестве представительного органа (см. ст. 90 Конституции Республики Беларусь 1996 года). Парламент состоит из двух палат – Палаты представителей и Совета Республики. Избрание депутатов Палаты представителей (всего их 110) осуществляется в соответствии с законом на основе всеобщего, равного, свободного, прямого избирательного права при тайном голосовании. Сенат является палатой территориального представительства. В Совет Республики входят по девять представителей от каждой области и города Минска. По шесть представителей от каждой области и города Минска избираются тайным голосованием на заседаниях депутатов местных Советов, депутатов базового уровня каждой области и города Минска. Одна треть членов Совета Республики назначается Президентом Республики Беларусь. Лица, ранее занимавшие должность Президента, являются пожизненными членами Совета Республики, если они не откажутся от этого.

Исполнительную власть в Республике Беларусь осуществляет Правительство – Кабинет Министров – центральный орган государственного управления. Премьер-министр – гла-

ва правительства, назначается Президентом с согласия палаты представителей. Правительство в своей деятельности подотчетно Президенту Республики Беларусь и ответственно перед парламентом.

Контроль за конституционностью нормативных актов в государстве осуществляется Конституционным Судом Республики Беларусь, состоящим из 12 судей – высококвалифицированных специалистов в области права, имеющих ученую степень. Председатель и пять судей Конституционного Суда назначаются Президентом Республики Беларусь, шесть судей избираются Советом Республики. Срок полномочий членов Конституционного Суда – 11 лет. Предельный возраст судей Конституционного Суда – 75 лет.

Следуя классической схеме организации верховной власти в условиях президентско-парламентского правления Конституция Украины 1996 г. (в ред. 2011 г.) устанавливает с одной стороны ответственность Кабинета Министров Украины перед Президентом страны, а с другой – констатирует подотчётность высшего органа исполнительной власти Верховной Раде – парламенту государства (см. ст. 113).

Вместе с тем, следует отметить, что украинская модель республиканского правления находится в процессе становления. Поэтому она может трансформироваться в сторону усиления роли главы государства, или представительства депутатов [2, с. 152].

Несмотря на национальные особенности, в смешанных республиках институт единоличного главы государства возвышается над классической триадой разделения властей (законодательной, исполнительной и судебной), создавая тем самым особую четвёртую – президентскую власть.

---

1. Пелипенко А.Н. Франция: Усиление роли парламента // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2010. – № 5 (24). – С. 45–50.

2. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України / За заг. ред. В.Л. Федоренка. – 2-ге вид., переробл. і доопр. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової литератури, 2010. – 432 с.

ЖУРБА Ярина Миколаївна,
експерт Центру політико-правових реформ (Київ)

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Державне будівництво України та Польщі сучасного періоду має багато спільних рис: тягар соціалістичного минулого, досвід ухвалення тимчасових конституційних актів, організація влади на засадах змішаної форми правління тощо. Маючи схожі стартові умови та багато спільних рис у конституційно-правовому розвитку, особливо на перших етапах, дві країни досягли різного успіху в утверджені демократії. Це спонукає до аналізу природи правових інститутів обох держав та їх порівняння, яке використовується тут як «метод виявлення емпіричних залежностей між відмінностями, а не як метод визначення кращого і гіршого» [1, с. 683].

Питання організації виконавчої влади є актуальним з огляду на необхідність проведення конституційної реформи в Україні, про що зазначають науковці, політична влада та Рада Європи.

Стаття 10 Конституції Республіки Польща визначає, що виконавча влада здійснюється Президентом та Радою Міністрів [2]. Мала Конституція Польщі від 17 жовтня 1992 р. [3], що була прийнята на період державно-правової трансформації, аналогічно відносила Президента до виконавчої влади. Конституція України прямо не визначила приналежність Президента до виконавчої влади.

Отже, у конституціях двох держав закладено різні підходи до визначення статусу та ролі президента. Кожен з цих підходів має свою логіку та підстави. Варто зазначити, що у конституціях більшості змішаних республік президента прямо не визначено носієм виконавчої влади. Такий підхід, як видається, пов'язаний з тим, що поряд із здійсненням повноважень у сфері виконавчої влади, президент наділений також функцією арбітра і гаранта державного суверенітету.

З другого боку, приклад Польщі показує, що віднесення президента до виконавчої влади не перешкодило закріпленню за ним у статті 126 Конституції статусу гаранта безперервності державної влади та забезпечення дотримання Конституції. Ришард Мояк зазначає, що основною функцією Президента Польщі є «не виконавча влада, а відмінне за своїм державно-правовим змістом здійснення функції арбітражу в політичній системі, в тому числі і виконання ролі органу, що урівноважує гілки влади: законодавчу та виконавчу» [4, с. 27].

Віднесення президента до виконавчої влади у конституції видається виправданим заради правової визначеності та недопущення трактувань його статусу як окремої «*президентської*» [5, с. 171] гілки влади.

Ключовими питаннями конституційно-правового регулювання організації виконавчої влади є також порядок формування уряду та його політична відповідальність.

Конституція Республіки Польща передбачає інститут інвеститури уряду. Закріплено також альтернативну процедуру формування уряду, у разі якщо перша спроба зазнає невдачі. Якщо й з другої спроби не вдасться сформувати Раду Міністрів, то Конституція передбачає можливість формування уряду меншості.

За Конституцією України участь Верховної Ради у формуванні уряду обмежується наданням згоди на призначення Президентом Прем'єр-міністра. Хоча у статті 114 передбачено необхідність схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів Верховною Радою, через відсутність конституційного регулювання порядку такого схвалення, на практиці ця норма була нівельована. Деякі уряди, в тому числі чинний Кабінет Міністрів, сформований у березні 2010 року, діяли взагалі без затвердженої Верховною Радою Програми діяльності.

Роль Верховної Ради у спрямовуванні політики уряду послаблюється також наявністю у Президента повноваження відправляти Прем'єр-міністра та міністрів у відставку. Тобто Кабінет Міністрів несе політичну відповідальність не лише перед Верховною Радою, а й Президентом. Хоча відповідальність членів уряду перед президентом у теорії зазвичай уникають класифікувати як політичну, такий підхід, як зазначає Володимир Шаповал, «не відповідає реаліям, адже президент може усунути

з посади окремого члена уряду з політичних міркувань, не обґрунтовуючи свого рішення тим, що член уряду вчинив правопорушення» [6, с. 38].

Жодній із європейських змішаних республік не властива політична відповідальність уряду перед главою держави, а лише перед парламентом. Конституція Республіки Польща до того ж закріплює конструктивний вотум недовіри – Сейм може відправити у відставку уряд лише при умові призначення нового Прем'єр-міністра.

Порівняльний аналіз конституційних положень щодо організації виконавчої влади двох країн – України та Польщі – дозволяє зробити висновок про значний вплив цих положень на розвиток парламентаризму та утвердження демократичного врядування. Конституція Республіки Польща визначальну роль у формуванні уряду та спрямовуванні його діяльності віддала нижній палаті парламенту – Сейму, що стало запорукою розвитку парламентаризму в цій державі. Досвід Польщі може бути корисним в процесі удосконалення конституційно-правового регулювання організації виконавчої влади в Україні.

---

1. Lijphart A. Comparative Politics and the Comparative Method // The American Political Science Review. – 1971. – Vol. 65. – № 3. – P. 682–693.

2. Конституція Республіки Польща від 2 квітня 1997 р. [Електронний ресурс] // Сайту Сенату Республіки Польща. – Режим доступу: http://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/

3. Конституційний закон про відносини між законодавчою та виконавчою владою Польської Республіки, а також про територіальне самоуправління від 17 жовтня 1992 р. [Електронний ресурс] // Сайт Сейму Республіки Польща. – Режим доступу: http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19920840426

4. Мояк Р. Система реализации власти в Конституции Республики Польша // Проблемы конституционализма. Сборник научных трудов / под. ред. М. Ф. Чудакова, А.Е. Вашкевича. - Вып. 3. – Минск, 1998. – С. 21–30.

5. Долежан В.В. Дія системи стримувань і противаг у відносинах між законодавчою і президентською владами в Україні // Парламентаризм в Україні: теорія та практика. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2001.

6. Шаповал В.М. Конституція і виконавча влада. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 80 с.

СТОЙКО Олена Михайлівна,
кандидат політичних наук, науковий співробітник
відділу правових проблем політології
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ПОРІВНЯЛЬНА ДЕМОКРАТИЗАЦІЯ: НОВІ ЧЛЕНИ ЄС ТА ДЕРЖАВИ СНГ

Майже двадцятилітній досвід демократичних перетворень на територіях колишніх членів соціалістичного табору та республік СРСР свідчить про все більше розходження стратегій цих держав щодо побудови і зміцнення демократичних інститутів. Для пояснення таких різких розбіжностей між країнами, що мали півстолітній досвід існування в рамках єдиного режиму дослідниками та політиками можуть використовуватися дві основні концепції тлумачення явища демократизації: перша робить акцент на об'єктивності даного явища, а друга – на суб'єктивних чинниках, що виникають в ході цього процесу і мають вирішальний вплив на його результат.

Перший підхід сформувався ще в 1950-ті роки і стверджував, що поява інститутів політичної демократії є результатом певних «об'єктивних» процесів і наявності відповідних передумов, які сформовані історично, соціально, економічно, культурно тощо. Ці передумови мають історичну природу, є об'єктивними і не залежать від конкретних дій і рішень акторів. Відповідно, відсутність цих умов накладає певні обмеження для утвердження і розвитку демократичних інститутів. До представників даного підходу можна віднести Д. Растоу, Ч. Тіллі та Ф. Фукуяму з їх акцентом на важливості національної ідентичності, наявності державності, ефективної держави. Х. Лінц та А. Степан взяли за вихідну точку розпад державного утворення – СРСР та взялися за дослідження логіки розпаду імперії, вивчення значення етнічних, релігійних, інституціональних чинників для формування нових держав на її території.

Не менш популярним напрямком у рамках даного підходу було з'ясування ролі рівня економічного розвитку та соціального добробуту населення для формування стабільних демократич-

них інститутів. Свого часу ще С. Ліпсет висунув тезу, що відносно високий рівень економічного розвитку сприяє демократії, оскільки формує нову соціальну структуру, в якій значне місце відводиться середньому класу, який вимагає представництва своїх інтересів за допомогою представницьких інститутів, характерних для демократичного устрою.

Через кілька десятиліть авторському колективу на чолі з С. Пшеворським [1] вдалося чіткіше сформулював зв'язок між заможністю та демократією. Вони відзначили, що демократизація може розпочатися за різних рівнів економічного розвитку, навіть у досить бідних країнах. Однак наявність високого рівня ВВП на душу населення є запобіжником демократичного відскоку, від трансформації молодих демократій в авторитарні держави.

В межах цього ж підходу особливе значення відводиться політичній культурі, зокрема особливому її типу – громадянського, дослідженням якого займався Г. Алмонд та С. Верба. Хоча емпіричні дослідження засвідчили, демократизація може мати місце і в умовах, коли громадянські цінності не є пріоритетними і достатньо розповсюдженими, однак низка вчених продовжила роботу у даному напрямку, виділивши цінності емансипації, рівності і толерантності.

Висунену ще М. Вебером про важливість релігійних настанов для побудови певного виду суспільного устрою у дослідженнях демократизації було трансформовано в аналіз антидемократичних аспектів ісламу [2], ототожнення світського і духовного у православній церкві, неоднозначності буддизму і конфуціанства.

Популярність інституціоналізму у низці суспільствознавчих наук змусила дослідників більше уваги звернути на якість інститутів для побудови демократичного режиму. Однак низка емпіричних досліджень не дає підстав для однозначного твердження про наявність прямої залежності між якістю інститутів та стабільністю демократії, оскільки сама демократія висуває нові вимоги до інститутів, стимулюючи їх удосконалення.

Не менш важливим об'єктивним чинником, що впливає на процеси демократизації є міжнародний вплив, який здійснюєть-

ся або ж конкретними державами чи наднаціональними об'єднаннями (США, Європейський Союз, регіональними лідерами), або міжнародними організаціями, що сприяють становленню інститутів громадянського суспільства у посттоталітарних країнах [3].

Другий підхід полягає у визнанні вирішальної ролі суб'єктивних чинників: установках і діях акторів, що опинилися при владі в ході трансформації режимів. До представників даного підходу можна віднести Г. О'Доннелла, Й. Коломера, С. Хантінгтона, Ф. Шміттера, які пояснюють шляхи і результати демократизації існуючою розстановкою політичних сил, рішеннями і діями ключових гравців. Перш за все увага звертається на характер і особливості початку демократичного транзиту – особливості кризи правлячих партій; ініціювання реформ «зверху» чи «знизу» (мирні виступи, громадські заворушення); конституційну інженерію (форма правління, характер виборчої і партійної системи) тощо. Також аналізуються взаємовідносини між «старою» та «новою» опозицією, між основними політичними акторами на всіх етапах демократизації; зміна чи збереження старих еліт; ротація влади; особливості проведення перших «установчих» та наступних виборів; реальна політична конкуренція, ставлення до зовнішніх впливів, формування реальної системи розподілу влад (наявність ефективних інституційних запобіжників) тощо.

Можна припустити, що для пояснення успіху нових членів ЄС найкраще підходять аргументи першого підходу, тоді як виправдання невдач країн СНГ легше знайти у суб'єктивних чинниках другого підходу.

---

1. Przeworski A., Alvarez M. Democracy and development: Political institutions and well-being in the World, 1950–1990. – Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

2. Diamond L. Why are there no Arab democracies? // Journal of Democracy. – 2010. – №1. – P. 93–104.

3. Barany Z., Moser R. Is democracy exportable? – Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ДАВЫДОВА Марина Леонидовна,
доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой
конституционного и муниципального права
Волгоградского государственного университета

ВУ Куанг Хуан,
аспирант кафедры конституционного
и муниципального права
Волгоградского государственного университета,
старший лейтенант народной безопасности,
сотрудник Кабинета Министерства общественной безопасности
Социалистической Республики Вьетнам

НОРМАТИВНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА ЦЕНТРАЛЬНЫХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ ВО ВЬЕТНАМЕ И РОССИИ

Регламентация правотворческого процесса во Вьетнаме и в России имеет в настоящее время ряд различий, носящих, как представляется, далеко не косметический характер. Рассмотрим лишь те, которые являются наиболее выраженными при ознакомлении с нормативной базой названных стран.

1) *Нормативная регламентация правотворческой деятельности*. Основными нормативными документами, регулирующими правотворческий процесс Центральных государственных органов Вьетнама, являются Конституция Вьетнама и Закон № 17/2008/НС12 от 03 июня 2008 г. «О создании нормативно-правовых актов» [6] (далее – Закон Вьетнама), а также Постановление Правительства № 24/2009/НД-СФ от 05 марта 2009 г. [7], детализирующее порядок исполнения Закона. В России многолетняя дискуссия о необходимости создания закона о нормативно-правовых актах (далее – НПА) не завершилась пока принятием соответствующего документа, устанавливающего общую систему НПА и охватывающего все стадии их создания: от планирования до официального опубликования. Вместо него, помимо конституции, устанавливающей основы законотворческого процесса, действует ряд законодательных и подзаконных

актов, регулирующих отдельные этапы правотворческой деятельности [1, 2, 3, 4, 5 и др.].

2) *Отсутствие принципиальных процедурных различий между процессом создания законов и подзаконных НПА* во вьетнамском законодательстве на первый взгляд совершенно не согласуется с российской правовой доктриной, проводящей строгое разделение между законом (его юридической силой, порядком принятия и вступления в силу, нормативной основой создания) и подзаконным актом. Закон Вьетнама (ст. 2) закрепляет перечень НПА центральных государственных органов и устанавливает процедуры создания каждого из них. Все эти процедуры строятся по одной и той же логике, т.е. порядок создания всех НПА строго синхронизирован. Это обстоятельство, как нам представляется, не колеблет положения о высшей юридической силе закона, в то же время, обеспечивая единство и согласованность всей системы НПА. С другой стороны, именно это обстоятельство (единая нормативная регламентация правотворческой деятельности) создает определенную нормативную основу для преобладания подзаконного регулирования, т.к. Закон Вьетнама (ст. 8) прямо закрепляет необходимость детализации и конкретизации закона подзаконными актами.

Стоит заметить, что проблема подмены закона подзаконными актами не решена и в России, несмотря на жесткие доктринальные и нормативные различия между ними и всеобщее признание принципа верховенства закона и его прямого действия. Здесь, однако, подмена эта происходит в силу традиции, сложившейся в правотворческой и правоприменительной практике и подвергаемой активной критике со стороны правовой доктрины. Во вьетнамском законодательстве аналогичная традиция опирается не только на практику, но и на содержание действующего законодательства.

3) *Сложность и детализированность процедуры создания НПА*. Процесс создания законов и подзаконных актов во Вьетнаме включает следующие основные стадии: составление плана создания НПА; разработка проектов НПА; правовая экспертиза и правовая проверка проектов НПА; рассмотрение, принятие НПА; опубликование и вступление в силу НПА. Каждая из этих стадий подробнейшим образом регламентирована в Законе, применительно ко всем видам НПА.

Например, детально расписаны порядок назначения и компетенция органа, ответственного за разработку проекта НПА. Значительную долю в его деятельности составляет организация сбора мнений всех органов, организаций и лиц, непосредственно затрагиваемых актом. Сбор мнений о проекте может осуществляться в непосредственной форме, путем направления проекта, организации конференции, через Сайты Правительства, органа, ответственного за разработку (закреплено *обязательное* размещение проекта на сайте на срок не менее 60 дней), или средства массовой информации. Ответственный за разработку орган отвечает за обзор, исследование, учет мнений. Особое внимание привлекают здесь императивные нормы, так как в аналогичной ситуации указ Президента РФ предусматривает лишь *право* Президента выносить законопроекты на общественное обсуждение (п. «а» ст. 1 Указа Президента РФ «Об общественном обсуждении …»). В императивном порядке установлены и обязанности всех заинтересованных органов и организаций участвовать в обсуждении проекта и работе над ним. В том числе, такие обязанности закреплены за *конкретными* министерствами в соответствии с тематикой проекта НПА.

Подобная основательность в регламентации всех стадий правотворческой деятельности, безусловно, позволяет обеспечить стабильность всей системы НПА и ограничивает возможность реализации произвольных, необдуманных правотворческих решений. Нет сомнений в том, что восточная склонность к упорядоченности и внимание к деталям могли бы пойти на пользу российскому законодателю.

---

1. Федеральный закон «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» от 14.06.1994 г. № 5-ФЗ (ред. от 21.10.2011) [Электронный ресурс] // СПС «Гарант».

2. Указ Президента РФ «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов» от 09.02.2011 № 167 [Электронный ресурс] // СПС «Гарант».

3. Указ Президента РФ «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» от 23.05.1996 № 763 (ред. от 17.11.2011) [Электронный ресурс] // СПС «Гарант».

4. Постановление Правительства РФ «Об утверждении Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов» от 2.08.2001 г. № 576 (ред.7.07.2011) [Электронный ресурс] // СПС «Гарант».

5. Постановление Правительства РФ «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» от 13.08.1997 N 1009 (ред. от 22.12.2011) [Электронный ресурс] // СПС «Гарант».

6. Luật số 17/2008/QH12 về ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

7. Nghị định số 24/2009/NDD-CP ngày 05/3/2009 của Chính phủ quy định chi tiết và biện pháp thi hành Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

ЛЮБИТЕНКО Дмитрий Юрьевич,
кандидат юридических наук,
старший консультант-эксперт отдела правовой экспертизы
Волгоградской областной Думы

РЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ СУДОВ РОССИИ И ГЕРМАНИИ КАК ИСТОЧНИКИ ПРАВА: К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Решения Конституционного Суда России и решения Федерального конституционного Суда Германии объединяет их исключительное значение для правовых систем каждой из указанных стран. И в России, и в Германии судебные акты собственных органов конституционного правосудия получают различные оценки: от консервативного отождествления с прецедентами общеобязательного толкования (*нем.* bindender Präzedenzfall) до признания полноправными источниками права. Отечественная и зарубежная научная литература изобилует работами, посвященными исследованию указанных судебных актов, в том числе сравнительно-правовыми исследованиями. Из числа последних следует отметить работы Н.А. Вересовой [1], С.В. Перчаткиной [4].

Актуальность сравнительно-правового исследования решений конституционных судов России и Германии как источников права обусловлена сходством их основных свойств. Это сход-

ство обнаруживает ряд одинаковых закономерностей в развитии государства и права указанных стран, связанных с реализацией общей модели конституционного контроля.

1. Можно утверждать о формировании правовых доктрин из общностей судебных актов органов конституционного правосудия и выраженных в данных актах правовых позиций. Формирование доктрин обусловлено общими причинами: особенностями объекта толкования и предмета споров, разрешаемых конституционными судами, общими подходами к правовому регулированию в сфере конституционного судопроизводства и особым местом конституционных судов в механизмах государств. Совокупность правовых позиций конституционного суда в Германии, как и совокупность позиций в России, обладает целостностью и взаимозависимостью; структурностью и иерархичностью составляющих ее элементов; коммуникативностью, в том числе по отношению к доктринальным положениям науки; адаптивностью (способностью претерпевать уточнения и изменения). Эти признаки и позволяют считать общности данных судебных актов правовыми доктринами.

2. Влияние судебных актов конституционных судов распространяется не только на законодательство, но и на правовую систему в целом, т.е. на право, правосознание, правовую культуру, правореализацию и т.д. Конституционные суды Германии и России, к примеру, участвуют в правовом воспитании личности, своими судебным актами приобщая юристов к высоким профессиональным стандартам. Так, Р.Меллингхофф отводит важнейшую роль для принятия судебных решений принципам нормативной ясности [3]. Аналогичную роль играют и судебные акты Конституционного Суда РФ.

3. Особо необходимо отметить сходную роль конституционных судов Германии и России в вовлечении юридического научного знания в сферу правообразования. В данном случае суды являются своеобразными «коридорами» для научных идей, через прохождение которых данные идеи очищаются от инфантильности, приобретают черты прагматического знания и, в конечном итоге, участвуют в формировании доктринального права. Указанная роль во многом обусловлена принадлежностью судей конституционных судов к научному сообществу.

4. Конституционные суды приобретают роль посредника в восприятии решений Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСЧП) национальными правовыми системами. Эта общая тенденция неравным образом выражена в Германии и в России. Правовые позиции ЕСЧП и Конституционного Суда РФ впервые вступили в прямое противоречие друг с другом в 2010 г. после принятия ЕСЧП постановления по делу «Константин Маркин против России». По мнению В.Д. Зорькина ЕСПЧ впервые «в жесткой правовой форме подверг сомнению решение Конституционного Суда РФ» [2, с. 106] («отказное» определение Конституционного Суда от 15 января 2009 г. № 187-О-О). Указанное противоречие может стать одним из поводов для реализации в ближайшие годы в России механизма избирательного применения правовых позиций ЕСЧП.

Указанная проблема актуальна и для современной Германии. В 2011 г. группа предпринимателей обжаловала в ЕСЧП решения Конституционного Суда Германии, подтверждающие правомерность указанных действий Правительства [5]. Заявители считают, что финансовая помощь Греции, Ирландии и Португалии ущемляет права граждан Германии, гарантированные Европейской конвенцией по правам человека. Однако проблема соотношения судебных актов конституционного и наднационального правосудия не является новой для Германии [4, с. 16]. В отличие от России, в Германии конституционным судом уже давно выражена правовая позиция о том, что государство вправе не учитывать решение ЕСПЧ в части, противоречащей ценностям Конституции Германии. Указанная позиция, поддерживаемая в его более поздних судебных актах, была выражена в постановлении Федерального Конституционного Суда Германии от 11.10.1985 р.

Учитывая вышеизложенное, актуальным представляется сравнительно-правовое исследование, целью которого является выявление не только общих свойств судебных актов России и Германии, но в целом закономерностей развития государства и права при реализации общей модели конституционного контроля.

---

1. Вересова Н.А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного Суда Федеративной Республики Германии и Конститу-

ционного Суда Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ: Дисс. … канд. юрид. наук – СПб., 2008. - 253 с.

2. Зорькин В.Д. Диалог Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте конституционного правопорядка // Сравнительное конституционное обозрение. – 2011. – № 1. – С. 105–114.

3. Меллингхофф Р. Конституционные аспекты налогового права Германии // Налоговед. – 2006. – № 8.

4. Перчаткина С.А. Реализация решений Европейского Суда по правам человека органами судебного конституционного контроля: сравнительно-правовое исследование: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – М., 2011. – 30 с.

5. Leitsätze zum Urteil des Zweiten Senats vom 7. September 2011 [Электронный ресурс] // Сайт «Das Bundesverfassungsgericht». – Режим доступа: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110907_2bvr098710.html – Дата доступа: 17.03.2012.

ГУРКОВСЬКИЙ Мар'ян Петрович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
теорії та історії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

СУДИ ПРИСЯЖНИХ У КРАЇНАХ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА (ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ)

Як зазначають дослідники суду присяжних, цей інститут бере початок із англосаксонського періоду історії Англії. Тоді існував звичай, згідно з яким обвинуваченого у скоєнні правопорушення можна було виправдати, якщо б декілька людей посвідчили, що він не винен [1, с. 157].

Інститут присяжних був відомий ще франкам у ранньому Середньовіччі і використовувався королівськими суддями лише для ідентифікації місцевих правових звичаїв. В Англії цю практику започаткували нормани у XII–XIII ст. з метою винесення справедливих судових рішень. Суд присяжних в Англії довгий час поширювався як на кримінальні, так і на цивільні справи. Однак у XIX ст. кількість присяжних під час розгляду цивільних справ зменшується, тому що вони приймають емоційні рі-

шення. Так, за позови з приводу завдання шкоди здоров'ю присяжні зазвичай приймали рішення, які викликали подив суспільства, присуджуючи неймовірно великі суми компенсації [2, с. 301].

В історичному аспекті формування суду присяжних розпочалося після норманського завоювання Англії – у 1066 р. Другим етапом і правовим актом запровадження інституту присяжних була Велика Хартія 1215 р.

У XVII ст. до присяжних в Англії ставились як до гарантії проти зловживань деспотичної влади. Блекстон стверджував, що присяжні – це сильний подвійний бар'єр між народними свободами і прерогативою Корони. Власне правдивість кожного обвинувачення, інформація чи апеляція повинні бути підтверджені одноголосним схваленням дванадцяти рівних суб'єктів, які підібрані і знаходяться поза всілякими підозрами [40, с. 158].

Суд присяжних до XIX ст. поширювався як на цивільні, так і на кримінальні справи. Однак після XIX ст. кількість присяжних при розгляді цивільних справ починає поступово зменшуватися. У 1854 р. було прийнято Закон про судову процедуру зі справ загального права (*Common Law Procedure Act*). Згідно з цим законом, за згодою сторін цивільну справу може розглядати одноособово суддя. До 1933 р. половину всіх цивільних справ у Суді Королівської Лави Високого суду розглядали вже без участі присяжних засідателів. У 1965 р. цивільні справи за участю присяжних, становили менше 2% від загальної кількості справ, розглянутих Судом Королівської Лави.

У 1933 р. Закон про здійснення правосуддя (*Administration of justice Act*) передбачав, що за участі присяжних засідателів можна розглядати лише визначені категорії справ, у тому числі справи про обман, дефімацію, свідомо незаконне притягнення до відповідальності та незаконне позбавлення волі. Однак, і в даних випадках у суді присяжним може бути відмовлено, якщо справа пов'язана з необхідністю залучення складних для розуміння документів, бухгалтерських проводок і т. д. [2, с. 301].

У кримінальних справах теж доволі рідко задіюють присяжних засідателів. У 1918 р. скасували велике журі із 24-х членів, яке перевіряло обґрунтованість висунутих кримінальних звинувачень. Мале журі із 12-ти членів хоч і зберігалося як інструмент винесення вироку, сфера його застосування суттєво зменшилася [3, с. 122].

Що ж стосується вимог до присяжного засідателя в Англії, то вони визначені в Законі «Про присяжних» (1974 р.). Зокрема, присяжним засідателем може бути будь-який громадянин у віці від 18 до 70 років (за деякими винятками), що проживає у країні з тринадцятирічного віку не менш ніж п'ять років. Колегія присяжних із 12-ти членів найчастіше засідає в Суді Корони; в судах графств у цивільних справах колегія із восьми членів засідає нечасто, лише за рішенням судді. Рідко практикується суд присяжних і у Високому суді (щодо окремих категоріій справ), і до нього ніколи не звертаються в Апеляційному суді.

У наш час сфера реального залучення присяжних до судового розгляду кримінальних справ також має тенденцію до скорочення. Зокрема, за оцінкою спеціалістів, у Суді Корони розглядається менш ніж 3% всіх кримінальних справ, решту 97% справ розглядають у магістратських судах. Тільки 12% можуть розглядати як присяжні засідателі, так і одноособово судді. Беремо до уваги, що з них, приміром, 60% – кримінальні справи, де звинувачувані укладають так звані угоди з правосуддям і визнають себе винними практично без суду. Суд присяжних користується довірою і вважається доцільним інститутом [12, с. 302].

Англійський правознавець Міттермаєр зазначає: «В Англії суд присяжних розвивався із давніх народних установ, після впертої боротьби, що тривала декілька століть». Цей інститут вдало захищав права особи у різні періоди розвитку [4, с. 144].

Як зазначає В. Бернхем у праці «Вступ до права та правової системи США», присяжні – основні нейтральні особи, які приймають рішення. Все, що роблять присяжні, – це вислуховують свідчення і виносять рішення у справі. Вони не обізнані з фактами справи і не мають права ставити запитань, викликати свідків чи в якесь певне русло спрямовувати розслідування [5, с. 89].

Доцільно зупинитися на характеристиці кандидатур на посаду присяжних засідателів. Традиційним джерелом їхнього резерву є групи кандидатів у присяжні засідателі – реєстраційні списки виборців. Оскільки на виборах голосує менш як половина населення США, то багато судових округів використовують списки власників прав водіїв, – це близько 95% дорослого населення країни. Присяжних засідателів вибирають випадково.

Також важливою характеристикою у виборі членів судів присяжних є незалучення осіб, які відіграють певну роль у житті суспільства. Зокрема, є ряд осіб, які не обираються присяжними, –це лікарі, поліцейські, пожежники, державні службовці, юристи, адвокати та судді. Присяжні зобов'язані сумлінно виконувати свої функції. Протягом життя пересічна людина може обиратися декілька разів, це залежить від місцевості. В середньому один присяжний обирається раз на десять років. Неявка присяжного до суду є неповагою і карається штрафом або ув'язненням. Щоб бути присяжним, не обов'язково мати вищу освіту, достатньо вміти читати та писати англійською. Поруч з людиною з початковою освітою в суді присяжних можуть сидіти професор чи доктор філософії. У них рівні права.

У наш час, незважаючи на те, що є сили, які хочуть обмежити функції суду присяжних, оскільки це надзвичайно дорога і довга процедура, в США розглядають понад 100 тис. справ за його участі [3, с. 140].

Що стосується вердикту, то в кримінальних і цивільних справах його треба виносити одноголосно. Якщо це не так, то суд присяжних не дійшов спільної думки. Підготувавши вердикт, присяжні інформують про це суддю. Вони акцентують увагу передусім на тому, винен чи не винен відповідач [5, с. 108–109].

У Канаді також діє суд присяжних, але в судах магістратських. Законодавство передбачає розгляд певних категорій цивільних справ за участі суду присяжних. Але на практиці більшість обвинувачуваних відмовляється користуватися цим своїм правом. До журі присяжних з кримінальних справ входять 12 (у провінції Альберта – 6) осіб. При винесенні вердикту, як правило, вимагається одноголосність. Якщо розглядають цивільні справи, журі включає від 5-ти до 12-ти присяжних, і рішення приймають більшістю голосів [6, с. 309]. На противагу суду присяжних у Новій Зеландії поряд з магістратами можуть виступати і мирові судді, що безоплатно виконують свої обов'язки (їх у країні близько 7 тис.). Однак їхня компетенція обмежується розглядом дрібних кримінальних справ, видачею ордера на арешт та обшук [6, с. 477].

У правовій системі Австралії до суду присяжних ставляться як до оплоту правової системи. Разом з тим в останній час

парламент країни відстоює тенденцію до того, щоб позбавити обвинувачуваного права на суд з присяжними з окремих видів кримінальних справ, а також обмежувати використання цього інституту в цивільних справах. Суд присяжних (журі присяжних) у кримінальному процесі складається із дванадцяти осіб. У цивільних справах до журі зазвичай входять четверо або шестеро присяжних. Наявність і збереження інституту присяжних у кримінальному процесі може бути виправдано тим, що присяжні – це ніби бар'єр між державою та громадянином, і виправдальні вироки (вердикти) є ефективним засобом проти зловживання держави своєю владою стосовно приватної особи [1, с. 157, 159–160].

Не можуть брати участі в діяльності суду присяжних ті, хто має дефекти зору, слуху чи мови; хто не вміє читати і писати; погано знає англійську мову; розумово відсталі чи душевно хворі. Є ряд категорій осіб, що мають право бути звільненими від виконання обов'язків присяжних, – особи з фізичними вадами, вагітні жінки, лікарі, дантисти, аптекарі, навіть медсестри, члени парламенту, голови урядових департаментів, штатів, члени і секретарі всіх статутних корпорацій, виборні члени і клерки рад місцевих органів влади, шкільні вчителі [1, с. 163].

Отже, суд присяжних у системі загального права відіграє важливу роль, оскільки є позитивним фактором для досягнення справедливого рішення у цивільних справах.

---

1. Джиффорд Д.Дж. Правовая система Австралии / под общ. ред. Ф.М. Решетникова. – М.: Юрид. лит., 1988. – 341 с.

2. Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. – М.: Дело, 2000. – 344 с.

3. Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение. – М.: НОРМА, 2008. – 352 с.

4. Сергеевский Н.Д. Избранные труды / Отв. ред. и автор биограф. очерка А.И. Чугаев. – М.: Буквовед, 2008. – 606 с.

5. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. – 554 с.

6. Правовые системы стран мира: энциклопедический справочник / Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА (НОРМА-ИНФРА-М), 2000. – 840 с.

КРАВЧУК Володимир Миколайович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного, адміністративного та фінансового права
Волинського національного університету
імені Лесі Українки

РОЛЬ КОМПАРАТИВІСТИКИ У ДОСЛІДЖЕННІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУДДІВ

Порівняльне правознавство має надзвичайно великий потенціал – і не лише щодо розвитку власне юридичних наук, але й щодо впливу на інтенсифікацію міжнародного політичного та економічного співробітництва, реформування правового життя країн, формування демократичного й плюралістичного світогляду молодого покоління.

Здійснення ефективних політичних та правових реформ неможливе на основі лише національного досвіду чи простого ознайомлення із законодавством окремих країн, а вимагає систематизованого наукового знання про загальносвітові та регіональні тенденції правового розвитку, яке акумулюється насамперед порівняльним правознавством.

Загальні питання порівняльного правознавства досліджували такі вчені як В. Ардашкін, О. Кресін, В. Лафітський, Р. Лукіч, Л. Луць, Н. Крестовська, Л. Матвєєва, М. Марченко, А. Саідов, О. Скакун, О. Тихомиров, Ю. Тихомиров та інші. В науці конституційного права до порівняльно-правового методу дослідження зверталися такі вчені-конституціоналісти, як Р. Енгибарян, А. Медушевський, В. Чиркин, В. Шаповал, В. Шилінгов та інші.

Мета дослідження полягає у пошуку та виявленні шляхів вирішення актуальних проблем конституційно-правового статусу суддів в Україні за допомогою порівняльно-правових досліджень, урахування позитивного досвіду зарубіжних країн у вітчизняних реаліях.

Компаративістика передбачає зіставлення подібних юридичних понять, явищ і процесів та встановлення їхньої специфіки. В енциклопедичній юридичній літературі компаративістика (порівняльне правознавство) визначається як метод ви-

вчення правових систем різних держав шляхом зіставлення однойменних правових норм, інститутів, принципів тощо та практики їх застосування [3, с. 666].

Наука конституційного права широко використовує порівняльно-правовий метод дослідження. Він полягає як в порівняльному аналізі норм конституційного законодавства різних країн світу, так і окремої держави на різних етапах її розвитку.

При порівняльно-правовому дослідженні важливо визначити об'єкт порівняння. Порівнянню підлягають окремі конституційно-правові норми, що встановлюють статус суддів; окремі елементи конституційно-правового статусу суддів; інститут конституційно-правового статусу суддів в цілому. Не варто ототожнювати рівні порівняння з об'єктами порівняння, оскільки об'єктів порівняння значно більше, ніж рівнів [2, с. 48].

Конституції зарубіжних країн у розділах, які стосуються організації судової влади значну увагу приділяють статусу суддів. Однак, варто зазначити, що в окремих державах статус суддів регулюється також і спеціальними законами: Закони Російської Федерації «Про статус суддів у Російській Федерації» від 26.06.1992 р. та «Про мирових суддів у Російській Федерації» від 17.12.1998 р., Кодекс Республіки Білорусь «Про судоустрій та статус суддів» від 29.06.2006 р., Закон Болгарії «Про судову владу» 1994 р., Закон Іспанії «Про судову владу» від 01.07.1985 р., Закон Кубинської Республіки «Про організацію судової системи» 1977 р. та ін. [1, с. 786]. Така особлива увага до конституційно-правового статусу судді пов'язана з тим, що суддям належать особливі повноваження, до них, як правило, висуваються високі вимоги як професійного плану (наявність вищої юридичної освіти і певний стаж роботи на інших юридичних посадах), так і моральні (не лише відсутність судимості, а й бездоганна, незаплямована репутація), а також вимоги щодо певного життєвого досвіду (підвищений вік для обіймання посади суддів).

У конституціях зарубіжних держав, як правило, сформульовані загальні елементи правового статусу судді. До них відносяться: вимоги, які пред'являються до судді; порядок призначення судді; принципи діяльності судді; підстави та порядок припинення повноважень судді та ін. Такі елементи як права та обов'язки судді, правосуб'єктність судді, присяга судді, гарантії

діяльності судді, підстави та порядок притягнення судді до юридичної відповідальності регулюються як правило законодавчими актами, які закріплюють організацію судової влади та статус суддів.

Отже, дослідження природи конституційно-правового статусу судді та виявлення його ключових структурних елементів на основі застосування методу порівняльного правознавства свідчить, що даний інститут розвивається в межах загальновизнаних світових тенденцій, хоча необхідно ще багато чого зробити, щоби він став дійсно вагомим конституційно-правовим інститутом.

---

1. Конституционное право зарубежных стран: учебник / под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо, Л.М. Энтина. – 2-е изд., перераб. – М.: Норма, 2009. – 1056 с.

2. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В.А. Туманова. – М.: Юристъ, 2003. – 458 с.

3. Порівняльне правознавство // Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 4: Н-П. – К.: «Укр. енцикл.», 2002. – С. 666.

ГОЛЯК Людмила Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри права Львівського інституту
Міжрегіональної академії управління персоналом

КЛАСИФІКАЦІЯ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ ОМБУДСМАНІВ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Права людини, забезпечення їх реалізації та ефективний правовий захист завжди були в центрі уваги кожної демократичної держави. Задля цього держави створюють відповідний конституційно-правовий механізм, не останню роль у функціонуванні якого відіграє інститут омбудсмана. Створений понад двісті років тому і розповсюджений у більшості демократично розвинених країн інститут омбудсмана зарекомендував себе як дієвий механізм захисту прав і свобод людини і зміцнення закон-

ності в роботі державних органів. Його гнучкість та здатність адаптуватися до національних умов призвели до виникнення різноманітних моделей та видів даного інституту, серед яких особливий інтерес викликають спеціалізовані омбудсмани, запроваджені у державах, які належать до різних правових сімей, у яких різні форми правління та державний устрій.

В Україні відбуваються перші спроби запровадження інституту спеціалізованих омбудсманів. Так, нещодавно, було запроваджено посаду омбудсмана у справах дітей при Президенті України. Однак, в наукових колах тривають дискусії щодо доцільності запровадження спеціалізованих омбудсманів і у деяких інших сферах суспільного життя,

У зв'язку з цим нагальною стає потреба дослідження досвіду становлення та діяльності спеціалізованих омбудсманів, а також їхніх видів в зарубіжних країнах, у яких на момент їх запровадження вже склалася певна система захисту прав та свобод людини. Дослідження реалізації концепції інституту спеціалізованих омбудсманів у цих державах і порівняння існуючих моделей у контексті використання світового досвіду в національній практиці є важливим з точки зору науки конституційного права і має безперечне прикладне значення у виробленні системного підходу до формування інституту даного виду омбудсманів в Україні.

Дослідженню історії виникнення, розвитку та аналізу діяльності інституту спеціалізованого омбудсмана присвячено значно менший обсяг робіт, ніж дослідженню інституту парламентських омбудсманів так званої «загальної компетенції». Серед них слід відмітити роботи таких зарубіжних авторів, як Р. Дунбар, А. Сунгуров, Н. Цимбалова, З. Шабанова та деяких інших. Серед українських науковців питання діяльності деяких видів спеціалізованих омбудсманів висвітлювалися лише в окремих роботах таких авторів, як О.В. Батанов, О.В. Марцеляк та деяких інших.

Інститут спеціалізованого омбудсмана запроваджується тоді, коли суспільство і держава визнають необхідність гарантування не тільки прав та свобод більшості населення, а й прав і законних інтересів меншин та окремих категорій громадян, зокрема тих, які з різних причин не можуть здійснювати їх самостійно у повному обсязі.

Спеціалізовані омбудсмани, які мають «вузьку спеціалізацію» і запроваджуються для захисту прав окремих особливо вразливих верств населення та соціальних груп, або в окремій сфері суспільних відносин, дають можливість більш ефективного контролю за дотриманням прав та наданню «адресної» допомоги особам відповідної групи населення.

Інститут спеціалізованого омбудсмана, можна визначити як незалежний, самостійний, публічно-правовий, як правило, державний або громадський інститут, запроваджений з метою забезпечення державного (або прирівняного до нього публічного) захисту прав і законних інтересів осіб, які належать до вразливих верств населення та соціальних груп, їх дотримання та поваги органами державної влади і місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, а також організаціями, установами або іншими інституціями, що спеціалізуються на наданні публічних послуг. Звичайно, співіснувати в одній державі, не заважаючи один одному, можуть омбудсмани різного правового статусу, оскільки вони вирішують різні за своєю суттю завдання.

На нашу думку, спеціалізованих омбудсманів доцільно класифікувати залежно від таких основних критеріїв: за суб'єктами, тобто залежно від категорій громадян, захист прав яких знаходиться під юрисдикцією спеціалізованого омбудсмана (омбудсмани у справах дітей, омбудсмани з захисту прав військовослужбовців, омбудсмани у справах національних, мовних чи релігійних меншин, омбудсмани з захисту прав споживачів тощо); за об'єктами, тобто за сферами суспільного життя, що віднесені до компетенції спеціалізованого омбудсмана (омбудсмани з питань охорони здоров'я, омбудсмани з питань преси та інформації, омбудсмани з питань навколишнього середовища тощо).

Спеціалізованих омбудсманів можна класифікувати також за способами створення та закріплення їхнього правового статусу на:

- парламентські – яких призначає законодавчий орган країни (наприклад, федеральні омбудсмани Великобританії: з офіційних мов; уповноважений із захисту приватного життя; уповноважений з питань інформації; у Німеччині - Уповноважений Бундестагу у справах армії);

- регіональні – правовий статус яких закріплено регіональним законодавством (наприклад, «Про Уповноваженого з прав

дитини при губернаторі Кемеровської області» – Закон Кемеровської області, прийнятий Радою народних депутатів Кемеровської області 14.03.2001 р. [1]; «Про Уповноваженого з прав дитини в Самарській області» – Закон Самарської області, прийнятий Самарською Губернською Думою 26.04.2002 р.);

- виконавчі – правовий статус яких закріплено нормативними актами виконавчої влади («Положення про уповноваженого (комісара) з прав дитини Іванівської області» – затверджено постановою Губернатора Іванівської області 12.07.2001 р. [2]);

- муніципальні – які призначаються на посаду актами голів областей, міст тощо (наприклад, спеціалізовані Уповноважені у справах дітей та підлітків у Арзамаському районі Нижегородської області та м. Єкатеринбурзі, яких призначає глава муніципального утворення);

- громадські – які виконують свої повноваження на громадських засадах («Положення про Уповноваженого з прав дитини в області на громадських засадах» – затверджено Постановою адміністрації Новгородської області 17.03.1998 р.; «Положення про Уповноваженого з прав дитини у м. Камишині» – затверджене постановою Голови муніципального утворення м. Камишина 25.03.2005 р.);

- квазіомбудсманівські – що запроваджуються в окремих установах, підприємствах, організаціях на основі розпорядження керівників цих установ (наприклад, університетські омбудсмани університетів м. Альберта (Канада) – призначаються на посаду Радою управляючих, у м. Вашингтоні (США) – за наказом президента університету; ньюс-омбудсмани засобів масової інформації – в американських газетах «Вашингтон пост» і «Сіетл таймс» та англійській газеті «Гардіан» – за наказом головного редактора; шкільні омбудсмани в Росії - обираються на основі положення «Про уповноваженого із захисту прав учасників освітнього процесу загальноосвітньої установи»).

За структурою спеціалізованих омбудсманів можна поділити на одноособові (наприклад, Уповноважений бундестагу ФРН у справах армії; Омбудсман у справах дітей Ісландії) та колегіальні (наприклад, колективний «омбудсман» – Управління із розгляду скарг на дії поліції, створений відповідно до Закону Великобританії про поліцію 1976 р.; Департамент з прав дитини Греції).

З метою створення та розвитку інституту спеціалізованих омбудсманів в Україні пропонуємо внести зміни до Конституції України, якими передбачити можливість запровадження спеціалізованих омбудсманів на загальнодержавному, регіональному та муніципальному рівнях, та, з урахуванням досвіду зарубіжних країн, рекомендацій Венеціанської комісії, розробити типові положення про спеціалізованих омбудсманів, які стали би підґрунтям для створення мережі спеціалізованих омбудсманів в Україні.

---

1. Закон об уполномоченном по правам ребенка при губернаторе Кемеровской области от 14.03.2001 г. № 25 ОЗ // Собрание законов Кемеровской области. – 29 мая 2001. –№ 255.

2. Положение об уполномоченном (комиссаре) по правам ребенка Ивановской области. Указ Губернатора Ивановской области от 12.07.2001 г. №175-УГ // Собрание законодательства Ивановской области. – 31 июля 2001. – № 14.

ПОЛЯНИНА Алла Керимовна,
кандидат социологических наук, старший преподаватель
Московского государственного областного
гуманитарного института (Орехово-Зуево)

ОПРЕДЕЛЕНИЕ СТАТУСА ИДЕОЛОГИИ В КОНСТИТУЦИЯХ РОССИИ И УКРАИНЫ

Государство, призванное блюсти общественные интересы, вынуждено учитывать объективную действительность существования идеологии или идеологий. Некоторыми авторами выделяется и обосновывается так называемая идеологическая потребность. К. Манхейм зависимость сознания человека от социальных факторов и направление сознания на оправдание и объяснение окружающей человека действительности называет идеологичностью человеческого мышления [1, с. 115] и даже выделяется идеологическая форма осуществления функций государства [2, с. 230]. Точка зрения О.Н. Смолина, который считает, что невозможно деидеологизивать Конституцию, поскольку она сама является выражение существующей идеологии, либеральной и социал-демократической [3, с. 17–24], представляется нам

правильной. Поэтому утверждение полной изоляции государства от возникших и возникающих идеологий представляется необоснованным. Невозможна реализация государством своих функций без учёта идеологических воззрений различных общественных образований. Конституции государств являют собой ярчайший пример юридически закреплённых идеологических постулатов общества. Хотя и чаще всего содержат положения запрещающие существование государственной идеологии.

В связи с этим представляется интересным анализ и сопоставление положений Конституции Украины и Конституции РФ, относящихся к идеологии. Так, если Конституция РФ в статье 13 провозглашает идеологическое многообразие и запрет на установление государственной и обязательной идеологии, то Конституция Украины в статье 15 устанавливает среди прочего идеологическое многообразие как принцип, на котором основывается общественная жизнь в Украине. Не будем останавливаться на том, что перечисленные в части первой указанной статьи принципы являются далеко не главными основаниями общественной жизни и, скорее всего, получили отображение в Конституции Украины равно как и в Конституции РФ в противовес пропагандируемой долгие годы советской идеологической системе. Отметим здесь следующее. Согласно рассматриваемой статье Конституции Украины «никакая идеология не может признаваться государством как обязательная», данному положению соответствует запрет в статье 13 Конституции РФ на установление государственной и обязательной идеологии. Запрещая, Российская Конституция допускает существование как государственной, так и обязательной, но негосударственной идеологии. В то время как в Конституции Украины государственная и обязательная идеология представляются тождественными. Такая формулировка конституционного положения не лишена смысла. Действительно, может ли быть идеология, обладающая признаком обязательности, но без поддержки государства. Что тогда будет обеспечивать её обязательность? Мораль, обычай или другие социальные регуляторы?

Стоит обратить внимание, что Конституция РФ запрещает лишь ***установление*** какой бы то ни было идеологии в качестве государственной **или** обязательной. Использование в формулировке данного конституционного положения слова «или» пред-

полагает то, что запрет распространяется не только на установление государственной идеологии, но и на установление хотя и не государственной, но **обязательной** для всех идеологии. Хотя вызывает сомнение возможности государства воспрепятствовать созданию таких негосударственных, но претендующих на роль обязательных идеологий. Не будет ли уже и это вторжение во внутреннюю саморегуляцию общества. И каким образом оценить степень обязательности идеологии? Отметим также ограниченность понятия **установления**, содержащегося в Конституции РФ, лишь значением ввести, утвердить, провозгласить, или устроить определённую идеологическую систему. Следовательно, конституционный запрет не распространяется на разработку, развитие и распространение идеологических воззрений.

Между тем в исследуемом положении Конституции Украины вместо запрета на установление содержится запрет на **признание** государством. Действительно, способно ли государство в лице государственного аппарата создать, ввести и установить какую-то новую идеологию. Думается, нет. А вот признать конкретную идеологическую концепцию в качестве обязательно – да. С этой позиции можно исследовать историю государственных идеологий. Ни одна из них не была специально разработана госаппаратом, а воспринята и признана уже существующая в определённых кругах идеологическая система (либеральная, социалистическая, демократическая). Таким образом, формулировка положения Конституции Украины, содержащая запрет на признание государством какой либо идеологии обязательной, представляется нам более обоснованной.

Другие конституционные положения как в той, так и в другой Конституции также не лишены идеологических оснований. Это и гарантия свободы мысли и слова, запрета цензуры, это гарантия свободы вероисповедания. Интересно, что здесь Конституция РФ гарантирует свободу вероисповедания, а Конституция Украины провозглашает право каждого на свободу вероисповедания. Очень примечательно и то, что гарантия свободы совести в ст. 28 Конституции РФ соответствует провозглашение права на свободу мировоззрения в Конституции Украины, что и в том и в другом случае подразумевает права не иметь религиозных убеждений. При этом упускается из вида, что и к совести как нравственному самосознанию личности и мировозз-

рению как совокупности взглядов, убеждений, ценностных ориентаций вряд ли может быть применимо понятие свободы, а тем более гарантии на неё государства. Хотя во втором случае в некотором смысле это можно представить.

Все эти положения, по сути, являют собой воззрения идеологии либерализма.

---

1. Мангейм К. Идеология и утопия: диагноз нашего времени. – М.: Юрист, 1994.

2. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. - М.: Юристъ, 2004. – 512 с.

3. Смолин О.Н. Новый проект Конституции России. Свобода от идеологии или иная идеология? // Конституционный вестник. – 1991. – № 9. – С. 17–24.

СОФІНСЬКА Ірина Дмитрівна,
асистент кафедри конституційного права
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ДО ПИТАННЯ ГРОМАДЯНСТВА ЯК ПЕРВИННОГО ПРАВОВОГО КРИТЕРІЮ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ

У запропонованому виступі йдеться про громадянство, яке, зазвичай, поєднує у собі такі елементи ідентифікації особи, як ім'я, національність, етнічність, місце народження (місце проживання, якщо вони не співпадають) тощо. Часом до перелічених вище чинників ідентифікації особи ще додають віросповідання та рідну мову (чи мову спілкування, якщо вони не співпадають), які, загалом, теж фігурують у загальній концепції громадянства в розрізі правової антропології. Зокрема такі тенденції можна простежити у ст. 2 ч. 1 Конституції США від 1787 р., де йдеться про особу, яка може бути обраною Президентом США, чи у ст. 2 Акту про престолоспадкування в Об'єднаному Королівстві від 1701 р., коли йдеться про ймовірного спадкоємця престолу. Переконані, що на даний час в Україні питання громадянства є важливим чинником як для ідентифікації особи, так і для ефективного розвитку взаємовідносин у своєрідному розрізі тріади співіснування: особа – суспільство – держава.

Мета звернення до актуального на даний час питання громадянства полягає, насамперед, у наголошенні на важливості дослідження цього питання, оскільки, визначення громадянства як основного правового критерію ідентифікації особи залежить від рівня правового, геополітичного та соціально-економічного розвитку суспільства і держави (зокрема її місця на міжнародній арені Європи та світу), а також від рівня самосвідомості та самовизначення кожної особи. Протягом останніх 10-ти років найбільшу роль у дослідженні громадянства як основного критерію ідентифікації особи, відіграють праці таких європейських вчених, як К. Барнард, Ґ. де Бурка, Дж.Г.Г. Вейлер, Б. де Вітте, Ю. Габермас, Т. Гаддлстоун, Л. Джеймісон, Ж.-Р. де Ґроот, С. Засен, К. Йоппке, Д. Костакопулу, П. Креґ і С. Каррера, М. ла Торре, Г. Шнайдер і Дж. Шоу тощо.

Питання громадянства з давніх-давен викликало багато плідних дискусій, ставало предметом численних обговорень у Європі та загалом у світі. З метою законодавчого регулювання питання громадянства було прийнято декілька важливих міжнародних нормативно-правових документів на рівні ООН та Ради Європи, які є ратифіковані Україною. Серед них найосновнішим документом, без сумніву, є Європейська конвенція про громадянство від 6.11.1997 р., яка (на переконання багатьох європейських вчених) вважається своєрідною кодифікацією міжнародного звичаєвого права щодо громадянства.

Основною підставою громадянства вважався «реальний та ефективний зв'язок» між державою та громадянином, концепція якого була започаткована (на переконання багатьох європейських вчених) у рішенні Міжнародного суду ООН (ICJ) по справі *Nottebohm* (Ліхтенштейн проти Ґватемали) від 1955 р. і отримала своє подальше застосування у Європейському Союзі. Отже, в межах ЄС була вироблена концепція «вільного пересування осіб» (freedom of movement of persons) на підставі громадянства ЄС (le citoyen à la une de l'Europe), додаткового до громадянства кожної держави-учасниці ЄС і передбаченого у ст. 20-21 Угоди про функціонування ЄС (в редакції після набуття чинності Лісабонської угоди). Детальніше це питання неодноразово ставало предметом розгляду справ Європейським судом справедливості (ECJ), який у своїх рішеннях зокрема у справах *Micheletti 1992, Martinez Sala 1998, Grzelzyk 2001, Baumbast 2002, Garcia Avello 2003, Bidar 2005,*

Grunkin and Paul 2006, Trojani 2004, Rottmann 2010, Zambrano 2011 пройшов відносно довгий шлях в розумінні громадянства ЄС і як результат виробив однозначну та чітку позицію, наголошуючи на тому, що «громадянство ЄС є основним статусом громадян держав-членів ЄС, даючи можливість тим, хто опинився у схожій ситуації, отримати однакове ставлення, передбачене на законодавчому рівні, незалежно від їх національності» [2, с. 361].

Початково, основними критеріями набуття громадянства, а звідти і ймовірної ідентифікації особи, були право крові (*jus sanguinis*), з яким пов'язуютьть ім'я німецького вченого Й.Ґ. Фіхте, і право ґрунту (*jus solis*), суть якого найяскравіше розкрив його французький опонент Е. Ренан. В обох випадках громадянство безпосереньо було пов'язане лише з національною ідентичністю, проте під різним кутом зору. Однак, у нашому дослідженні ідентифікація особи є тотожна самовизначенню особи і національна ідентичність є лише елементарною складовою частиною загального поняття, а тому переконані, що початок розвитку концепції сучасного громадянства був запроваджений Ж.-Ж. Руссо у розділі VIII «Про громадянський стан» його трактату «Про суспільну угоду, або принципи політичного права» від 1762 р. [1, с. 53].

Слід зауважити, що громадянство як первинний критерій ідентифікації особи беззастережно впливає на роль особи у суспільстві і державі. Дивлячись на загальні засади ідентифікації особи, слід нагадати, що протягом останніх десятиліть відбулося значне переосмислення громадянства як основного політико-правового критерію ідентифікації особи.

Саме тому вважаємо, що дослідження витоків концепції громадянства та аналіз еволюції цього поняття заслуговує додаткового вивчення, будучи одним із основних сучасних європейських гуманітарних стандартів та відіграючи пріоритетну роль у проведенні самовизначення особи.

---

1. Габермас Ю. Громадянство і національна ідентичність // Умови громадянства: Зб. ст. / Під ред. В. ван Стінбергена; пер. з англ., передмова та примітки О.О. Іваненко. – К.: Український центр духовної культури, 2005. – С. 49–70.

2. Maduro M.P., Azoulai L. The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. – Oxford: Hart Publishing, 2010. – 512 p.

ПАНКЕВИЧ Олег Зіновійович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного, адміністративного та міжнародного права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ВИБОРЧІ СИСТЕМИ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄС: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Тема доповіді видається актуальною на сучасному етапі розвитку Української держави, зважаючи на євроінтеграційні прагнення останньої, адже порівняльний аналіз дав би можливість використати найкращі зразки виборчих систем країн Євросоюзу та відшукати ті положення, які було б доцільно ввести до вітчизняного законодавства.

У науковій літературі різноманітні аспекти проблеми застосування виборчих систем знайшли своє відображення у працях таких вчених як М. Баглай, О. Барабаш, К. Барановський, А. Георгіца, О. Марцеляк, А. Мішин, М. Савчин, М. Ставнійчук, Б. Страшун, Т. Хартлі, В. Шаповал та ін. Проте недостатню увагу було приділено виборчим системам, які застосовуються для обрання парламентів саме у країнах ЄС.

Метою виступу є спроба висвітлення досвіду зазначених країн у виборчій царині.

Аналіз виборчих систем, що застосовуються у державах - членах Євросоюзу, свідчить, що найменш затребуваною є мажоритарна виборча система, за якою обирається весь склад нижніх палат парламентів тільки у Великобританії (мажоритарна система відносної більшості) та Франції (мажоритарна система абсолютної більшості).

Перевагами мажоритарної виборчої системи є те, що вона: персоніфікує вибори: голосування здійснюється за конкретного кандидата. При цьому депутат обирається у «своєму» окрузі, знає проблеми виборців; у країнах із сталими традиціями демократії та двопартійною системою ця модель дає можливість сформувати стабільний уряд, що опирається на більшість у парламенті; є зрозумілою для виборців та нескладною у застосуванні.

Серед недоліків мажоритарної системи можна виділити такі: ситуація, коли переможець виборів є представником меншості (при системі відносної більшості), при цьому створена більшість у парламенті є штучною, а обраний парламент не відображає реального співвідношення політичних сил у суспільстві, оскільки є очевидними диспропорції між кількістю набраних голосів виборців та кількістю одержаних мандатів. Згідно з висловом А. Мішина, такий парламент є «кривим дзеркалом, в якому нація не може впізнати себе саму» [1, с. 229]; голоси виборців, подані за переможених кандидатів, фактично пропадають; дана система не завжди результативна (при системі абсолютної більшості).

Дослідження виборчих систем держав Європейського Союзу дає підстави констатувати тенденцію поступового переходу країн європейської спільноти до системи пропорційного представництва. Сьогодні такі системи застосовуються під час формування законодавчих органів у більш як 60-ти країнах світу, у тому числі у 20-ти з 27-ми держав Євросоюзу.

Аргументами на користь пропорційної моделі виборчих систем є таке: забезпечується реальне співвідношення між суспільно-політичними силами та депутатським корпусом, який їх представляє; є більші можливості забезпечити представництво в парламенті всіх верств населення; можливість одержання мандатів навіть невеликими партіями, котрі б не змогли одержати жодного депутатського місця за умов мажоритарності.

Одночасно можна виділити низку негативних моментів пропорційної системи: зменшення особистої відповідальності депутатів, послаблення їхніх зв'язків з виборцями; обов'язкова партійність виборів, що ставить право громадян бути обраним до представницького органу в залежність від третіх сторін – політичних партій. Партійна приналежність зв'язує майбутніх депутатів партійною дисципліною. А це негативно впливає на формування нових самостійних політичних лідерів; за умови відсутності прохідного бар'єру відбувається значне розсіювання парламентських сил, що призводить до формування багатопартійного коаліційного уряду, який є потенційно більш нестабільним порівняно з однопартійними урядами більшості; при вста-

новленні високого загороджувального пункту до законодавчого органу не допускаються невеликі перспективні демократичні партії, які з часом могли б стати реальними конкурентами для правлячих сил [2, с. 7]; голоси, подані за учасників виборчих перегонів, що не подолали встановленого бар'єру, передаються інколи зовсім протилежним за своїми ідеологічними засадами політичним силам.

Змішана виборча система під час парламентських виборів у державах Європейського Союзу не має широкого застосування. Зокрема її використовують у ФРН, Угорщині та Литві. Основною причиною обрання даної системи є те, що вона дозволяє при паралельному застосуванні пропорційної та мажоритарної виборчої системи дещо нівелювати недоліки кожної з них.

Отже, порівняльно-правовий аналіз динаміки розвитку виборчих систем країн Європейського Союзу дає підстави стверджувати, що кількість країн, які застосовуватимуть пропорційні моделі або збільшуватимуть міру пропорційності наявних систем, буде зростати.

Досвід європейського парламентаризму необхідно застосувати в українському державотворенні, але тільки через призму власних історичних надбань. Доцільно врахувати для України також той факт, що вибори у переважній більшості держав ЄС проводяться у декількох багатомандатних виборчих округах, що дає гарантовану можливість всім регіонам пропорційно бути представленими у парламенті [3, с. 99].

---

1. Мишин А.А. Государственное право буржуазных стран и стран, освобожденных от колониальной зависимости. - М.: Изд-во Московского ун-та, 1976. – 341 с.

2. Мазур О. Виборча система України: у пошуках оптимального варіанту // Нова політика. – 2001. – № 1. – С. 6–8.

3. Панкевич О.З. Пропорційна виборча система в Україні: шляхи вдосконалення / О.З. Панкевич, М.П. Кілик // Науковий вісник ЛьвДУВС. Серія юридична. Зб. наук. пр. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – Вип. 3. – С. 93–100.

ШМИГОВА Ольга Миколаївна,
кандидат юридичних наук,
головний консультант Управління правової експертизи
Секретаріату Конституційного Суду України

НОРМАТИВНЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДСОТКОВОГО ВИБОРЧОГО БАР'ЄРУ ТА ПРАКТИКА ВИРІШЕННЯ ПИТАНЬ ЩОДО ЙОГО КОНСТИТУЦІЙНОСТІ В ОКРЕМИХ ДЕРЖАВАХ ЄВРОПИ

Відсотковий виборчий бар'єр та його показник значною мірою впливають на забезпечення рівності можливостей політичних партій бути представленими у парламенті, а також на репрезентативність виборців у ньому. Як свідчить практика, при застосуванні виборчого бар'єру від 5 % до 50 % виборців виявляються не представленими у парламенті, оскільки голосують за партії, які його не долають (останні за його відсутності мали б можливість отримати певну кількість мандатів); партії ж, які перемагають, отримують більше мандатів, ніж голосів своїх виборців [4; 5]. За таких умов у державах Європи неодноразово поставало питання про конституційність виборчого бар'єру. Актуальним є воно наразі і для України з огляду на збільшення його показника з 3 % до 5 %.

У зв'язку з цим та з метою забезпечення врахування Україною світових тенденцій, доцільним є порівняльне дослідження нормативного врегулювання відсоткового виборчого бар'єру та практики вирішення питань щодо його конституційності конституційними судами (далі – КС) окремих держав Європи.

Відсотковий виборчий бар'єр закріплений у більшості держав на рівні законів, проте у Грузії та Швеції він передбачений конституцією; у ряді держав (зокрема, Швейцарія) його не існує, Конституція ж Португалії містить пряму заборону його запровадження, а, наприклад, у Німеччині він не застосовується до партій національних меншин. Його показник у більшості держав дорівнює 3 %, 4 % або 5 %, найнижчий 0,67 % мають Нідерланди, а найвищий 10 % – Туреччина. Таким чином, нормативне врегулювання виборчого бар'єру в окремих державах Європи наразі не є уніфікованим, проте, за загальним правилом, його показник не перевищує 10%, у той час як Рада Європи вважає прийнятним 3% його показник [1].

Більш уніфікованою у цьому питанні є практика КС окремих держав Європи, які, зазвичай, визнавали виборчий бар'єр конституційним (зокрема, 3 % у Греції, Іспанії, Словенії, 4% в Україні, 5% в Латвії, Росії, Чехії, 6% у Молдові), вважаючи його запровадження дискреційним повноваженням законодавця і питанням політичної доцільності, яке має законну мету – забезпечення працездатності парламенту, сформованого на основі декількох великих партій. При цьому КС, переважно, утримувалися від висловлення своєї позиції відносно його правової природи. Не вбачав порушення в його існуванні і Європейський суд з прав людини. Випадки ж визнання його неконституційним (Італія, Німеччина) та випадки, коли КС, визнаючи його конституційним, висловлювалися з приводу його правової природи і меж розсуду законодавця при його запровадженні (Росія, Чехія), є поодинокими, проте ґрунтуються на розгорнутій соціологічній і політологічній аргументації.

З метою виявлення та попередження випадків нормативного врегулювання виборчого бар'єру в Україні, яке б викликало сумніви щодо його конституційності, вважаємо за доцільне навести правові позиції КС окремих держав Європи щодо меж розсуду законодавця при його запровадженні, згідно з якими показник виборчого бар'єру не повинен:

- перевищувати певну межу, яка б не дозволяла при його практичному застосуванні забезпечити участь у розподілі депутатських мандатів як мінімум двох виборчих об'єднань, що у сукупності отримують більше ніж 50 % голосів виборців, які взяли участь у голосуванні [2];
- зазнавати значного підвищення протягом короткого проміжку часу [3];
- застосовуватися на виборах до наднаціональних представницьких органів (зокрема, до парламенту ЄС) та органів місцевого самоврядування, оскільки працездатність цих органів (на відміну від національного парламенту) не є легітимною метою обмеження принципу рівного виборчого права шляхом запровадження виборчого бар'єру [3];
- застосовуватися до партій національних меншин [5].

---

1. Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи № 1705 (2010) «Прохідні бар'єри і інші риси виборчих систем, що впливають на репрезе-

нтативність парламентів» [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/1046_rez_1705.htm – Дата доступу: 3.04.2012.

2. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 ноября 1998 года № 26-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» [Електронний ресурс] // Сайт Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. – Режим доступу: http:// http://www.cikrf.ru/law/decree_of_court/pesolut26.html – Дата доступу: 3.04.2012.

3. Румянцев А. Пятипроцентный барьер на выборах в Европарламент признан в Германии неконституционным // Сравнительное конституционное обозрение. – 2001. – № 6 (85). – С. 94–101.

4. Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems which Bar Parties from Access to Parliament (II) adopted by the Council for Democratic Elections at its 32nd meeting (Venice, 11 March 2010) and the Venice Commission at its 82nd plenary session (Venice, 12-13 March 2010) [Електронний ресурс] // Сайт «Venice Commission». – Режим доступу: http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)007-e.pdf – Дата доступу: 3.04.2012.

5. Williams K. Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic // Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy. – 2005. – № 4 (3). – P. 191-206.

ПОДОРОЖНА Тетяна Станіславівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
економічної теорії і права
Подільського державного аграрно-технічного університету
(Кам'янець-Подільський)

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СТВОРЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ АСАМБЛЕЇ В УКРАЇНІ: СВІТОВИЙ ДОСВІД

Нині назріли нагальні потреби внесення змін та доповнень до діючої Конституції України. Сама ж ініціатива щодо створення Конституційної Асамблеї, підтримана чинним президентом В. Януковичем, наразі перебуває на стадії пошуку механізму створення і діяльності цієї інституції. Тому важливим є загальний аналіз світового досвіду створення та діяльності подібних органів.

«Гарні конституції пишуться кров'ю, а найкращі – приймаються на конституційних зборах» [2, с. 5] – слушно зауважує з цього приводу Ю. Збітнєв. Справді, якщо звернутися до світової практики, то Конституція IV Республіки Франції 1946 р. була розроблена установчими зборами й схвалена всенародним голосуванням (референдумом). Спеціальні органи установчої влади ухвалювали також основний закон Італії (1947), Португалії (1976), Болгарії (1991), Румунії (1991), Естонії (1992). У 2010 р. розпочався процес формування Конституційної Асамблеї в Ісландії. Цікавим є досвід Конституційної Асамблеї в ПАР. Всі засідання Конституційної Асамблеї і її структур були відкриті для громадськості, а всі матеріали, включно з протоколами, доповідями та пропозиціями, можна було прочитати в Інтернеті.

Органи з розробки проектів конституції як дорадчі органи при главах держав також утворювались, наприклад:

а) У Росії – Конституційна нарада (КН), орган із дорадчими функціями, створений під керівництвом президента РФ у 1993 р. під час гострого політичного конфлікту між главою держави та парламентом. До її складу входили представники адміністрацій та представницьких органів суб'єктів федерації, а також від ряду громадських об'єднань (заповнення квот останніх отримало критичну оцінку в експертному середовищі РФ). Завдяки діяльності КН в остаточному проекті було враховано частину поправок, запропонованих раніше розпущеними Верховною Радою РФ з'їздом народних депутатів. Схвалений КН проект конституції був винесений на референдум 12 грудня 1993 р. і схвалений ним;

б) у Грузії та Молдові упродовж 2009–2010 рр. працювали конституційні комісії, метою яких була підготовка змін до національних конституцій. Склад цих органів затверджувався главами держав, туди входили представники політ сил, незалежні експерти, представники громадських організацій, тощо.

У Грузії зміни до Конституції, підготовлені комісією, були затверджені парламентом у жовтні 2010 р., підписані президентом Грузії Саакашвілі і повністю набудуть чинності у 2013 р.

У Молдові комісія підготувала в березні 2010 р. проект нової Конституції, який, утім, поки що не подано на розгляд парламенту з огляду на тривалу політичну кризу [1, с. 4].

Україна також вже мала досвід створення такого роду органів. Так у 2008 р. указом тодішнього президента була створе-

на очолювана ним Національна конституційна рада (НКР), куди увійшли народні депутати, представники органів місцевого самоврядування, незалежні експерти. Однак НКР, де-факто, так і не розпочала свою роботу через політичні конфлікти.

Думки політиків з цього приводу зводяться до того, що успішність діяльності Конституційної Асамблеї залежить від політичних позицій президента: вони були високими у Росії в 1993 та у Грузії у 2009–2010 рр. і низькими у Молдові в 2009–2010 рр. та в Україні у 2008 р.

У світі немає єдиних правил, кожна країна знаходить свій, оригінальний шлях конституційної легітимації. Звичайно досвід інших країн потрібно враховувати, проте він не може автоматично переноситись і екстраполюватися на нашу країну. У даному випадку слід, на нашу думку, звернути увагу на різницю між розвинутими демократіями, де правова держава і громадянське суспільство вже склалися, і країнами, в котрих демократичний процес знаходиться на стадії становлення. Власне нормальний конституційний процес повинен виходити з того, що система вже існує і суспільство повинно лише підвищувати її ефективність. Суттєво з цих позицій відрізняється конституційний процес в модернізованому суспільстві: стара традиційна система вже не може дієво існувати, а нова може вже бути конституйована, але ще не в змозі працювати ефективно та цілісно.

Отже, сьогодні вже назріли нагальні потреби внесення змін та доповнень до діючої Конституції України. Проте в першу чергу потрібно налагодити усі ефективні механізми внесення цих змін (досконале напрацювання пропозицій щодо механізму створення, формування та діяльності Конституційної Асамблеї в Україні).

Питання ці не прості. Неможна перетворювати Конституцію в заручника політичних емоцій. В будь-якому випадку, якщо зміни та доповнення до Основного Закону не представляють собою небезпеку для встановлення в державі конституційного ладу, вони є необхідними.

А загалом зазначимо, що діюча Конституція України заслуговує позитивної оцінки. Проте навіть найкраща річ може бути покращена. Відповідно, в принципі те законодавство, що на сьогодні склалося може і повинно удосконалюватися, але виважено та обережно. Тут дуже важливо, щоб конституційна активність не порушила вітчизняної правової системи, загаль-

ного правового поля. Потрібно забезпечити органічну єдність всього конституційного масиву, що неодмінно приведе до погодженого розвитку Конституції України та галузевих законів. І саме Конституційна Асамблея, як механізм загальнонаціонального консенсусу, повинна стати альтернативою дестабілізації і початком модернізації Української держави.

---

1. Держалюк О., Макаров Г., Янішевський С. Конституційна асамблея: як це буває в світі та чим небезпечно // Українська правда. – 2 лютого 2012.

2. Збітнєв Ю.І. Конституційна асамблея, або Право на повстання. – К.: Самміт-книга, 2011. – 312 с.

КОТЕНКО Тетяна Вікторівна,
асистент кафедри теорії та історії держави і права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

МІЖНАРОДНЕ ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНЕ ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Функціональне призначення місцевого самоврядування, насамперед, пов'язується з його реальністю та реалізованістю, що потребує відповідного і правового забезпечення. Центральне місце в системі такого забезпечення займає правове регулювання місцевого самоврядування, що проводиться:

- на міжнародному рівні та передбачає закріплення права здійснення місцевого самоврядування, умов його функціонування у співвідношенні з органами держави тощо [1];
- на конституційному рівні, зокрема щодо визнання місцевого самоврядування та прав територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування [2];
- на законодавчому рівні зокрема щодо закріплення основних засад функціонування місцевого самоврядування, в цілому, та функціонування інституцій місцевого самоврядування, зокрема [3];
- на підзаконному рівні щодо підтримки реалізації потенційних можливостей місцевого самоврядування як «особливо

важливого фактора становлення громадянського суспільства», а його розвитку – як «одного з найпріоритетніших напрямів державної політики України» [4; 5, с. 118] тощо.

Проводячи аналіз положень чинних правових актів у сфері місцевого самоврядування, слід наголосити, що функціональне призначення місцевого самоврядування регламентується як нормами міжнародного, так і нормами національного права. Така правова регламентація здійснюється у таких документах як:

1) Європейська хартія місцевого самоврядування [1], в положеннях якої закладено правові основи функціонування місцевого самоврядування шляхом:

- закріплення реальності реалізації функцій місцевого самоврядування, гарантом чого виступає кожна держава, що ратифікувала Хартію;

- регламентації статусу функцій місцевого самоврядування як таких, що мають самостійний характер, здійснюються виключно суб'єктами місцевого самоврядування, не можуть бути делегованими та є таким, що максимально наближені до потреб громади;

- закріплення концептуальних положень щодо функцій місцевого самоврядування та доручення державам, що ратифікували Хартію, на національному рівні виробити та закріпити шляхи і засоби здійснення цих функцій тощо.

2) Конституція України, нормами якої закріплено основоположні конституційні засади місцевого самоврядування, а саме:

- закріплено природу місцевого самоврядування і його похідний характер від народного суверенітету (ч. 1 ст. 5);

- конституційно регламентовано, що в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7);

- закріплено принцип законності реалізації функцій місцевого самоврядування (ст. 19);

- закріплюється вимога щодо предмету законотворчості, відповідно до якої виключно законами України визначаються засади місцевого самоврядування (п. 15 ст. 92);

- закріплено сфери функціонування територіальних громад села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування (ст. 143).

3) Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», нормами якого закріплено наступні положення щодо реалізації функцій місцевого самоврядування, а саме:

- проведено конкретизацію функцій місцевого самоврядування шляхом виокремлення системи суб'єктів місцевого самоврядування, які наділяються відповідним статусом, повноваженнями та засобами їх реалізації;

- регламентовано гарантії місцевого самоврядування тощо [3].

3) Закон України «Про столицю України – місто-герой Київ», відповідно до положень якого проведене спеціальне регулювання статусу столиці України, зокрема регламентовано особливості реалізації функцій органами місцевого самоврядування в м. Києві, а саме: конкретизовано повноваження Київського міського голови (ст. 13, 17); встановлено особливості повноважень голови і заступника голови районної в місті Києві ради (ст. 15); закріплено засади матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування (розділ IV) тощо [6].

Слід наголосити, що правові основи реалізації функцій місцевого самоврядування не обмежуються вказаними вище нормативно-правовими документами, хоча вони і мають основоположний характер. Окремі повноваження суб'єктів місцевого самоврядування в сфері реалізації функцій місцевого самоврядування закріплені і іншими правовими актами [7; 8].

Враховуючи аналіз положень міжнародних та внутрішньодержавних юридичних документів, які регламентують особливості функціонування місцевого самоврядування в Україні, слід підсумувати, що правове забезпечення функціонування місцевого самоврядування в Україні, базується на засадах:

- міжнародно-правового регулювання, що визначає зміст, природу, гарантії та стандарти місцевого самоврядування, основу розвитку національного права в сфері правового регулювання функціонування місцевого самоврядування;

- внутрішньодержавного правового регулювання, яким конкретизуються особливості функціонування місцевого самоврядування відповідно до особливостей розвитку того чи іншого суспільства, за умови недопущення порушень стандартів місцевого самоврядування, що закріплені нормами міжнародного права.

---

1. Європейська хартія місцевого самоврядування // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 38. – Ст. 249.

2. Конституція України від 28.06.1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua
3. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.zakon2.rada.gov.ua
4. Указ Президента України «Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні» від 30.08.2001 р. № 749/2001 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: www.rada.gov.ua
5. Батанов О. В. Концептуальні аспекти реформи конституційної моделі місцевого самоврядування в Україні // Право України. – 2009. – № 12. – С. 117–125.
6. Закон України «Про столицю України - місто-герой Київ» від 15.01.1999 р. № 401-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua
7. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua
8. Водний кодекс України від 06.06.1995 р. № 213/95-ВР [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua

ЧЕРНЯДЬЕВА Наталья Алексеевна,
кандидат юридических наук, доцент кафедры
международного и европейского права
Пермского государственного
национального исследовательского университета

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ МОДЕЛИ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ И РОССИИ

В настоящее время, также как Российская Федерация, Великобритания, сталкивается с реальной и серьезной угрозой международного терроризма. При этом подход к сокращению террористических актов основывается на общепринятых в международном пространстве принципах, которые характерны и для России: изучение причин, развитие положительной практики и процессов анализа, применение жестких мер.

После событий 11 сентября в Нью-Йорке Великобритания существенно пересмотрела (в сторону ужесточения мер) контртеррористическое законодательство. Новеллы касались процесса экстрадиции, признания contra legem ряда международных террористических организаций, усовершенствования программ по

работе с новыми террористическими сценариями; расширения химических, биологических, радиологических и ядерных программ сопротивления терроризму [2, с. 43].

Несмотря на некоторые сдвиги в характере правового регулирования в сторону континентальной правовой семьи, большинство особенностей уголовного права Великобритании характерно именно для англосаксонской правовой семьи. К числу таких особенностей относятся в первую очередь некодифицированность уголовного права и отнесение судебных прецедентов по уголовным делам к числу источников уголовного права. Существует ряд уголовно-правовых и уголовно-процессуальных норм, действие которых распространяется только на определенные регионы государства (например, Северную Ирландию, Шотландию).

На настоящий момент основные статутные нормы, устанавливающие юридическую ответственность за деятельность, связанную с терроризмом, входят в состав нескольких актов [см. напр. 5–8].

Согласно английскому законодательству террористическими признаются действия или угроза их совершения, направленные на оказание влияния на правительство или запугивание населения для достижения политических, корыстных или религиозных целей.

Для британского уголовного права характерно достаточно большое число составов преступления, связанных с терроризмом. Часть из них имеет аналоги в российском уголовном праве (ст.ст. 205, 205.1, 207, 215.1 УК РФ) Однако некоторые из деяний, признаваемых в Великобритании преступлениями, связанными с терроризмом, по российскому уголовному праву таковыми не являются. Например, к числу самостоятельных преступлений в Великобритании отнесены участие в финансировании террористической деятельности, отмывание денег с целью финансирования терроризма, несообщение о возможной причастности лица к террористической деятельности, сбор информации в интересах террористической организации, и другие.

Существуют также обстоятельства, исключающие преступность деяния, которых нет в отечественном праве и о необходимости наличия которых неоднократно заявлялось представителями «силовых» ведомств. В частности, участие в террористиче-

ской деятельности не является преступлением, если данное участие осуществлялось с ведома сотрудника правоохранительных органов [3, с. 76].

Наказания, предусмотренные уголовным правом Великобритании, существенно мягче тех, которые предусмотрены отечественным законодательством. Как правило, это тюремное заключение на определенный срок, конфискация имущества или штраф. Однако не стоит забывать о том, что в Великобритании применяется принцип сложения наказаний, в связи с этим по совокупности преступлений конечное наказание может существенно превышать установленные законом нормы. Поэтому можно сказать, что наказания за преступления, связанные с терроризмом, в Великобритании носят в итоге крайне суровый характер.

Некоторые формулировки, используемые для описания объективной стороны терроризма крайне расплывчаты. Для всего права Великобритании в целом характерна подобная нечеткость, когда оставлено значительное пространство для толкования норм права. С принятием Закона «О борьбе с терроризмом» 2006 г. расплывчатость категорий стала характерна и для описания целей деяний, признаваемых преступными. Согласно данному Закону ответственности подлежит любое лицо, коснувшееся в публичном выступлении темы терроризма, так как это тоже может «быть принято общественностью или ее частью как прямое или косвенное прославление и иная пропаганда терроризма» [1, с. 27].

Нечеткость юридических дефиниций, скорее, вредит безопасности государства, чем способствует ее защите. Подобное формулирование законодательства приводит к необоснованному зачастую ущемлению прав граждан в интересах борьбы с терроризмом.

---

1. Кобец П.Н. Законодательные основы предупреждения терроризма в европейских странах и необходимость совершенствования российского законодательства с учетом международного опыта // Международное публичное и частное право. – 2009. – № 1. – С. 24–35.

2. Прошунин М.М. Развитие международной системы противодействия легализации преступных доходов и финансированию терроризма: правовой аспект // Финансовое право. – 2009. – № 11. – С. 41–63.

3. Серебряков А.В. Становление категории «содействие террористической деятельности» в нормах международного уголовного законодательства // Общество и право. – 2010. – № 3. – С. 70 – 96.

4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 21.07.2011) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 17.06.1996. – № 25. – Ст. 2954.

5. Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents Дата доступа 12.03.2012.

6. Terrorism Act 2000 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents Дата доступа 12.03.2012.

7. Counter-Terrorism Act 2008 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/contents Дата доступа 12.03.2012.

8. Terrorism Act 2006 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/contents Дата доступа 12.03.2012.

9. Prevention of Terrorism Act 2005 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents Дата доступа 12.03.2012.

10. Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/ contents Дата доступа 12.03.2012.

МИРЧЕВА Весела,
доктор права, главный ассистент кафедры
«Публичноправовые науки и публичный менеджмент»
Юго-западного университета
имени Неофита Рилского (Благоевград)

КОНСТИТУЦИННО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЛОББИЗМА

Актуальность представленного исследования обусловлена все более нарастающей внутренней эрозией политической системы, предопределяющей разрыв между представительными институциями современного правового государства и гражданским обществом. Однако общественно-политический динамизм не терпит пробелов в дименсии «государство – гражданское об-

щество» и практически создает механизм защиты различных групповых интересов – экономических, социальных, культурных и прочих. Этот механизм представляет собой лоббизм. Наша цель исследовать конституционно-правовой порядок этого сравнительно нового правового и политического явления. В этом смысле сущность лоббизма представлена посредством публичных дебатов о его законности и отрицании. С одной стороны его можно рассматривать как легальную форму коррупции, а с другой стороны – как демократический институт современной правовой и политической системы. На долгом пути к своему легальному утверждению лоббизм должен побороть формированный в обществе негативный свой образ [1, с. 127–131; 3, с. 15–18].

Свое правовое основание лоббизм находит в текстах ряда международных правовых актов. Следует указать на ст. 21, п. 1 Всеобщей декларации о правах человека 1948 г., и на ст. 25, б.»а» Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., принятых Генеральной Ассамблеей ООН. Они провозглашают право любого гражданина участвовать в управлении своей страной непосредственно или посредством свободно выбранных представителей. Эти документы ООН находят своеобразное отражение в конституциях стран, которые их ратифицировали, прежде всего в регламентации принципа народного суверенитета, определяющего народ как единственный источник и субъект (носитель) государственной власти – в Болгарии (ст. 1, п. 2), в Российской Федерации (ст. 3 в связи со ст. 32), во Франции (ст. 3), в Италии (ст. 1), в Греции (ст. 1), в Бразилии (ст. 1), в Испании (ст. 1, п. 2 в связи со ст. 23, п. 1), в Австрии (ст. 1), в Португалии (ст. 2 и ст. 3 в связи со ст. 48, п. 1) и т.д. Это дает основание некоторым авторам определять лоббизм как выражение народного суверенитета и форму народовластия [2, с. 37–38].

Непосредственное конституционное регламентирование правового и политического института лоббизма отсутствует даже в конституциях государств, которые законодательно регламентировали его отдельные формы. Косвенное выражение лоббизм находит в конституционном провозглашении права граждан направлять жалобы и ходатайства в органы государственной власти. Так, например, первая поправка Конституции США гарантирует право народа обращаться с ходатайствами к прави-

тельству для удовлетворения жалоб. Ст. 17 Конституции ФРГ устанавливает индивидуальное право любого гражданина или совместно с другими лицами с прошениями или жалобами письменно обращаться в компетентные органы или в органы народного представительства. Конституция Российской Федерации регламентирует право граждан на личное обращение. Граждане имеют право отправлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и в органы местного самоуправления (ст. 33 в связи со ст. 45). Конституция Украины тоже провозглашает право индивидуальных или коллективных письменных обращений к органам государственной власти и к органам муниципального самоуправления или к должностным лицам и к чиновникам этих органов. Со своей стороны они должны рассмотреть заявление и дать аргументированный ответ в установленный срок (ст. 40). Ст. 50 Конституции Италии дает возможность всем гражданам отправлять ходатайства в Парламент. По Конституции Швейцарии (ст. 33) любое лицо имеет право отправлять ходатайства в органы власти, которые обязаны их рассмотреть. Греческая Конституция устанавливает право каждого лица отдельно или совместно с другими лицами, соблюдая законы государства, обращаться письменно к властям. Органы власти обязаны быстро реагировать в соответствии с установленными распоряжениями и мотивированно отвечать тому, кто отправил ходатайство в соответствие с законом (ст. 10). Конституция Федеральной Республики Бразилия тоже регламентирует право на ходатайства в публичные власти по вопросам защиты прав или в связи с нарушением законов, злоупотреблением властью (ст. 5, п. XXXIII, б.»а»). Ст. 29, п. 1 Конституции Королевства Испания предоставляет всем испанцам право на личное и коллективное ходатайство в письменном виде согласно определенным законом форм и результатов. Японская Конституция тоже регламентирует право любого индивида обращаться с мирными ходатайствами о восстановлении ущерба, устранении чиновников, принятии, отмене или изменении законов, постановлений или распоряжений, так же и по другим вопросам. Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации из-за подачи ходатайства (ст. 16). Конституция Королевства Голландия в ст. 5 регламентирует право любого лица обра-

щаться с ходатайствами в письменной форме к соответствующим властям. Ст. 52, п.1 Конституции Португалии регламентирует право всех граждан представлять – индивидуально или коллективно – органам власти ходатайства, заявления, претензии или жалобы о защите своих прав. Претензии могут касаться и нарушений Конституции, законов или общих интересов. Действующая Конституция Республики Болгария тоже регламентирует право граждан на предложения, жалобы и ходатайства в государственные органы (ст. 45).

Наше сравнительно-правовое исследование показывает, что современные конституции задают концептуальную основу законодательства о лоббизме, предопределяя его ведущую роль во взаимоотношениях между гражданским обществом и государственной властью и превращая его в один из основных институтов современной демократии.

В заключение следует отметить, что феномен лоббизма все больше утверждается в мировой практике публичного управления. Его отрицание лишает граждан эффективного инструмента участия в осуществлении государственной власти, а также и местного самоуправления. Этим инструментом достигается сбалансированное представительство разнородных интересов в обществе. По этой же причине необходима непосредственная конституционно-правовая база этого исключительно актуального правового и политического явления.

---

1. Иванов Д. Лобизмът – съгласуване на интереси. – София: Парадокс, 2010.

2. Исаков В. Конституционно-правовые основы лоббизма в Российской Федерации: Дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.02. – М., 2005.

3. Лобиране и лобистки практики. – София: Институт за икономическа политика, 2007.

ПОРІВНЯЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

МИЦКЕВИЧ Людмила Абрамовна,
кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры конституционного,
административного и муниципального права
Сибирского федерального университета (Красноярск)

НАДНАЦИОНАЛЬНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В РОССИЙСКОМ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ

С 90-х годов до настоящего времени в России продолжается период становления новой российской государственности и современного законодательства, энергично развиваются административно-правовые исследования, поскольку существует острая необходимость осмысления, систематизации и трансформации в правовые понятия новых политических и управленческих явлений. В качестве одной из характерных черт данных процессов может быть названо широкое заимствование правовых конструкций и даже целых институтов из правовых систем других государств, в первую очередь, европейских. Представляется весьма интересным рассмотреть основные результаты этих заимствований, а также наметить некоторые тенденции дальнейшего развития законодательства.

В качестве успешных примеров заимствования могут быть названы такие новые для российского административного права понятия как позитивное государственное управление, публичные услуги, административные договоры, административные процедуры, административные суды. Первое из предложенных понятий относится к принципиальным положениям административного права, а именно, к самому определению его сущности. Признак властности государственного управления считался основным, а государственно-властные полномочия как элемент компетенции органов исполнительной власти всегда фигуриро-

вали в отечественной науке административного права, в то время как в зарубежном административном праве разделялось властно-обязывающее и позитивное (предоставляющее услуги гражданам) государственное управление. Становится очевидным, что и в российской управленческой действительности признается новое позитивное управление, в котором для реализации функций органам исполнительной власти не нужны властные полномочия. Представляется, что в отечественном административном праве также следует выделять властное и предоставляющее услуги позитивное управление, что будет соответствовать конструкции *публичных услуг*. Следующим вполне логичным шагом было бы признание существования *благоприятствующих и обременяющих* административных актов, опосредующих соответственно позитивное и властно-обязывающее управление [1, с. 120]. Этот момент может стать мощным толчком к развитию целого направления в науке административного права.

Примером не совсем корректного заимствования может служить категория «публичная услуга». Анализ нормативных актов, принятых в целях реализации основных направлений административной реформы, позволил высказать предположение о том, что не всегда четко разделяются «собственно» публичные услуги, предоставляемые гражданам, например, учреждениями социальной сферы (образовательные, медицинские, социальные и т.п.), и акты невластного, «позитивного» государственного управления, которые также называются услугами, но это принципиально иные управленческие действия, например, индивидуальные акты, направленные на реализацию субъективных прав граждан. В результате то, что в представлении юристов выглядит как подлежащая исполнению юридическая обязанность гражданина, в нормативных актах рассматривается как услуга, где главный критерий – не добровольность получения, а непосредственный контакт органа (должностного лица) и гражданина.

Под влиянием западных европейских стран в науке административного права стали интенсивно развиваться идеи о необходимости разработки и принятия законодательства об административных процедурах, регулирующих взаимоотношения граждан и органов исполнительной власти [2, с. 276]. Как известно, правовое регулирование административных процедур в зарубежных странах осуществляется различным образом в зависимости от принад-

лежности к той или иной правовой системе. В странах континентальной системы права регулирование осуществляется законом в определенной степени универсально для органов государственного управления и основных форм их властной публичной деятельности. Англо-саксонская правовая система характеризуется в данной части тем, что в странах этой семьи принимаются нормативные правовые акты для каждого вида административной процедуры и каждого органа государственного управления (административные регламенты). Идеология административной реформы в РФ оказалась сориентирована на опыт стран англо-саксонской системы, поэтому основным направлением совершенствования правового регулирования административных процедур стали разработка и принятие административных регламентов [3].

Таким образом, под влиянием управленческих реалий ранее типично континентальное правовое регулирование административных процедур пошло по иному пути. Тем самым сместились акценты в регулировании взаимоотношений органов публичной власти и граждан – эти отношения стали регулироваться многочисленными подзаконными нормативными актами органов исполнительной власти и органов местного самоуправления. Следовательно, снизился иерархический уровень нормативных правовых актов, регулирующих данные взаимоотношения, теперь в своей основной массе – это не законы, а подзаконные акты. Достаточно часто в административных регламентах воспроизводятся дословно положения федеральных законов. Тем самым снижается роль и значение федеральных и региональных законов в сфере регулирования отношений между государством и гражданином и наблюдается существенный перенос акцентов на ведомственное нормотворчество.

Таким образом, наука административного права России находится под сильным влиянием заимствованных из зарубежного опыта понятий, категорий и конструкций, которые иногда вступают в противоречие друг с другом. Задача ученых-административистов состоит в обнаружении и объяснении данных противоречий и их возможных негативных последствий.

---

1. Мицкевич Л.А. Основы административного права Германии. – Красноярск, 2008. – 174 с.

2. Административные процедуры в экономике: проблемы совершенствования правового регулирования: монография / под ред. Е.В. Гриценко, О.А. Ногиной. – СПб., 2010. – 372 с.

3. Постановление Правительства РФ от 16.05.2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг» // Собрание Законодательства Российской Федерации. – 30 мая 2011 г. – № 22. – Ст. 3169.

ЗЕЛИНЬСКИ Яцек,
доктор габилитованый, профессор, проректор
Высшей административно-общественной
школы (Варшава),
профессор Природно-гуманитарного
университета (Седльце)

ЕВРОПЕИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА В ПОЛЬШЕ

Предметом статьи является процесс европеизации польского национального права и введение в польскую правовую систему доминируюших в Западней Европе решениий для их гармонизации и обеспечения осуществления целей ЕС. Дело в том чтобы показать хронологическую и содержательную динамику этого процесса, отвечающие за него институты и дилеммы, связанные с европеизацией права. При этом нужно помнить, что самое записывание нормативного решения в законе не решает общественную проблему. Есть много примеров, когда институты, сформированные для служения внедрению и упрочению определенных ценностей, используются для достижения совсем других целей. Это предопределяют разные феномены как исторического, культурного характера, так и менталитет общества и его элит. Проблема настолько важная потому, что на территории Польши пересекаются ценности и поведения восточной и западной культуры. В прошлом, в начале XX в., когда возникла независимая Польша, опыт немецкой, французской и бельгийской правовых культур способствовал введению в польское право многих современных административных структур, норм об объ-

единениях, организации административных судов и т.д. [3, с. 302]. Европеизация права в Польше имеет свою историю, значит происходит не только на основании нынешних оценок связанных с этим преимуществ, но и оценки опыта прошлого. Ныне в ней решающим фактором является европейская интеграция и нарастающая глобализация.

1. Понятие европеизации административного права, несмотря на присутствующие в польской литературе разногласия, можно свести к принятию права Евросоюза и права Европейских сообществ и введению их норм во внутригосударственный правовой порядок [4, с. 54]. Интегрирование Польши с Европейскими сообшествами формально началось после подписания (16 XII 1991 г.) Европейского договора, в котором страна объязалась приспособить свое право к европейскому праву [2, с. 2–3]. Вторая волна пришла на годы после принятия Польши в ЕС (1 V 2004 г.) [6, с. 11].

2. Европеизация административного права охватывает все части польского административного права, то есть право административного устройства, материальное административное право и процессуальное административное право [4, с. 36]. В сфере права административного устройства характерным является создание органов и институтов, свойственных для внедрения норм европейского права в польскую правовую систему (например, Комитета европейской интеграции (*Komitet Integracji Europejskiej*) и Комитета по европейским делам, подчиненного МИД, *Komitet do Spraw Europejskich)* [8].

3. Значительная роль принадлежит ратифицированной Польшей Европейской хартии местного самоуправления [1], устанавливающей стандарты европейской местной администрации. Правда, европейское право не предлагает организационно-структурных моделей, но указывает на необходимость их эффективного функционирования и осуществления целей и обязательств ЕС.

4. Сходную роль в рамках хорошей, *pro*-обшественной администрации играет Европейский кодекс хорошей администрации [5]. Многие из его требований реализованы в Конституции и Кодексе административного ведения Польши.

5. Европеизация польского материального права проходит с разной силой по времении и содержанию. В период приго-

товления к членству в ЕС требовалось провести минимальную необходимую адаптацию. Сейм принял 255 законов, вводящих 1589 директив Евросоюза. Вслед за получением Польшей членства в ЕС только одним законом (от 20.04.2004 г.) изменено свыше 100 законов [7]. Можно спорить, в какой степени право в данной ситуации организует жизнь страны, а в какой ведет к ее дезорганизации.

6. В плане содержания европеизация польского права особенно видна в сферах, на которые раньше государство обращало недостаточное внимание, в том числе защита окружающей среды, здоровое и качественное питание. В этом плане польза от европеизации права является неоспоримой.

7. Европеизация права – это процесс. Его координация находится в руках правительства с особой ролью премьер-министра и ведущим ведомством иностранных дел. Требуется постоянная гармонизация законов и подзаконных актов. Способствовать этому должен закон от 8.10.2010 г. о сотрудничестве Совета Министров с Сеймом и Сенатом в делах, связанных с членством Республики Польши в Евросоюзе [9].

---

1. Europejska Karta Samorządu Terytorialnego // DzU. – 1994. – N. 124. – Poz. 607; DzU. – 2006. – N. 154. – Poz. 1107.

2. Hardegen M. Prawo europejskie. – Warszawa: C.H.Beck, 2009.

3. Izdebski H., Kulesza M. Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne. – Warszawa: Liber, 2001.

4. Prawo administracyjne / Pod red. J. Boć. – Wrocław: Kolonia Limited, 2010.

5. Świątkowski J., Europejski kodeks dobrej administracji (wprowadzenie, tekst i komentarz o zastosowaniu kodeksu w warunkach polskich procedur administracyjnych). – Warszawa: RPO, 2007.

6. Traktat o przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej podpisany 16 kwietnia 2003. – Warszawa: UKiE, 2003.

7. Ustawa z 20/IV/2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczypospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej // DzU. – 2004. – N. 96. – Poz. 959.

8. Ustawa z 27.VIII.2009 r. o Komitecie do Spraw Europejskich // DzU. – 2009. – N. 161. – Poz. 1277.

9. Ustawa z 8.X.2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej // DzU. – 2010. – N. 213. – Poz. 1395.

БЕРЕЗА Анатолій Валентинович,
кандидат політичних наук,
докторант відділу правових проблем політології
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

РЕФОРМА ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ: ЄВРОПЕЙСЬКІ ТЕНДЕНЦІЇ І УКРАЇНА

В Україні за роки незалежності система публічної влади радянського типу з властивими їй командними та адміністративними підходами так і не була реформована, що перетворило її в один з основних бар'єрів на шляху побудови сучасної держави.

Аналіз реформ публічної влади в європейських країнах дав змогу виділити три основні підходи, покладені в основу адміністративних реформ, реалізованих протягом останніх десятиліть, а саме: Нове державне управління, урядування та концепція мереж.

Концепція нового публічного управління (НПУ, new public management) сформувалася у 1980-ті рр., запозичивши методи, які використовуються у недержавному секторі – некомерційних організаціях та бізнесі, корпоративному управлінні. Ці методи орієнтовані в першу чергу на суттєве підвищення гнучкості прийняття рішень у державному апараті, зменшення його ієрархічності, делегування повноважень на нижчий рівень прийняття рішень та посилення механізмів зворотного зв'язку. Автори концепції НПУ вважали, що більша орієнтованість органів публічного управління на ринок призведе до зростання ефективності його діяльності.

Критика концепції НПУ зводиться до кількох ключових моментів. 1. Редукція функцій державного апарату до ролі приватного підприємства з обслуговування громадян-клієнтів. 2. Невідповідність між запитами споживачів-громадян та пропозицією товарів і послуг, представленою державним сектором. Вільний споживчий вибір не може бути ефективним механізмом гармонізації суперечностей попиту на суспільні послуги (житла, медицини, освіти). 3. Істотною не-

вдачею нового публічного управління є організація державної служби не як єдиної системи державного апарату, а за принципом фрагментарності.

Невдачі із запровадженням НПУ зумовили пошук альтернативної моделі управління, якою стала концепція урядування (governance). Її особливості, виділені С. Хіксом [1, p. 39], полягають у тому, що по-перше, «процес управління більше не здійснюється виключно державою, але включає в себе діяльність соціальних, політичних акторів, які … спрямовують, контролюють або ж управляють суспільством». По-друге, відносини між державою та недержавними акторами під час цього процесу «поліцентричні і неієрархічні», а також «взаємозалежні». По-третє, ключовими функціями урядування є регулювання соціальних і політичних ризиків, а не розподіл. Перехід до урядування відбувся під впливом внутрішніх (недостатні ресурси інститутів співтовариства) і зовнішніх чинників, до яких можна віднести зростання взаємозалежності на міжнародній арені та неспроможність національних урядів самостійно вирішити такі проблеми, як рух людей та товарів.

В свою чергу і концепція урядування не позбавлена певних недоліків. По-перше, вона не в змозі замінити гнучкість ринку і стабільність ієрархічних структур. По-друге, незважаючи на очевидні позитивні результати добровільної діяльності акторів, у низці випадків існує нагальна потреба в існуванні жорсткої координації. І, нарешті, вибудовані згідно з нею структури є досить нестабільними і не гарантують того, що зможуть справитися зі складними завданнями.

Що стосується ще однієї популярної концепції, що частково лежить в основі урядування – концепції мереж (network), то найчастіше виділяються такі її характеристики: вона є неформальними і рухомими утворенням, з непостійним членством, невизначеними відносинами і відповідальністю, учасники якого схильні до компромісів, а не протистояння, переговорів, а не виконання адміністративних вказівок.

Іншими словами для сучасних концепцій публічного управління характерне зміщення балансу між урядом і суспільством у сферу спільних завдань і відповідальності, акцент на

важливості спільної діяльності, а не на вирішенні проблем самостійно ринком або державою.

В Україні основна робота з проведення адміністративної реформи розпочалася з утворення Президентом України Державної комісії з проведення в Україні адміністративної реформи та Указу Президента України від 22 липня 1998 р., яким затверджувалася розроблена цією комісією Концепція адміністративної реформи.

У кінці 2010 р. була зроблена спроба реанімувати адміністративну реформу шляхом оптимізації системи центральних органів виконавчої влади (ЦОВВ). Відповідний Указу Президента [2] передбачав скорочення кількості міністерств (з 20-ти до 16-ти); поєднання посад віце-прем'єр-міністрів з посадами міністрів; реорганізації інших ЦОВВ і визначення трьох типів ЦОВВ: служби, агентства, інспекції. Також було дано доручення уряду ліквідувати «урядові органи» (яких нараховувалося близько 50) та скоротити чисельність державних службовців у ЦОВВ не менше ніж на 30%.

Останні рішення та загальна логіка попередніх кроків у сфері реформування державного управління свідчить про намагання реалізувати в Україні положення концепції Нового державного управління, зокрема в тій її частині, що передбачає зменшення штату та затрат на утримання бюрократичного апарату. Однак інші ключові її вимоги щодо формування прошарку чистих управлінців, передачі низки функцій недержавним організаціям, встановлення чітких критеріїв ефективності тощо, не виконуються. Тому говорити про можливість реалізації в Україні концепції урядування або ж мереж передчасно, оскільки вони вимагають не тільки кількісних, а якісних змін у відносинах між державою та громадянином, в першу чергу готовності обох сторін до рівноправного діалогу.

---

1. Hix S. The study of the European Union II: The «New governance» agenda and its rival // Journal of European Public Policy. – 1998. – № 5.

2. Указ Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 09.12.2010 р. № 1085/2010 // Урядовий кур'єр. – 14 грудня 2010.

ЗГУРСЬКА Валентина Леонідівна,
кандидат політичних наук,
в.о. доцента кафедри політичних наук
Київського національного університету
будівництва і архітектури

ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ГРОМАДСЬКІ ОБ'ЄДНАННЯ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД І УКРАЇНА

Відсутність законодавчої бази значною мірою гальмує розвиток громадянської активності. Ліквідувати законодавчі бар'єри на шляху розвитку організацій громадянського суспільства був покликаний проект Закону України «Про громадські організації», зареєстрований у Верховній Раді України 1 листопада 2010 р. 22 березня 2012 р. цей законопроект під назвою «Про громадські об'єднання» [1] було прийнято Верховною Радою України і після підписання Президентом України він вступить в силу з 1 січня 2013 року. Слід зазначити, що заміна у його назві слова «організації» на «об'єднання» значно розширило сферу його застосування: не лише щодо об'єднань фізичних осіб (громадські організації), а й юридичних осіб (громадські спілки), членами яких можуть бути як юридичні так і фізичні особи.

Новий закон містить низку позитивних моментів, але в першу чергу зупинимося на тих, що впроваджують європейські стандарти у вітчизняну законодавчу практику.

По-перше, Закон значно розширює коло засновників громадських об'єднань (далі – ГО). У ст. 7 Закону зазначено, що «засновниками громадської організації можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, які досягли 18 років», що відповідає європейським нормам. Це положення виходить за межі Конституції України, яка гарантує право саме «громадян України», а не будь-якої фізичної особи на свободу об'єднання у громадські організації (ч. 1 ст. 36). Ця ж стаття передбачає, що за-

сновниками громадської спілки можуть бути юридичні особи приватного права, у тому числі громадські об'єднання зі статусом юридичної особи. Ця норма відповідає європейській практиці, оскільки у п. 16 Рекомендації Комітету міністрів держав-членів Ради Європи «Про правовий статус неурядових організацій у Європі» [2] зазначається, що «будь-яка особа, як фізична, так і юридична, як громадянин, так і не громадянин країни, або група таких осіб повинна мати можливість вільно створювати неурядову організацію».

Крім того, обмежено підстави відмови в реєстрації ГО та скорочено термін їх реєстрації до 7 робочих днів. Сама реєстрація здійснюється безоплатно, а плата справляється лише за внесення змін до статуту, видачу дубліката оригіналу свідоцтва про реєстрацію чи статуту громадського об'єднання. Що стосується громадських організацій, легалізованих на момент введення закону в дію, то вони повинні протягом 5 років привести свої статути у відповідність з цим законом на безоплатній основі.

По-друге, Законом ліквідується одна з основних перешкод на шляху розвитку ГО, що полягала у забороні займатись господарською діяльністю. Так, якщо ГО виготовила якийсь продукт (аналітичний звіт, порадник тощо), то вона, згідно закону 1992 р. позбавлена права їх самостійно реалізувати, а отримані кошти спрямувати на статутну діяльність. Хоча Цивільний кодекс та податкове законодавство України уже надали громадським організаціям право вести господарську діяльність за умови, що можливі прибутки направлятимуть на виконання статутної діяльності й не розподілятимуть між учасниками. З 1 січня 2013 р. ГО зможуть безпосередньо займатися підприємницькою діяльністю (виключно для досягнення статутних цілей), що дозволить значно посилити інституційну спроможність та незалежність громадського сектору.

У вже згадуваній Рекомендації Комітету міністрів держав-членів Ради Європи зазначається, що неурядові організації «повинні мати можливість вільно займатися будь-якою економічною, господарською чи комерційною діяльністю для підтримання своєї некомерційної діяльності без будь-яких обов'язкових спеціальних дозволів» (п. 14).

Серед нормативно-правових актів, що наближують Україну до європейський стандартів слід загади і підписану нещодавно Президентом України Стратегію сприяння розвитку громадянського суспільства [3]. Серед першочергових завдань Стратегії завершення роботи над законопроектами про свободу зібрань, благодійництво та благодійні організації, вдосконалення Закону «Про волонтерську діяльність», внесення змін до деяких законів України щодо участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики, вирішенні питань місцевого значення тощо.

Отже, новий Закон України «Про громадянські об'єднання» відповідає європейським принципам, вмістивши низку прогресивних та демократичних положень, а саме: закріплення права створювати ГО не лише за громадянами України; спрощення процедури реєстрації ГО; надання ГО права здійснювати підприємницьку діяльність для досягнення статутних цілей; відмова від територіального принципу у діяльності ГО. Певний оптимізм щодо поглиблення тенденції європеїзації вітчизняного законодавства, продемонстрованої у цьому Законі, дає закріплене у Стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства завдання на приведення національного законодавства щодо діяльності інститутів громадянського суспільства у відповідність з європейськими стандартами.

---

1. Законопроект «Про громадські об'єднання» № 7262-1 [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=38911&pf35401=217948

2. Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2007 at the 1006th meeting of the Ministers' Deputies) [Електронний ресурс] // Сайт Ради Європи. – Режим доступу: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1194609

3. Указ Президента України «Стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства» від 24.03.2012 р. № 212/2012 [Електронний ресурс] // Сайт Президента України. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/documents/14621.html

ЩЕРБАК Надія Олександрівна,
доктор історичних наук
(Національна академія внутрішніх справ, Київ)

ЩЕРБАК Ніна Миколаївна,
кандидат юридичних наук
(Білоцерківський інститут економіки та управління)

ПРАВОВИЙ ВИМІР РЕГУЛЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СФЕРИ В УКРАЇНІ: ІСТОРИЧНИЙ ДОСВІД ТА СУЧАСНИЙ РОЗВИТОК У КОНТЕКСТІ СВІТОВИХ ТЕНДЕНЦІЙ

Відомо, що свобода слова та право на інформацію належать до фундаментальних громадянських і політичних прав людини. Розвиток інформаційних ресурсів у сучасних умовах вимагає адекватного правового регулювання цієї сфери суспільних відносин при необхідності дотримання пріоритетів норм міжнародного права, що передбачають право на свободу висловлення думки і свободу отримання інформації. Однак не вся інформація у суспільстві вільно поширюється, що підтверджується наявністю державної, військової, комерційної таємниць. І у цьому зацікавлені різні державні установи, політичні, соціальні та інші суспільні прошарки і групи. Зокрема, інформаційні потоки в суспільстві регулюються цензурою, що в перекладі з латинської, означає контроль офіційної (світської або духовної) влади за змістом, випуском і поширенням друкованої продукції, творів сценічного та образотворчого мистецтва, телевізійних та радіопередач, який здійснюється шляхом попереднього чи наступного перегляду для того, щоб не допустити або ж обмежити поширення ідей та інформації, що визначаються цією владою небажаними або шкідливими. У вужчому значенні цього поняття під цензурою маються на увазі заклади, яким спеціально доручено такий нагляд.

Загальновідомо, що цензура завжди відігравала важливу роль у відносинах між владою, пресою і суспільством. У вітчизняній історичній практиці і царська влада, і радянська використовували цензуру як засіб впливу на формування громадської думки й для захисту своїх імперських інтересів.

Зазначимо, що ще наприкінці XIX – на поч. XX ст. до питань взаємовідносин влади і преси, розвитку тогочасного права зверталися А. Скабичевський, Г. Джаншиєв, М. Лемке, К. Арсеньєв, В. Розенберг, В. Якушкін, С. Рождественський, А. Градовський. Важливе теоретико-методологічне значення для осмислення проблем виникнення та еволюції органів цензури у той час мали праці відомих вчених-юристів І. Андрієвського, І. Тарасова, В. Гагена, В. Дерюжинського та ін.

Початок XX ст. позначився підвищенням інтересу до історії цензури у зв'язку з відзначенням 200-річчя російської преси (1903 р.) В радянський період з середини 30-х років, коли українська радянська історико-правова наука переживала один з найдраматичніших етапів своєї історії, діяльність цензурних установ взагалі замовчувалась. Це пояснюється тим, що в Радянському Союзі існувала своя цензура – так званий «Главліт», і партійне керівництво не хотіло, щоб дослідники проводили паралелі між радянською і царською цензурами, адже їх діяльність була ідентичною. Згодом у 60-80-ті роки радянськими істориками досліджувалися різні аспекти внутрішньої політики царського уряду, діяльності урядового апарату, історія вищих та центральних державних установ, висвітлювались взаємостосунки адміністрації та преси. Це, передусім, дослідження П. Зайончковського, І. Оржеховського, Ю. Герасимової, М. Єрошкіна, для яких характерний глибокий науковий аналіз.

В умовах незалежної України, дослідники активно долучилися до написання об'єктивної історико-правової картини. Це продиктовано не лише науковим інтересом, а й потребами дня. Адже реалії сьогодення характеризуються створенням світового інформаційного простору, формуванням під впливом засобів масової інформації нового світогляду людей. З огляду на це, правова проблема втручання держави в діяльність ЗМІ, регулювання характеру інформаційної сфери набуває особливої актуальності. Адже демократична держава – це не вседозволеність преси, прикрита гаслами плюралізму думок, ідеологій, релігій, світоглядів, а розумні межі і форми державного втручання у діяльність засобів масової інформації. Основним регулятором цих відносин має бути закон.

Отже, проблема цензури не є простою і однозначною. З одного боку, цензура як державний контроль за змістом друкова-

них видань і т. п. неприпустима в демократичному суспільстві. З іншого боку, цензура в різних формах існування (державна, партійна, військова) певною мірою є і буде присутня в усіх країнах. Адже інформація є одним із найважливіших інструментів управління суспільством, а певна її частина складає таємницю, наявність якої вже є об'єктивною умовою існування цензури.

Розглядаючи структуру «влада – преса – суспільство» ми бачимо, що важливе місце в ній займає цензура, яка виконує стабілізуючу, захисну, стимулюючу та інші функції, які в кожну епоху наповнюються специфічним змістом. Визначальним фактором тут виступає співвідношення влади і суспільної думки. У даному контексті – це здатність і можливість суб'єкта, тобто держави, здійснювати свій вплив на різні об'єкти – поведінку людей, соціальні процеси, засоби масової інформації. В історії ще не було держави без певного цензурного режиму і його організації в тій чи іншій мірі. Історія світової й вітчизняної цензури свідчить, що вона є необхідним атрибутом держави, того чи іншого типу влади.

Суб'єктивними витоками цензури є протиріччя та конфлікти процесу спілкування людей, самого соціального середовища. Зіткнення різних інтересів веде до критики світоглядів, поглядів, позицій, до їх заперечення, до незадоволення і т.п. Все це ставить обмеження свободи слова, для того, щоб суспільство було керованим і могло далі еволюціонувати.

Право людини на інформацію та свободу слова закріплені у Загальній Декларації прав людини, Міжнародному Пакті про громадянські та політичні права, Європейській Конвенції з прав людини, ратифікованих Україною. У нашій державі приймаються закони, покликані забезпечити це, зокрема: «Про інформацію» (1992), «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» (1992), «Про інформаційні агентства» (1995), «Про телебачення і радіомовлення» (1993), «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі і гідності та ділової репутації громадян та організацій» (1993), «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації (1998), «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» (1998), «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення

України» (1997), «Про внесення змін до закону України «Про Національний архівний фонд і архівні установи» (2001). Точаться дискусії навколо закону «Про публічну інформацію».

Конституція України, зокрема, гарантує кожному її громадянину право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, на вільне збирання, використання та поширення інформації. Наголошується на тому, що в нашій державі цензура заборонена. Цензура, як контроль за ідеологічним змістом передач, забороняється і статтею 6 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Стаття 2 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» забороняє «створення та фінансування державних органів, установ, організацій або посад для цензури масової інформації».

Отже в Україні створено значну за обсягом нормативну базу, яка повинна гарантувати свободу слова. Однак недостатньо лише проголосити право людини на свободу світогляду на найвищому законодавчому рівні. Необхідно забезпечити його реальною системою гарантій. В умовах актуалізації формування спільної ідентичності громадян України, активізації глобалізаційних процесів у світі проблема впливу ЗМІ на процес національної самоідентифікації громадян нашої держави вимагає особливої уваги, а її наукове осмислення і конструктивне вирішення диктується потребами подальшого розвитку української державності.

ШЕСТАК Станіслав Валентинович,
кандидат юридичних наук,
заступник декана факультету права
та соціального управління
Донецького державного університету управління

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ НЕДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ НАД ДІЯЛЬНІСТЮ ПОЛІЦІЇ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ (НА ПРИКЛАДІ АНГЛІЇ)

Актуальність тематики статті зумовлена активізацією демократичних перетворень, які здійснюються в українському суспільстві останнім часом. Невід'ємною їх складовою є рефор-

мування правоохоронної системи, в якій органи внутрішніх справ є найбільш чисельним формуванням з широким спектром дії.

Реформуючи вітчизняні органи охорони правопорядку, необхідно звернути увагу на відповідний досвід в даній сфері, який вже отриманий в такій зарубіжній високорозвиненій країні англо-американської сім'ї правових систем як Великобританія.

Метою статті є аналіз найважливіших аспектів здійснення недержавного контролю над органами поліції в Англії.

Науковим дослідженням питань, що стосуються здійснення недержавного контролю над органами охорони правопорядку займалися В.М. Гаращук, С.Ф. Денисюк, Н.М. Матюхіна, О.І. Сушинський, Б. Д. Тейлор, Д. Бейлі, Т. Джонс, В. Льюіс та ін.

Англійська юридична теорія і практика наполягає на необхідності комплексного контролю за діяльністю органів охорони правопорядку. Свідченням цього є доктринальне розроблення категорії «підзвітність» (англ. – «accountability»).

В Англії перший досвід здійснення організованого недержавного контролю над поліцією в середині XX століття характеризувався станом ворожості між контролюючими та підконтрольними суб'єктами. Чисельні неурядові організації сприймали поліцію в якості потенційного порушника прав людини, що захищає інтереси заможної частини суспільства.

Сьогодні ситуація кардинально змінилася на краще і поліція розглядається широкими верствами населення Великобританії перш за все, як інституція неупередженого захисту прав, свобод і законних інтересів людини.

У Великобританії система управління поліцією є децентралізованою і має регіонально-секторальний характер.

Поліцейські управління відповідають за підтримання результативності діяльності поліцейських служб регіону, визначення місцевих пріоритетів функціонування поліції, розробляють форми взаємодії з громадськістю [1, с. 141]. Після прийняття Закону 1994 року «Про поліцію та суди магістратів», Поліцейські управління перетворилися на самостійні органи влади [2, с. 622].

Розвиненості недержавного контролю за діяльністю поліції у Великобританії сприяв той факт, що поліцейська система Англії формувалася з «добровільних асоціацій сусідів».

В Англії на сьогодні деякі керівні пости у поліції можуть займати не лише кадрові офіцери (на зразок нашого атестовано-

го складу), а й цивільні особи (судді, адвокати, вчені, юристи, управлінці). Це не лише забезпечує збереження демократичного балансу між інтересами поліцейського відомства та громадянським суспільством, але й сприяє постійному розвитку, респектабельності та високому авторитету поліції в суспільстві [3, с. 27]. Що стосується використання добровольців, то у Великобританії – це служба спеціальних констеблів.

У 2002 році у Англії набув чинності Закон «Про реформу поліції» який передбачив створення незалежних громадських формувань для розгляду скарг на поліцію та створення загальнонаціональної Незалежної комісії по скаргам на поліцію (далі - Комісія) [1, с. 147]. Комісія повністю незалежна від поліції, зацікавлених груп, політичних партій та держави. Вона контролює всю систему скарг, пов'язаних з діяльністю поліції, на свій розсуд здійснює керівництво або нагляд за поліцейським розслідуванням будь-якої справи, а у найбільш серйозних випадках проводить власне незалежне розслідування.

Поряд зі звичайним громадським у Великобританії існує ще одна форма недержавного контролю за діяльністю поліції, яка отримала назву «непрофесійного контролю».

Окрім означеного вище, в Англії останнім часом зріс обсяг доступної населенню інформації про роботу поліції, що сприяло створенню атмосфери прозорості і відкритості діяльності поліцейського апарату для суспільства. Більшість поліцейських служб розсилають населенню громади інформаційні бюлетені про напрямки і результати своєї роботи, створюють спеціальні Інтернет-ресурси, які містять інформацію про особливості їхньої роботи. Всі служби складають щорічний звіт про свою роботу, доступ до якого відкритий широким колам громадськості для ознайомлення.

Підсумовуючи особливості здійснення недержавного контролю над діяльністю поліції в Англії, важливо наголосити на наступному:

В Англії недержавний контроль за функціонуванням поліцейської організації має різноманітні організаційно-правові форми, які довели свою ефективність. Недержавний контроль над поліцією в Англії спрямований не лише на пошук недоліків в роботі поліції, а й на створення дієвих гарантій захисту прав самих поліцейських. Саме ця обставина обумовлює необхідність ретельного вивчення результатів контролюючої діяльності над

поліцейською організацією з боку інститутів громадянського суспільства з метою перспективного впровадження позитивного досвіду в практику взаємодії суспільства і міліції в Україні.

---

1. Чистякова Ю. Реформирование полиции в Великобритании // Реформа правоохранительных органов: преодоление произвола: Матлы исследовательского проекта «Произвол правоохранительных органов: практики и первопричины». – М.: Демос, 2005. – С.141-160.

2. Jones T. The Governance and Accountability of Policing // Handbook of Policing / Ed. by T. Newburn. – Collumpton: Willan Publishing, 2003. – P. 603–627.

3. Ежевский Д.О. Британская муниципальная полиция в системе органов государства и местного самоуправления // Право и политика. – 2005. – № 6. – С. 8 – 31.

ЧЕРЕДНИК Роман Вікторович,
здобувач кафедри теорії держави і права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
помічник Світловодського міжрайонного прокурора
Прокуратури Кіровоградської області

СПОРТИВНИЙ КОДЕКС ФРАНЦІЇ, ЗАКОНОДАВСТВО РОСІЇ ТА УКРАЇНИ У СФЕРІ СПОРТУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Спортивний кодекс Франції є комплексним нормативно-правовим актом, що детально регулює різноманітні аспекти правового статусу суб'єктів спортивних правовідносин, спортивної підготовки і освіти у галузі фізичної культури і спорту, захисту здоров'я спортсменів і протидії вживанню допінгу, організації занять спортом, зобов'язань пов'язаних із спортивною діяльністю, правопорушень в галузі спорту і відповідальності за їх вчинення. Спортивний кодекс Франції має міжгалузевий характер і включає норми, які відносяться до конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, трудового та фінансового права [1], тоді як Закон України «Про фізичну культуру і спорт» [2] містить велику кількість статей, які відсилають до галузевого законодавства чи підзаконних актів. У свою чергу, закон Російської Федерації «Про фізичну культуру і спорт в Російській Федерації» [3] встановлює правові, організаційні еко-

номічні та соціальні основи діяльності фізкультурно-спортивних організацій, визначає принципи державної політики в галузі фізичної культури і спорту в Російській Федерації і олімпійського руху Росії, але залишає поза увагою питання що стосуються правового статусу тренерів, менеджерів, організаторів спортивного бізнесу тощо.

Проводячи паралель між українським та французьким спортивним, підкреслимо, що відсутність єдиного систематизованого акту в цієї сфері в Україні, робить неможливим створення дієвої моделі правового регулювання. Закон України «Про фізичну культуру і спорт» визначає основні принципи державної політики у сфері спорту. При цьому, для українського законодавства у сфері спорту характерна відсутність конкретики і цілісності. Прикладом тому є сама розмитість, запропонованого законодавцем, поняття «спорт», без виділення параолімпійського та дефолімпійського спорту.

У тексті закону «Про фізичну культуру і спорт в Російській Федерації», як і в українському праві, надано розмите поняття «професійний спорт». Законодавець для того щоб уникнути колізії з дотаціями професійним атлетам і клубам з федерального і місцевих бюджетів, не відносить його до професійної діяльності. У свою чергу, Спортивний кодекс Франції практично позбавлений властивих багатьом вітчизняним нормативним актам в цій сфері декларативності і невизначеності, складається з чітких правових розпоряджень, пропонуючи механізм їх реалізації. Спортивним кодексом Франції регламентовано здійснення нагляду за освітньою діяльністю у сфері спорту, що в українському і російському законодавстві взагалі залишене без уваги. Положення Спортивного кодексу Франції детально регулюють питання, що пов'язані з протидією допінгу, передбачена дисциплінарна, адміністративна та кримінальна відповідальність залежно від вживання допінгу або його поширення. У відмінності від законодавства Франції, Закон РФ «Про фізичну культуру і спорт» має низку суперечливих аспектів. Окрім констатації загальних прав і гарантій громадянам в області фізкультури і спорту, в принципі №9 законодавцем згадується про допінг, водночас в ст.2, що надає тлумачення понять, котрі використовуються в законі, категорія такого роду не визначена зовсім. Основи протидії допінгу в українському законодавстві викладе-

ні в Законі України «Про антидопінговий контроль в спорті» [4], відповідно до положень якого, на території України організація та здійснення антидопінгового контролю в спорті проводиться із дотриманням вимог антидопінгового Кодексу Олімпійського руху і покладається на Національний антидопінговий центр з лабораторією антидопінгового контролю в його складі, що створюється Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до норм українського законодавства, зокрема Закону України «Про фізичну культуру і спорт» державне управління фізичною культурою і спортом здійснюється центральним органом виконавчої влади у сфері фізичної культури і спорту, проте на які саме органи місцевого самоврядування покладені ці обов'язки, не вказано. Крім того, не передбачений механізм взаємодії між центральними органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування.

Законодавство Російської Федерації у сфері спорту відрізняється низкою заходів, що визначають фінансування та зобов'язують підтримувати фізкультурно-спортивну галузь. Адже зобов'язання по фінансуванню та підтримці фізкультури і спорту, які раніше покладалися на державу, у наш час в значній мірі передаються у ведення уряду. Формально визначені у вищезгаданому законі положення, що стосуються спорту вищих досягнень, оскільки зі всього необхідного механізму виділено лише питання про формування збірних команд країни по різноманітним видам спорту.

На основі аналізу французького спортивного законодавства в його порівнянні із законодавством України і Російської Федерації, слід відразу ж відмовитися від передчасних висновків про можливість запозичення норм Спортивного кодексу Франції в незмінному вигляді. При цьому, досвід Франції, в частині кодифікації законодавства про спорт, може бути особливо корисним для України та Російської Федерації з точки зору організаційно-правових форм участі держави в процесі систематизації законодавства у сфері спорту і потребує подальшого ретельного і всебічного дослідження.

---

1. Code du sport. Edition 2008. – Paris: Litec, 2008. – 1023 p.
2. Закон України «Про фізичну культуру і спорт» від 24.12.1993 // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 4.

3. Федеральный закон Российской Федерации от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «Про физическую культуру и спорт в Российской Федерации» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.garant.ru/12157560/ Дата доступу: 13.03.2012.

4. Закон України «Про антидопінговий контроль у спорті» // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 23. – ст. 112.

КІТ Христина Ігорівна,
аспірантка кафедри адміністративного
та фінансового права
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ПІДГОТОВЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА КОДЕКСОМ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ ТА ФРН

Адміністративне судочинство України і Федеративної Республіки Німеччини має багато спільних ознак. Це зумовлено тим, що впровадження адміністративного судочинства в Україні відбувалося і надалі відбувається на основі багаторічної співпраці фахівців у галузі адміністративного судочинства України та Німеччини. Тому, зміст, мета та порядок проведення підготовчого провадження в адміністративному процесі України є подібними до порядку проведення підготовчого провадження у адміністративному процесі ФРН. Однак на відміну від адміністративного судочинства в Україні адміністративний процес ФРН почав формуватися ще з другої половини XIX століття. Україна використала позитивний досвід Німеччини, але адміністративне судочинство України має певні особливості.

Вітчизняні науковці у багатьох працях приділяли увагу досвіду Німеччини у сфері адміністративного судочинства, а саме Р. Куйбіда, А. Школик, І. Коліушко, О. Пасенюк, Г. Рижков та інші. Проте детальний порівняльно-правовий аналіз стадії підготовчого провадження за Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України) та Кодексом адміністративного судочинства Федеративної Республіки Німеччини (далі – КАС ФРН) науковцями не проводився.

Підготовче провадження слід розглядати як одну із важливих стадій адміністративного процесу, за законодавством як України так Федеративної Республіки Німеччини. Від порядку проведення підготовчого провадження залежить ефективність вирішення судом адміністративної справи.

Відповідно до КАС України (далі – КАС України) метою підготовчого провадження є вжиття заходів для всебічного та об'єктивного розгляду і вирішення справи в одному судовому засіданні протягом розумного строку [2]. Аналізуючи норми КАС ФРН можна зробити висновок, що основною метою підготовчого провадження, порядок проведення якого регулюється параграфом 87 КАС ФРН, є вжиття заходів для вирішення справи у одному судовому засіданні. Головуючий чи суддя-доповідач ще до усного розгляду віддає усі розпорядження, необхідні для того, щоби вирішити спір за одне судове засідання по розгляду справи [1, с. 143].

На стадії підготовчого провадження суд може вчиняти низку процесуальних дій, перелік яких є вичерпним і передбачений як у КАС України так і у КАС ФРН.

Стадія підготовчого провадження є обов'язковою стадією адміністративного процесу України та ФРН. На цій стадії справа може завершитися вирішенням спору по суті, шляхом примиренням, як це передбачено КАС України або шляхом укладенням мирової угоди, як це передбачено КАС ФРН.

Стадія підготовчого провадження завершується прийняттям відповідних процесуальних актів вичерпний перелік, яких передбачений КАС України та КАС ФРН.

Незважаючи на велику кількість спільних ознак у цій стадії адміністративного процесу України та Німеччини, все ж КАС України містить низку прогалин, на які варто звернути увагу і перейняти досвід ФРН щодо їх подолання.

КАС України виключає можливість подання зустрічного позову, що стало підставою для численних дискусій серед науковців та юристів практиків.

У КАС України не передбачено інституту зустрічного позову, хоча в проекті положення про нього були. Однак на учасників робочої групи вплинув аргумент про те, що зустрічний позов у справах, коли особа просить захисту в адміністративному суді від органу влади, спотворював би ідею адміністративної

юстиції. Тому більшість із них вирішила відмовитися від цього інституту взагалі [3, с. 499].

У параграфі 89 КАС ФРН, передбачено подання зустрічного позову, за винятком справ за позовами про визнання адміністративного акту недійсним або про присудження адміністративного органу до видання адміністративного акту, а також коли на розгляд позову у зв'язку з зустрічною вимогою компетентним є інший суд. У всіх інших видах позовів, перелік яких не є вичерпним, КАС ФРН передбачає подання зустрічного позову.

За КАС України відповідач має можливість скористатися правом на подання позову у загальному порядку і клопотати суд про об'єднання цих позовів у одне провадження. Проте це призводить до значного затягування судового розгляду справи і не сприяє вирішенню справи у одному судовому засіданні протягом розумного строку. На нашу думку все ж таки доцільно передбачити у КАС України право на подання зустрічного позову.

Підготовче провадження є самостійною стадією адміністративного процесу, яка має спеціальну мету та завдання, характеризується певних колом учасників процесу та процесуальними діями, які вчиняються учасниками адміністративного процесу на даній стадії. У випадку досягнення сторонам примирення на попередньому судовому засіданні, підготовче провадження може бути завершальною стадією адміністративного процесу.

Від належного проведення усіх процесуальних дій на стадії підготовчого провадження з дотриманням усіх принципів адміністративного процесу залежить подальший рух справи, справедливість та законність судового рішення, а також досягнення основного завдання адміністративного судочинства.

---

1. Адміністративні процедури і адміністративне судочинство в Німеччині: зб. мат-лів № 2. – К.: Німецький Фонд міжнар. правового співробітництва, 2009. – 180 с.

2. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 35-36, 37.

3. Кодекс адміністративного судочинства України: Наук.-практ. комент. / За заг. ред. Р.О. Куйбіди. – 3-тє вид., допов. – К.: Юстініан, 2009. – 976 с.

4. Kopp F.O. Verwaltungsgerichtsordnung. – 12., neubearb. Aufl. – München: Beck, 2000.

КРОХИНА Юлия Александровна,
доктор юридических наук, профессор,
заместитель директора Государственного НИИ
системного анализа Счетной палаты,
заведующая кафедрой правовых дисциплин
Высшей школы государственного аудита (факультета)
Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова

ВЛИЯНИЕ ПОЗИЦИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА НА ФИНАНСОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИИ

30 апреля 2010 года в России был принят Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее – Закон о компенсациях).

В последние несколько лет Европейский суд по правам человека вынес большое количество решений против государства России в связи с нарушением разумных сроков рассмотрения различных категорий дел российскими судами, что, свидетельствует о низкой эффективности механизма судебной защиты прав в целом.

В условиях постоянного роста числа дел, вытекающих из уголовных, гражданских и административных правоотношений, в 2007 г. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях» впервые признал, что обобщение судебной практики о своевременности судебного разбирательства показало неуклонное увеличение дел на протяжении последних лет, рассмотренных судами с нарушением сроков.

Многократное повторение подобных нарушений явилось причиной принятия в отношении Российской Федерации первого «пилотного постановления» – Европейский суд рассмотрел дело «Бурдов против России» № 2 (ранее жалоба этого гражданина разбиралась в Страсбурге 07.05.2002 г. [1]). Постановлением от 15.01.2009 г. Суд признал, что государство-ответчик обязано не только выплатить человеку компенсацию за попрание

его свобод и прав, но и «принять меры общего характера», с тем чтобы в национальной правовой практике положить конец нарушению разумных сроков судопроизводства [2]. Ранее в национальной правовой системе Конституционным Судом Российской Федерации указывалось на необходимость создания компенсационных механизмов защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок [3].

Во исполнение вышеназванных предписаний Европейского Суда по правам человека и был принят Закон о компенсации.

Рассмотрим некоторые проблемы применения Закона. Согласно ч. 4 ст. 4 Закона о компенсации решение по делам о присуждении компенсации подлежит немедленному исполнению. В то же время согласно ч. 1 ст. 5 этого Закона такие решения исполняются в трехмесячный срок. В соответствии с Бюджетным кодексом Российской Федерации установлен так же трехмесячный срок для исполнения судебных актов по искам к Российской Федерации. Тем самым, установление срока исполнения решения привело к декларативности положения о немедленном исполнении судебного акта о компенсации.

Следующий вопрос, на который следует обратить внимание при применении Закона о компенсации. Согласно ч. 2 ст. 1 Закона о компенсации, компенсация не присуждается, если длительность судопроизводства по делу или исполнения судебного акта вызвана исключительно действиями заявителя либо чрезвычайными и непредотвратимыми при данных условиях обстоятельствами (непреодолимой силой. Однако относительно действий заявителя нет разъяснений, какие действия заявителя следует расценивать как направленные на задержку судопроизводства по делу, что на практике будет способствовать дальнейшему злоупотреблению правом и влечь необоснованные компенсационные выплаты за счет средств бюджета.

Возможно предложить некоторые способы оптимизации расходов федерального бюджета на эти цели.

Наиболее сложный вопрос – определение размера компенсации, подлежащей выплате лицу, чье право на суд в разумный срок было нарушено. Как предписывает Закон о компенсации, суд должен учитывать в совокупности два фактора. Во-первых, размер компенсации должен определяться судом с учетом тре-

бований лица, обратившегося в суд с заявлением, обстоятельств дела или производства по исполнению судебного акта, продолжительности нарушения, наступивших вследствие этого нарушения последствий, их значимости для лица, обратившегося в суд с заявлением о присуждении компенсации. При определении размера присуждаемой компенсации суду следует также учитывать практику Европейского Суда по правам человека, размер сумм компенсаций вреда, присуждаемых этим Судом за аналогичные нарушения в Российской Федерации.

Следующим способом оптимизации бюджетных расходов на компенсационные выплаты может стать распространение гарантии соблюдения разумного срока в арбитражном процессе не только на стадии судебного разбирательства и исполнения принятых судебных актов, но и на обязательные в силу закона досудебные процедуры урегулирования спора в государственных (в частности, административных) органах. В частности, в соответствии с практикой Европейского суда государство отвечает за необоснованную (вышедшую за пределы разумности) длительность разбирательства спора о правах, подлежащих судебной защите, если она была вызвана действиями государственных органов.

Отмеченные проблемы свидетельствуют о необходимости дальнейшего совершенствования механизма реализации Закона о компенсации и выработки единства отечественной судебной практики, чтобы сократить рост жалоб граждан в Европейский суд по правам человека и оптимизировать финансовое законодательство.

---

1. Постановление ЕСПЧ от 07.05.2002 г. по делу «Бурдов против Российской Федерации» // Российская газета. – 4 июля 2002.

2. Постановление ЕСПЧ от 15.01.2009 г. по делу «Бурдов против Российской Федерации № 2» // Российская хроника Европейского суда. Приложение к Бюллетеню Европейского суда по правам человека. Специальный выпуск. - 2009. - № 4. - С. 79-106.

3. Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2008 г. № 734-О-П «По жалобе гражданки В. на нарушение ее конституционных прав статьей 151 Гражданского кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Сайт «Консультант плюс». – Режим доступа: www.consultant.ru

ALEKSANDROVA Valentina,
Doctor of Law, Associate Professor,
Department of Public Law and Public Management,
South-Western University «Neofit Rilski» (Blagoevgrad)

THE NEW FINANCIAL REGULATIONS IN THE EUROPEAN UNION AND REPUBLIC OF BULGARIA

Issues of change in the type of regulation of the financial system since the raging financial crisis stake for the world community with particular acuity. In the core of the disputes on the «Now what «question stands a discussion for the new type of regulation of financial markets which failed because of the operating model. While trying to find a response to these questions member states of the European Union (EU) have taken urgent measures to achieve financial stability. This exhibition aims to present the results of a study on the new financial regulation in the EU and their implementation in the domestic law of Republic of Bulgaria.

Financial regulation is a form of regulation or supervision, which subjects financial institutions to certain requirements, restrictions and guidelines in order to preserve the integrity of the financial system. Financial institutions operate in a highly regulated environment, as they are critical points of the economy. Regulatory bodies in EU member states vary, but typically they include prudential regulation, consumer protection and market stability. Some EU countries have a consolidated supervisor, while others have separate regulators for different types of institutions such as banks, insurance companies and brokers. Financial regulation includes: general principles of bank regulation, minimum requirements, supervisory review, market discipline, financial reporting and disclosure requirements.

Typical for government regulation and supervision of the financial activities in the EU is that of state structures with responsibility of setting the general framework of the business of banking, insurance and investment markets and in some cases to introduce mandatory regulations.

Supervision on the activities of financial institutions is aimed to ensure their financial stability. Measures, taken by the EU

member states, to tackle with the financial crisis are expressed in the following:

1. On May 9, 2010, member states agreed to conclude a European Financial Stability Facility /EFSF/. Its mandate is to ensure financial stability in the EU by providing financial assistance to member states. EFSF allowed the use of the following tools related to appropriate conditions: to provide loans to countries in financial difficulties, to carry out interventions in primary and secondary debt markets; intervention in the secondary debt markets will only be based on an analysis of the European Central Bank which recognizes the existence of an extraordinary financial market conditions and risks to financial stability; to act upon a safety program; to finance the recapitalization of financial institutions through loans to governments.

2. Establishment of the European System of Financial Supervision. This system includes all national banks and supervising authorities of non-bank financial sector, European Banking Authority, European Securities and Markets Authority, European Insurance and Occupational Pensions Authorities and European Systemic Risk Board. Each one of them may issue legally binding decisions effect to the competent authorities in different member states to ensure compliance with EU regulations and dispute resolution between national authorities and in case of crisis situation at EU level.

3. In March 2012 The European Supervisory Authorities (ESAs) published a joint discussion paper on the draft regulatory technical standards referred to in Regulation for reducing the risk for non – exchange traded derivatives (OTC), central counterparties (CCPs) and trade repositories. The ESAs encourage market participants and all interested parties to submit their view on planned technical standards covering the techniques for reducing the risk for OTC derivatives which are not made clearing through CCPs.

What happened in the Republic of Bulgaria?

Financial supervision in the country is performed by a single regulatory authority – the Financial Supervision Commission (FSC), established in 2003. In the end of 2009 it was found that there is a fragmented and inadequate supervision in the non- bank financial sector in terms of financial crisis, increased risks for financial markets so called cross border contagion, and a sharp

drop in confidence in financial institutions, which poses a potential threat to system stability and protection of the rights and interests of citizens. The legal framework of the activities of FSC is in contradiction with the development of supervisory processes at European level and the consensus reached by the leaders of the G20 for stronger regulation of financial markets. Therefore, in the period 2009–2012 were accepted amendments to the Law on Financial Supervision Commission, which are associated with changes in European legislation concerning the institutional framework of the European System of Financial Supervision and powers of the European Supervisory Authorities and the European Systemic Risk Board.

To ensure the effective functioning of the ESAs and to achieve maximum consistency in the actions of the competent authorities in member states was proposed a bill to transpose Directive 2010/78/ES; it introduces the general obligation of the Financial Supervision Commission to cooperate and provide information from national supervisory authority to the European Commission, ESAs and European Systematic Risk Board.

Amendments were accepted in the Insurance Code, the Health Insurance Act, the Social Security Code, The Public Offering of Securities Act, The Markets in Financial Instruments Act, the Law Against Market Abuse in the Trading of Financial Instruments. The amendments in these laws introduce procedures to be followed when the Commission and supervisory authority of a member state do not agree on a solution of procedural matter or a matter of substance in the application of an act of European law.

It is yet to be evaluated and analyzed how the emergency introduced legislative and regulatory measures ensure adequate and competent supervision, financial stability and transparent financial market. But with no doubt there is a tendency that the behavior of the Bulgarian regulator is changing and it results in the clearly stated position of The Financial Supervision Commission in regards to the use of funds from the Silver Fund and potential risks to the Bulgarian economy, as well as the position of the FSC for the forthcoming payments on foreign debt, possible effects and potential risks to financial stability, adopted at a meeting held on 07.03.2012. Something that had not only previously never happened, but it was unthinkable.

СЕМЧИК Ольга Олександрівна,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу
конституційного права та місцевого самоврядування
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕТОД У ДОСЛІДЖЕННІ КЛЮЧОВИХ ПОНЯТЬ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

На сучасному етапі розвитку фінансово-правових досліджень чільне місце у правовій літературі відводиться аналізу особливостей розвитку основоположних понять та категорій, які напрацьовуються як у процесі правозастосовної діяльності, так і привертають увагу науковців означеної галузі права. Змістовні характеристики правових понять з плином часу і ускладненням відносин, що потребують нормативно-правового визначення, видозмінюються, але за внутрішнім змістом по суті ці поняття складають основу правового регулювання.

Коло фінансових відносин з моменту проголошення незалежності України поступово розширюється під впливом появи нових потреб у регулюванні економічних відносин, і особливо зважаючи на появу євроінтеграційної складової у розвитку сучасного законодавства. Крім того, спостерігаються зміни методів впливу на суб'єктів фінансових відносин, а тому, можна констатувати, що аналіз правових понять набуває все більшого значення з точки зору формування ключових концепцій фінансово-правової науки та вироблення логічно вивірених методологічних підходів до їх вивчення.

Юридична наука намагається надати відповіді на ключові питання співвідношення основних понять права виходячи із тих гносеологічних, методологічних, онтологічних і аксіологічних принципів і засад, які лежать ц її фундаменті. Саме тому, визначення місця та значення права у суспільній системі лежить у площині застосування конкретних підходів до праворозуміння [1, с. 88].

Різні аспекти застосування правових понять сьогодні розглядаються в роботах вчених-дослідників і набувають більшої

актуалізації зважаючи на потребу у використанні одноманітних способів тлумачення правових категорій з боку суб'єктів, які безпосередньо виступають суб'єктами правореалізації. Певні аспекти теоретичного аналізу правових понять фінансового права розглядаються в працях таких відомих представників фінансово-правової науки: Воронова Л.К., Воротіна Н.В., Дьомин А.В., Дмитрик О. О., Заверуха І.Б., Кучерявенко М.П., Лукашев А.О., Нечай А.А., Музика-Стефанчук О.А., Пришва Н.П., Самсин І.Л., Смірнов Д.А., Тимофеєв І.А., Старіков Ю.В. та ін.

Характерно, що хід розвитку системи сучасного права особливо торкнувся саме фінансового права: його роль у порівнянні з періодом планово-адміністративної економіки як галузі права значно зросла при значному розширенні врегульованих нормами цієї галузі суспільних відносин і збільшенні обсягу нормативно-правового матеріалу, що увійшов до неї [2, с. 175]. Правове регулювання фінансових відносин полягає у створенні нормативно-правової основи, яка забезпечує регламентацію поведінки суб'єктів фінансових відносин. Завдяки створенню цілісної системи правових понять найбільш повно забезпечується реалізація прав та законних інтересів суб'єктів фінансових відносин.

Кризові явища, які торкнулися фінансових систем різних країн світу були суттєво відчутними і для економіки нашої держави, що, у кінцевому підсумку, сприяло видозміні специфіки фінансово-правового регулювання конкретних видів фінансових відносин. Протиріччя, які дуже часто виникають через різні підходи до тлумачення аналогічних правових понять у різних галузях права потребують застосування системних методологічних підходів до їх усунення зважаючи на вимоги сьогодення. Одним із напрямів удосконалення механізму фінансово-правового регулювання є застосування порівняльно-правового методу у наукових розробках. Зокрема, це стосується виявлення особливостей таких ключових для фінансового права понять як публічні фінанси, публічні доходи, публічні видатки, публічна фінансова діяльність, фінансові зобов'язання, фінансово-правовий договір, примус у фінансовому праві, фінансова система тощо. Порівняльне правознавство, як відзначає О.В. Кресін, є «надзвичайно методологічно насиченою наукою, яка здатна сприяти загальному методологічному оновленню, подоланню методологічної

кризи у правознавстві та соціогуманітарних науках загалом» [3, с. 151]. Розглядаючи застосування методу порівняльного правознавства при вивченні ключових понять фінансового права, необхідно зауважити наступне. Наукові дослідження останнього часу все частіше у своїй структурі містять розділи, присвячені аналізу правового регулювання конкретних фінансових відносин у певних країнах світу, найчастіше аналізується досвід європейських держав. Однак, при всьому позитиві від з'ясування тих чи інших особливостей фінансово-правового регулювання конкретних видів суспільних відносин, поза увагою дослідників залишається саме методологічна складова здійснюваного наукового пошуку.

Методологія є сукупністю певного інструментарію осмислення конкретних проблем із виведенням їх на рівень певного узагальнення з метою виявлення конкретних способів систематизації знань щодо предмету пізнання та з'ясування можливих шляхів для вдосконалення тієї правової матерії, яка є предметом наукового дослідження. Кінцевою метою методологічного забезпечення наукових досліджень є пізнання істини, формування певної системи знань щодо предмету вивчення [4, с. 2]. Саме тому при застосуванні порівняльно-правового методу мають досліджуватися не тільки особливості регулювання конкретних правових явищ у обраних дослідником країнах, а також і взаємозв'язок ключових категорій фінансово-правового регулювання, що дозволяє говорити про зближення національних правових систем та надає можливість ефективно досліджувати наднаціональні тенденції розвитку фінансового права.

Удосконалення фінансового законодавства сьогодні вимагає більш ретельного вивчення зарубіжного досвіду та досвіду наднаціональних утворень у регулюванні фінансових відносин. В Україні давно назріла потреба у вирішенні проблемних аспектів застосування міжнародних стандартів у сфері регулювання фінансових відносин, в т.ч. реалізації принципів фінансової автономії місцевої влади та відповідно втілення у життя норм Європейської хартії місцевого самоврядування та Утрехтської декларації Європейської конференції міністрів, відповідальних за місцеве регіональне врядування.

В умовах тісної взаємодії у різних сферах суспільного життя країн, у яких законодавство може значно різнитися за своїми

національними особливостями, підґрунтям для більш глибокого та системного розуміння процесів, що об'єктивно мають місце при ускладненні суспільних відносин, застосування методу порівняльно-правових досліджень може стати основою для визначення основних об'єднуючих підходів до характеристики ключових понять фінансового права. В ідеалі правове регулювання фінансових відносин має передбачити та створити умови для реалізації основоположних принципів, на яких засновується діяльність у галузі публічних фінансів.

Використання порівняльно-правового методу у фінансово-правових дослідженнях безперечно дозволить у разі порівняння українського законодавства із законодавством іноземних держав виявити позитивні напрацювання у галузі вдосконалення системи управління публічними фінансами та дозволяє перейняти досвід країн, які пройшли схожий з Україною шлях становлення власної державності. Крім того, порівняння національного законодавства із міжнародним законодавством, нормами якого врегульовуються фінансові відносини дозволяє вести мову про ефективність процесу систематизації та уніфікації вітчизняного законодавства у означеній сфері. Здійснення фінансово-правових досліджень із застосуванням порівняльного аналізу фінансового законодавства сучасності та нормативно-правових актів, що діяли раніше дозволяє реалізовувати прогностичну функцію із застосуванням ретроспективного огляду з метою удосконалення правового регулювання, враховуючи помилки минулого.

---

1. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Співвідношення та межі. – К.: К.І.С., 2011. – 344 с.

2. Химичева Н.И. Вопросы развития современного российского финансового законодательства в аспектах его содержания и форм / Очерки финансово-правовой науки современности: монография / под общ. ред. Л. К. Вороновой и Н. И. Химичевой. – Москва; Харьков: Право, 2011. – С. 171–186.

3. Кресін О.В. Науковий та ціннісний потенціал порівняльного правознавства // Європейське право та порівняльне правознавство: Зб. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка, О.В. Кресіна. – Київ; Шамборі: Логос, 2010. – С. 150–157.

4. Селюков А.Д. Вопросы методологии в теории финансового права // Современная теория финансового права: Мат-лы науч.-практ. конф. – М.: Российская академия правосудия, 2010. – С. 2–9.

АНТОНЕНКО Владислав Володимирович,
здобувач Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

РОЗГЛЯД ТА ЗАТВЕРДЖЕННЯ БЮДЖЕТУ В НІМЕЧЧИНІ ТА УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Виважений і послідовний курс України на європейську інтеграцію та необхідність оздоровлення фінансової системи висувають перед нашою державою вимоги щодо вдосконалення норм бюджетного законодавства, що мають відповідати міжнародним нормам і найкращим зразкам європейської нормотворчості. За цих умов актуально акцентувати увагу на порівняльних дослідженнях бюджетного процесу, зокрема, на вивченні досвіду Німеччини у даній сфері. Отже, метою дослідження є порівняння процедури розгляду та затвердження бюджету в Україні та Німеччині. Порядок розгляду та затвердження бюджету представлений працями українських фахівців: Л.К. Воронової, Н.В. Воротіної, Н.В. Теремцової та ін.

Структурно Парламент Німеччини на відміну від Верховної Ради України відрізняється двопалатною системою законодавчої влади і складається з нижньої палати - Бундестагу та верхньої палати-Бундесрату. Звичайно ж ця обставина не може не впливати на порядок затвердження бюджету, що відрізняє бюджетний процес Німеччини та України.

Прийняття бюджету є суверенним правом парламенту. В Німеччині він спочатку має бути прийнятий Бундестагом, а потім отримати схвалення Бундесрату. В Україні ж єдиним органом, що затверджує бюджет є Верховна Рада України [1].

Як правило, у країнах з двопалатною системою законодавчої влади в першу чергу проект бюджету надходить до нижньої палати законодавчого органу, а потім до вищої. Проте, у Німеччині у серпні федеральний уряд подає проект бюджету на розгляд відразу обом палатам [2]. В Україні Кабінет Міністрів України не пізніше 15 вересня кожного року подає до Верховної Ради України проект закону про Державний бюджет України на наступний рік.

Розгляд бюджету починається в обох палатах вищого законодавчого органу Німеччини одночасно. Після отримання

проекту бюджету Бундесрат повинен, у разі відсутності у нього пропозицій по суттєвій зміні бюджету, в шеститижневий строк надати Бундестагу свої зауваження [3]. Проте, якщо Бундесрат має пропозицію щодо серйозного перегляду або змін бюджету, він зобов'язаний надати свої зауваження Бундестагу у триденний термін після отримання проекту. Перше читання бюджету у парламенті відбувається у вересні, коли Федеральний міністр фінансів робить «бюджетну доповідь», в якій викладено міркування федерального уряду, покладені в основу запропонованого бюджету. Розглянутий Бундестагом проект передається до бюджетного комітету цієї палати для ґрунтовного аналізу і при необхідності ухвалюється рішення про його доопрацювання [4].

На відміну від німецького досвіду, першому читанню бюджету у Верховній Раді України передує представлення проекту закону про Державний бюджет України на наступний рік, що здійснюється Міністром фінансів України на пленарному засіданні Верховної Ради України, яке можна розглядати як додаткове законочитання проекту закону про Державний бюджет. Після завершення розгляду законопроекту в першому читанні ставляться на голосування в цілому висновки та пропозиції до проекту закону про Державний бюджет України на наступний рік.

Порівнюючи німецьке та українське бюджетне законодавство слід зазначити, що у другому читанні при розгляді проекту бюджету ФРН виносяться пропозиції по його різним статтям, проте бюджет вже розглядається як єдине ціле. На розгляд у другому читанні проект бюджету може бути винесеним не раніше ніж через 6 тижнів після направлення по ньому зауважень, висловлених у першому читанні. Друге читання у Бундестазі відбувається лише після ознайомлення із висновками Бундесрату, що мають враховуватись під час подальшого розгляду. У цей період оприлюднюються висновки бюджетної комісії та розглядаються і голосуються всі зміни. Під час другого читання в Бундестагу оприлюднюються висновки бюджетного комітету. Кожна з пропонованих змін має бути розглянута окремо і схвалена чи відкинута шляхом окремого голосування.

У Верховній Раді України під час розгляду в другому читанні проекту закону про Державний бюджет України на наступний рік затверджується загальний обсяг дефіциту (профіциту), доходів

і видатків Державного бюджету України, розмір мінімальної заробітної плати та рівень забезпечення прожиткового мінімуму на наступний бюджетний період, обсяг міжбюджетних трансфертів та інші положення, необхідні для формування місцевих бюджетів.

Третє читання – це розгляд бюджету у цілому, результатом якого є ухвалення бюджету. Після розгляду бюджету Бундестагом, він повторно передається до Бундесрату. У випадку виникнення заперечень у Бундесраті, створюється Узгоджувальна комісія, до складу якої входять у однаковій кількості члени двох палат, яка має виробити компромісне рішення, яке задовольнили б усіх. Запропоновані зміни до проекту бюджету мають голосуватися у Бундестазі. Як це передбачено статтею 77 Конституції ФРН, Бундесрат може висловити заперечення ще раз, причому на цей раз Бундестаг має змогу відкинути їх шляхом голосування при набраній необхідній кількості голосів. Проект стає Законом після схвалення обома палатами, та підписання міністром фінансів, канцлером та президентом [4].

В третьому читанні у відповідності з українським законодавством після доповіді та співдоповіді проводиться голосування пропозицій бюджетного комітету щодо статей проекту закону про Державний бюджет України на наступний рік, які не були прийняті в другому читанні та прийняття проекту закону в цілому.

Таким чином, можна зробити висновок, що реформування українського бюджетного законодавства потребує врахування зарубіжного досвіду для пошуку підходів щодо підвищення ефективності бюджетної політики України. Також слід зазначити, що український бюджетний процес дещо відрізняється від бюджетного процесу Німеччини. Це пов'язане перш за все з двопалатною системою законодавчої влади Німеччини. Крім того, в Україні як унітарній державі складовими бюджету є державний бюджет і місцеві бюджети, а федеративна Німеччина включає державний бюджет і бюджети членів федерації (земель у ФРН).

---

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Зверев А.В. Современное состояние бюджетного процесса в ФРГ // Финансовая аналитика: проблемы и решения. – 2010. – № 1 (25). [Елек-

тронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.finizdat.ru/journal/fa/list.php?SECTION_ID=1886. Дата доступу 28.03.2012.

3. Конституція Федеративної Республіки Німеччини [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gesetze-im- internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf. Дата доступу 28.03.2012.

4. Теремцова Н.В.Правові засади порядку розгляду проекту бюджету в Україні та у країнах із розвиненою економікою (порівняльний аналіз) // Малий і середній бізнес (право, держава, економіка). – 2011. № 1–2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/misb/2011_1-2/Teremcov.pdf. Дата доступу 28.03.2012.

ИСРАИЛОВА Айганыш Мукашевна,
доктор юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой административного
и финансового права
Кыргызско-Российского Славянского университета
(Бишкек)

НАЛОГОВАЯ НЕДИСКРИМИНАЦИЯ КАК ОДИН ИЗ ПРИНЦИПОВ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Актуальность темы обуславливается тем, что развитие налоговой системы Кыргызской Республики в современных условиях характеризуется формированием сравнительно нового подхода к механизму регулирования общественных отношений в государстве, ключевое содержание, которого заключается в том, что большая часть публичных расходов покрывается за счет налоговых поступлений.

В то же время в процессе исторического развития Кыргызстана налоговая политика, пройдя через все этапы становления и формирования, стала неотъемлемой частью современного государственного управления, важнейшим инструментом построения правового государства в рыночных условиях. Тем самым налоги не только формируют финансовые ресурсы для выполнения социальных обязательств, но и являются основной частью целенаправленного перераспределе-

ния национального дохода, выступают активным элементом единого процесса воспроизводства.

Таким образом, сегодня возникла необходимость в коренных преобразованиях в теории и практике налогового права Кыргызской Республики, находящегося в тесной взаимосвязи с инвестиционным законодательством.

Развитие Кыргызстана в последние годы ознаменуется ростом воздействия норм международного налогового права на формирование национального, обусловленного стимулированием различных отраслей народного хозяйства, среди которых мы можем выделить наиболее приоритетные: сфера туризма, легкой пищевой промышленности, строительства, горнодобывающей отрасли. Такой рост, по нашему мнению, связан со значительными изменениями в правовой сущности международного налогового законодательства под влиянием глобальных процессов, происходящих в экономике Кыргызстана. И, несмотря на многие положительные моменты, все еще имеют место негативы, позволяющие деформировать национальную экономику такими факторами, как уход финансовых поступлений в бюджеты иностранных государств, лояльность налогового законодательства, инвестиционных и бюджетных норм в отношении обязательств иностранных инвесторов платить налоги с доходов, полученных в Кыргызской Республике и т. д.

В настоящей статье была предпринята попытка анализа действующего национального налогового и инвестиционного законодательств Кыргызской Республики в рамках применения принципа налоговой недискриминации, что особенно проявляется в отношении к иностранным субъектам.

Несмотря на наличие многих неурегулированных вопросов, позиции налогового законодательства Кыргызской Республики во многом соответствуют нормам международного права, что позволяет расширить международное сотрудничество в области налогообложения, весьма положительным образом, сказывающееся на развитие социально-экономического, правового сектора государственной политики нашей страны.

Находясь в тесной взаимосвязи с международным и национальным законодательством, исследуемый принцип выражает конституционный принцип равного налогового бремени всех

субъектов налоговых правоотношений. Здесь очевидна взаимодополняемость режимов, так как нормы налогового законодательства Кыргызской Республики, также как и конституционные, создают все возможные благоприятные условия для налогового принципа недискриминации, путем законодательно определенного равного налогового бремени, независимо от государственной принадлежности и унификации наиболее существенных элементов налоговых обязательств.

Особого внимания, кроме исследуемых последствий пребывания Кыргызстана в ВТО, требует изучение перспектив вступления в Таможенный союз. Подписание первого документа о создании Таможенного союза приходится на далекие 90-е годы. Однако данное соглашение, подписанное практически всеми государствами СНГ, не заработало, что обосновывается видением всех участников сугубо собственных интересов. Созданный в итоге многолетних переговоров, интеграционных процессов Таможенный союз (далее – ТС) между Россией, Беларусью и Казахстаном, предполагает единое экономическое пространство к 2012 г. На сегодняшний день первый этап формирования правовых основ ТС завершен, и с 1 июля 2010 г. ТС вступил в силу. Влияние законодательств стран-участниц ТС, несомненно высоко, в связи с чем в последнее время не утихают споры по поводу вступления либо невступления Кыргызской Республики в ТС. Наблюдается множество плюсов и минусов, где в такой ситуации ни в коей мере, нельзя принимать поспешных решений. Кыргызстан как член ВТО, думается, должен выступить в качестве наблюдателя, тем более, что вопрос о вступлении Казахстана в члены ВТО также стоит на повестке дня. Преследуя цель минимизации рисков для экономики нашего государства, необходимо реализовать крупные инвестиционные проекты стран ВТО. Думается, что скорое вступление в ТС значительно повысит ставки косвенных налогов, таможенные пошлины. По мнению экспертов, ставка НДС повысится до 17% против существующих 12%, а таможенные тарифы превысят 10% вместо 5,1%. Несомненно, вступать в ТС Кыргызстану необходимо, но процесс вхождения должен носить поэтапный характер, чтобы не нарушилась главная концепция ТС, а именно защита внутреннего рынка от производителей других стран. Требуется огромная

правотворческая, разъяснительная работа. Главная привлекательность в ТС – это поддержка отечественного производителя, о чем немало было сказано экономистами, юристами, политиками и т. д. Основным же негативным аспектом, который может значительно отразиться на экономике Кыргызской Республики станет то, что, наряду с принятием единого внешнего тарифа, повысятся средне налоговые и таможенные ставки, что окончательно приведет к сокращению объемов торговли со странами дальнего зарубежья (Китай, Турция, Иран). Изменение тарифов, несомненно, приведет к росту инфляции, что весьма плачевно отразится на бюджете государства. Однако, есть и положительные моменты, среди которых можно смело говорить о расширении рынка сбыта отечественных товаропроизводителей и поставках товаров на региональный рынок сбыта стран-участниц ТС. Увеличение производства в большей степени усилит привлекательность местного производства для инвестиционных вложений.

На сегодняшний день назрела необходимость законодательного процесса систематизации нормативных правовых актов в области налогового и бюджетного законодательств, но при условии соблюдения международных норм с учетом финансовых обязательств Кыргызской Республики в сфере налогообложения доходов физических и юридических лиц с обязательным выходом на международные отношения. В этой связи отметим тесную взаимосвязь отношений, находящихся под налоговой юрисдикцией Кыргызской Республики, с нормами международного права, обоснованно дополняющими национальное законодательство обычаями, принципами, нормами прямого действия. Такие нормы, являясь по правовой природе международными, тем не менее, обладают в определенной мере воздействием на те сферы отношений, где они имеют свое распространение. Особо это проявляется в международных стандартах бухгалтерской отчетности, переходе системы бухгалтерских счетов на МСФО, создании благоприятного инвестиционного климата и правил здоровой конкуренции, верхний предел совокупной доли иностранного капитала, оценка рисков, сопоставимые системы аудита, в том числе банковское страховое посредничество и др.

МАКАРОВА Ирина Александровна,
кандидат экономических наук,
Санкт-Петербургский филиал
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ФОРМ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ НАЛОГОВОГО КОНТРОЛЯ В ЕВРАЗИЙСКОМ ЭКОНОМИЧЕСКОМ СООБЩЕСТВЕ

Практически любой налогоплательщик всегда стремится защитить свой имущественный интерес от налоговых изъятий. Но желание налогоплательщика уменьшить размер налоговых платежей всегда затрагивает интерес государства. В такой ситуации государству необходимо соблюдать баланс публичного и частного интереса, осуществлять контроль над налогоплательщиками, одновременно не вмешиваясь в их экономическую деятельность.

Регламентированная правовыми нормами деятельность специально уполномоченных государственных органов во всех сферах налоговых отношений выступает основой для формирования организационно-правового механизма налогового процесса [6, с. 52], составной частью которого является налоговый контроль.

В законодательствах государств ЕврАзЭс налоговый контроль определяется по-разному, используются различные формы контроля. Для осуществления действенного налогового контроля необходимо знать о всевозможных его формах, надо понимать, какие формы работают эффективно, а какие существуют лишь на бумаге. Этим и обусловлена актуальность исследуемого вопроса.

Налоговый контроль можно определить как составную часть формируемого государством организационно-правового механизма управления, представляющую собой особый вид деятельности специально уполномоченных государственных органов, в результате которой обеспечивается установленное нормами налогового права исполнение обязанностей лиц в сфере налогообложения, исследование и выявление оснований для осуществления принудительных налоговых изъятий (недоимок и пеней) в бюджетную систему, установление оснований для применения мер ответственности за совершение налоговых право-

нарушений, а также наблюдение за функционированием налоговой системы, выявление резервов увеличения налоговых поступлений в бюджет и улучшения налоговой дисциплины.

По действующему российскому законодательству в соответствии с п. 1 ст. 82 Налогового Кодекса РФ [2] (далее – НК РФ) налоговый контроль проводится должностными лицами налоговых органов посредством налоговых проверок, получения объяснений налогоплательщиков, проверки данных учета и отчетности, осмотра помещений и территорий, используемых для извлечения дохода, а также в других формах, предусмотренных НК РФ.

Белорусское законодательство, также как и российское, не содержит исчерпывающего перечня форм налогового контроля. В соответствии с п. 1 ст. 64 Налогового Кодекса Республики Беларусь [3] (далее – НК РБ) налоговым контролем признается система мер по контролю за исполнением налогового законодательства, осуществляемая должностными лицами налоговых органов в пределах их полномочий посредством учета плательщиков, проверок, опроса плательщиков и других лиц, проверки данных учета и отчетности, анализа информации об использовании электронных денег в качестве оплаты за товары, имущественные права, осмотра имущества и в других формах, предусмотренных законодательством.

В Республике Казахстан согласно п. 1 ст. 556 Налогового Кодекса Республики Казахстан [1] (далее – НК РК) под налоговым контролем понимается государственный контроль, осуществляемый органами налоговой службы, за исполнением норм законодательства республики Казахстан, контроль за исполнением которого возложен на органы налоговой службы. В п. 2 названной статьи указано, что налоговый контроль осуществляется в форме налоговой проверки и в иных формах государственного контроля. В рамках форм налогового контроля в соответствии с п. 3 ст. 556 НК РК осуществляются, например, учет исполнения налогового обязательства, обязанности по исчислению обязательных пенсионных взносов, исчислению и уплате социальных отчислений; контроль за соблюдением порядка применения контрольно-кассовых машин, также назван еще ряд форм контроля. Аналогичным образом путем перечисления раскрываются «рамки иной формы контроля».

В Кыргызской Республике согласно п. 1 ст. 93 Налогового Кодекса Кыргызской Республики [5] (далее – НК КР) дано определение налогового контроля, под которым понимается контроль органов налоговой службы за исполнением налогового законодательства Кыргызской Республики, а в п. 2 названной статьи приведен исчерпывающий перечень форм налогового контроля, а именно: учет поступлений налога в бюджет, налоговая проверка, рейдовый налоговый контроль, установление налогового поста.

В Республике Таджикистан по Налоговому кодексу Республики [4] (далее – НК РТ) вместо легального определения налогового контроля в п. 1 ст. 36 зафиксировано, что налоговые органы несут полную и исключительную ответственность за осуществление налогового контроля, проверку точности расчета и своевременности уплаты налогов и за все другие аспекты осуществления налогообложения и сбора налогов. В п. 2 названной статьи перечислены формы налогового контроля, например, такие как регистрационный учет налогоплательщиков, объектов налогообложения, поступлений в бюджет; налоговые проверки; камеральный контроль и еще ряд форм.

Из проведенного анализа можно сделать следующие выводы.

1. Национальное законодательство каждой из пяти стран ЕврАзЭс содержит легальное определение налогового контроля (за исключением НК Таджикистана, где зафиксировано правило об ответственности налоговых органов), а также перечень форм налогового контроля.

2. Во всех государствах к одной из форм налогового контроля относится налоговая проверка и именно вопросам налоговых проверок уделяется наибольшее внимание.

---

1. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый Кодекс)» от 10.12.2008 N 99-IV (ред. от 13.02.2012 г.) [Электронный ресурс] // Сайт Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан. – Режим доступа: http://www.salyk.kz/ru/taxcode/pages/default.aspx

2. Налоговый Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (ред. от 03.12.2011 г.) // Российская газета. – 06 августа 1998. – № 148–149.

3. Налоговый кодекс Республики Беларусь от 19.12.2002 № 166-З. Общая часть [Электронный ресурс] // Национальный правовой интер-

нет-портал Республики Беларусь. – Режим доступа: http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=hk0200166&p2={NRPA}

4. Налоговый Кодекс Республики Таджикистан от 03.12.2004 г. [Электронный ресурс] // Сайт «Законодательство Таджикистана». – Режим доступа: http://tj.spinform.ru/

5. Налоговый Кодекс Кыргызской Республики от 02.10.2008 г. [Электронный ресурс] // Сайт «СоюзПравоИнформ». – Режим доступа: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=24860

6. Ногина О.А. Налоговый контроль: вопросы теории. – СПб., 2002.

МИТЯЙ Елена Дмитриевна,
и.о. заведующей кафедрой теоретических
и публично-правовых дисциплин
Института экономики и права (филиала)
Академии труда и социальных отношений
в г. Севастополе

ВЛИЯНИЕ НОРМ ЕВРОПЕЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ ФИНАНСОВЫХ УСЛУГ НА РАЗВИТИЕ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

Современное общество потребления требует значительного количества денежных средств, обеспечивающих возможность развития товарного оборота, что в свою очередь требует развития законодательства, защищающего права потребителей финансовых услуг.

Вопросы защиты прав потребителей рассматривались такими учеными как Л.Н. Иваненко, С.А. Косинов, А.П. Письменная, Г.А. Осетинская, Ю.Ю. Рябченко. Однако с момента последнего исследования прошло значительное количество времени. И кроме того особенности защиты прав потребителей финансовых услуг до настоящего момента не являлись предметом самостоятельного исследования. Учитывая изменения, вносимые в нормы, регулирующие вопросы защиты прав потребителей финансовых услуг, настоящее исследование представляется весьма актуальным.

Международные нормы и нормы Европейского Союза уделяют существенное внимание защите прав потребителей финансовых услуг.

Так, Разделом II Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «Руководящие принципы для защиты интересов потребителей» от 16 апреля 1985 г. №39/248 [1] установлены общие принципы защиты прав потребителей, включающие в себя шесть «законных нужд потребителей»:

а) защита потребителей от ущерба их здоровью и безопасности;

б) содействие экономическим интересам потребителей и защита этих интересов;

в) доступ потребителей к соответствующей информации, необходимой для компетентного выбора товара;

г) просвещение потребителей;

д) наличие эффективных процедур рассмотрения жалоб потребителей;

е) свобода создавать потребительские и другие соответствующие организации и возможность для таких организаций высказывать свою точку зрения в процессе принятия решений, затрагивающих их интересы.

Директива 2005/29/ЕС Европейского Парламента и Совета от 11 мая 2005 г. о несправедливых видах торговой практики устанавливает, что финансовые услуги из-за их сложности и присущие им серьезные риски требуются детальных требований, включая положительные обязательства торговца.

А Директива 2008/48/ЕС Европейского Парламента и Совета от 23 апреля 2008 г. о кредитных соглашениях для потребителей [2] устанавливает важным для обеспечения доверия потребителей предложение рынком достаточной степени их защиты.

В Украине совершенствование юридических средств и форм защиты прав потребителей выступает одним из приоритетных направлений деятельности государства. Однако, усиление защиты прав потребителей со стороны законодателя не было поддержано со стороны органов судебной власти.

Более того, в декабре 2010 г. в Верховном Суде Украины было подготовлено Обобщение судебной практики рассмотрения гражданских дел, которые возникают из кредитных правоотноше-

ний (2009–2010 гг.) [3] (далее – Обобщение судебной практики), согласно которому судам при рассмотрении вопросов о законности изменения процентной ставки предписано исходить из того, что: «… если стороны достигли договоренности в соответствии с положениями статей 207, 640 ГК и заключили кредитный договор, в котором предусмотрели условия повышения процентной ставки, то они должны выполняться, а момент достижения договоренности считается наступившим. То есть сначала происходит изменение процентной ставки, а затем направляется уведомление об этом.

Так, если кредитный договор был заключен до 10 января 2009 г. и в нем стороны достигли договоренности о том, что банк имеет право в одностороннем порядке изменить процентные ставки, то это уже договоренности сторон …».

Вместе с тем, согласно ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. [4] каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях … имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Как представляется, само принятие утвержденного судьями Судебной палаты по гражданским делам ВСУ Обобщения судебной практики нарушает право гражданина на справедливое и независимое рассмотрение судом вопроса о правомерности принятия банком решения об изменении ставки по кредиту. Такое суждение обосновано и сложившейся судебной практике Европейского суда по правам человека, уделяющей значительное внимание вопросу соблюдения государством основных прав, установленных Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, в том числе права на справедливое разбирательство дела независимым и беспристрастным судом.

Вместе с тем создание эффективно работающих правовых механизмов защиты потребителей финансовых услуг и их применение, необходимо для формирования у людей положительного отношения как к финансовой системе, так и к государству в целом.

---

1. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН «Руководящие принципы для защиты интересов потребителей» от 16 апреля 1985 г. № 39/248 // Коммерческий вестник. – 1989. – № 7. – С. 10–12; № 8. – С. 9–11.

2. Директива 2008/48/ЄС Европейского Парламента и Совета от 23 апреля 2008 г. о кредитных соглашениях для потребителей и об отмене Директивы Совета 87/102/ЄЕС // OB L 133/66 22.5.2008.

3. Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009–2010 рр.) [Электроний ресурс] // Інформаційний сервер Верховного Суду України. – Режим доступа: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/F7B77DDB0B200007C22577F200512993?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=F7B77DDB0B200007C22577F200512993&Count=500&

4. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. [Электроний ресурс] // Сайт «Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод: право и практика». – Режим доступа: http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/ 2440800-001.htm

ФІЛЕВСЬКИЙ Ростислав Миколайович,
аспірант Інститут держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ПОДАТКОВЕ АДМІНІСТРУВАННЯ У ФІНАНСОВОМУ ПРАВІ РОСІЇ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Еволюційний розвиток будь-якої галузі права, окремих правових інститутів, неможливий не тільки без нових теоретичних доробок національної юридичної науки, а й без аналізу та імплементації у теорію та правову систему окремого досвіду з тих чи інших питань іноземних науковців у відповідній галузі, що дозволяє в результаті синтезувати нове знання.

В повній мірі це може бути віднесено і до теоретичних розробок українськими вченими дефініції «податкове адміністрування», яка останнім часом набула особливого значення та актуальності, особливо з прийняттям та набуттям чинності Податковим кодексом України [7], яким вперше впроваджено зазначене поняття у законодавство. Впровадивши цей термін у Податковому кодексі України [7], законодавець, тим не менше не надав йому визначення, що породжувало та породжує різні по суті підходи як до розуміння, так і до застосування цього терміну. То ж нагальною та актуальною є потреба визначення єдиного підходу до поняття «податкове адміністрування».

Вирішенням цієї проблеми займалися як українські, так і російські вчені, і окремі результати теоретичних розробок останніх можуть стати в нагоді при визначенні дефініції «податкове адміністрування» в теорії фінансового права та в законодавстві України, адже системи права України та Росії, зважаючи на спільне коріння, зберегли з часів СРСР в собі багато спільного, хоча в окремих аспектах і мають суттєві відмінності.

Серед українських учених, що розробляли цю проблематику, окремо слід виділити А.О. Селіванова [10, с. 35], Л.К. Царьову [11, с. 68–69], М.П. Кучерявенка [3], І.Є. Криницького [2, с. 74–75], Т.О. Проценко [9, с. 29], а серед російських – Н.І. Осетрову [6, с. 79], М.М. Карасьова [1], А.З. Дадашева [5, с. 4] та інших.

Тому дуже важливим є порівняння основних напрямків розробки поняття «податкове адміністрування» в українській та російській юридичній науці і окреслення подальших перспектив розвитку та вирішення даної проблематики.

Звернувшись до періодичних правничих видань, в яких зазвичай вперше з'являються новітні теоретичні розробки, можна виокремити певні тенденції у визначенні поняття «податкове адміністрування» як в українській, так і в російській юридичній науці.

Одним з найперших українських правників, що звернули увагу на нове явище у науці фінансового права – податкове адміністрування – був А.О. Селіванов [10, с. 35], який ще у 2002 році визначив його як правовідносини, що складаються у сфері здійснення уповноваженими державними органами заходів з погашення податкового боргу і передбачають застосування методів владно-примусового характеру до платників податків. Слід відзначити, що такий підхід перегукується із визначенням цього поняття, наданим у 1999 році групою російських правників у співавторстві – Е.М. Циганковим, Б.Е. Тохтамуратовим, А.В. Силкиною, Т.А. Ашомко [8].

Л.К. Царьова [11, с. 68–69], в цілому розділяючи думку А.О. Селіванова [10, с. 35], тим не менше розглядає це поняття, не ототожнюючи його з адмініструванням виключно податкового боргу, як це вбачається з аналізу позиції А.О. Селіванова [10, с. 35], а дещо ширше визначає його як врегульовану нормами адміністративного і фінансового права систему процесуальних дій уповноважених державних органів щодо забезпечення виконання зобов'язаними особами їхніх податкових зобов'язань. То ж таке ви-

значення впритул наближується за своєю суттю до іншого нового і досить дискутивного явища в науці фінансового права, що розроблялося М.П. Кучерявенком [3], І.Є. Криницьким [2, с. 74–75], – податкового процесу, як різновиду юридичного процесу.

Т.О. Проценко [9, с. 29] пропонує розглядати явище податкового адміністрування як більш загальне поняття, розділяючи його на 2 категорії (системи) – як системи законодавчо визначених взаємовідносин між державою, яка є основним учасником створення податкового середовища, та платниками податків; та як системи забезпечення виконання функцій податків в існуючих умовах господарювання.

Продовжуючи традиції адміністративістів та науковців в галузі фінансового права, визначення поняття податкового адміністрування в правовому аспекті надає український економіст А. Ластовецький [4, с. 37], пропонуючи розглядати його як механізм, що включає систему способів та організаційно-правових заходів відчуження уповноваженими державними органами податків і зборів (обов'язкових платежів), тим самим надаючи цьому поняттю дуже широке тлумачення.

Російський науковець М.М. Карасьов [1] під податковим адмініструванням розуміє систему заходів, направлених на забезпечення реалізації актів законодавства про податки та збори спеціально уповноваженими органами влади через застосування адміністративних, організаційних та інших методів.

А.З. Дадашев [5, с. 4] характеризує податкове адміністрування як організаційно-управлінську систему реалізації податкових відносин, що включає в себе сукупність форм і методів, використання яких має за мету забезпечити податкові надходження до бюджетної системи.

Російська наука, одним з представників якої є Н.І. Осетрова [6, с. 79], визнає існування декількох тенденцій у визначенні поняття податкового адміністрування: 1) податкове адміністрування включає тільки етап правозастосування уповноваженим органом; 2) податкове адміністрування включає етап розробки, прийняття та впровадження законодавства та правозастосування уповноваженими органами; 3) податкове адміністрування – сама податкова політика.

Мусимо визнати, що при наявності окремих спільних поглядів на досліджуване поняття, підходів до його визначення у

російській науці фінансового права значно більше, а саме поняття відрізняється більшим ступенем розробленості, визначеності та теоретико-правової обґрунтованості, ніж в українській науці фінансового права.

Така ситуація може бути пояснена значно більш ранньою появою відповідних суспільних відносин в сусідній Росії та потребами їх регулювання та теоретико-правового обґрунтування з подальшим створенням відповідного національного законодавства. Визнаючи передові досягнення російських вчених та законодавців, не можна не відзначити і досягнення української науки фінансового права, яка відшукує, розробляє та теоретично обґрунтовує власні підходи у визначенні поняття податкового адміністрування з урахуванням новітніх тенденцій у суспільстві, економіці та національному праві. Одночасно слід констатувати, що при визначенні поняття податкового адміністрування та його впровадженні в українське законодавство було б доцільно та корисно врахувати теоретичні розробки та практичний досвід російських колег.

---

1. Карасев М.Н. Налоговая политика и правовое регулирование налогообложения в России. – М.: Вершина, 2004. – 224 с.
2. Криницький І.Є. Теоретичні проблеми податкового процесу: дис. … доктора юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т Державної податкової служби України, НДІ фінансового права. – К., 2010. – 433 с.
3. Кучерявенко Н.П. Налоговый процесс: учеб. пособие. – К.: Правова єдність, 2010. – 392 с.
4. Ластовецький А. Організаційно-правові засади адміністрування податків // Право України. – 2003. – № 11. – С. 37–41.
5. Дадашев А.З., Лобанов А.В. Налоговое администрирование в Российской Федерации: Учеб. пособие / Мин-во РФ по налогам и сборам, Всерос. гос. налоговая акад. – М.: Книжный мир, 2002. – 369 с.
6. Осетрова Н.И. Генезис терминов «налоговая система», «налогообложение», «налоговое администрирование» // Вестник Финансовой академии. – 2008. – № 1. – С. 75–85.
7. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI (з наст. змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/податковий%20кодекс
8. Правовые акты в сфере налогообложения: общие положения и специфика / Э. М. Цыганков, Б.Е. Тохтамуратов, А.В. Силкина, Т.А. Ашомко. – М.: ООО НПО «Вычислительная техника и информатика», 1999. – 64 с.
9. Проценко Т.О. Правове регулювання адміністрування податків і митних платежів: дис. …доктора юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т Державної податкової служби України. – К., 2007. – 393 арк.

10. Селіванов А.О. Адміністрування податків: нові проблеми в адміністративному та фінансовому праві України // Право України. – 2002. – № 2. – С. 34–38.

11. Царьова Л.К. Адміністрування податків в Україні як елемент державного адміністрування // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. праць. – Вип. 19 – Одеса: Одеська нац. юрид. акад., 2003. – С. 68–72.

ГАЗИЗОВА Рамиля Галимовна,
аспирант кафедры конституционного права и прав человека
Казанского (Приволжского) федерального университета,
старший преподаватель кафедры конституционного
и международного права Института бизнеса
и инновационных технологий

СПЕЦИФИЧЕСКИЕ МЕТОДЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИСЛАМСКИХ ФИНАНСОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

Изучение исламского права необходимо основывать, прежде всего, на «дихотомии «Восток - Запад», базирующейся на выявлении с одной стороны, противоречий и противопоставлении восточной и западной цивилизаций, а с другой стороны – механизма их взаимодействия» [1, с. 14]. Необходимость такого противопоставления позволяет выявить общие и особенные нормы исламского права, а так же его институтов, регулирующих общественные отношения, в частности финансовых. Можно признать, что внутреннее содержание нормы определяет способ воздействия на все существующие общественные отношения, включая исламские финансовые.

С момента зарождения исламской цивилизации на одном уровне с общими поведенческими установками индивидуумов основополагающими источниками исламского права были урегулированы финансовые отношения, где всю свою финансовую деятельность, как государство, так и личность, обязаны вести согласно императиву, исходящему от Аллаха по должному и праведному созданию, (пере-) распределению финансовых средств. Причем воздействие исламских правовых норм на поведение индивидуумов, так же как государственно-правовые меры воздействия в отношении субъектов финансовых правоот-

ношений в своей совокупности образуют определенную систему способов воздействия и выступают методами правового регулирования исламских финансовых правоотношений.

Существующие в традиционном правопонимании общие методы правового регулирования общественных отношений, такие как императивный, диспозитивный и запретительный, без исключения свойственны исламскому праву. Основополагающие источники исламского права содержат множество указаний на должное поведение мусульман в финансовых вопросах, проявляющиеся в большем наличии запретов *(харам),* и при всей кажущей строгости божественных установок существуют дозволения в финансовых правоотношениях *(халал).* Причем при столкновении запретительных норм и норм дозволения по одному и тому же вопросу, запретительные нормы будут превалировать над дозволительными.

К наистрожайшим запретам, как проявлению метода правового воздействия на финансовую деятельность субъектов относятся: 1. *риба* (запрет на получение ссудного процента, рост); 2. *Гарар* (запрет на совершение финансовых операций сопряженных с непредвиденным, необоснованным риском).

Согласно основополагающим источникам исламского права *риб*а мусульманами рассматривается как грех, накладывая при этом строгий запрет на выдачу денег под проценты. Наказание за совершение финансовых операций с применением *риба* приравнивается к совершению семидесятикратного прелюбодеяния (*зина*), входит в число таких больших грехов, как вероотступничество, убийство, преступления против самого Аллаха, что влечет за собой самые серьезные меры ответственности. Многие исследователи указывают о разновидностях данного запрета, в частности: *Риба – аль – насиа, т.е. - «смягчение времени»,* предоставленное должнику для возврата долга, сумма процентной ставки трактуется как плата за время, предоставленное должнику для выплаты задолженности, что представляется достаточно интересным с точки зрения теории и практики - *«смягчение времени».; Риба – аль – фадль,* или *«риба в торговле»,* запрет по неравномерному ценообразованию и бартеру товаров по несопоставимой, неравнозначной цене, в особенности это касается: золота, серебра, пшеницы, ячменя, фиников и соли.

Естественно, что для правоверного мусульманина следование божественному императиву является первостепенным и обращение в финансово-кредитные учреждения с целью получения кредита, где в обязательном порядке необходимо выплачивать сумму по проценту, является строго запрещенным. Соответственно, запрет на ведение финансовой деятельности, сопряженной получением процента, о котором неоднократно упоминается в основополагающих источниках, диктует особые правила поведения индивидуумов и расширяет круг участников финансовых операций, с наделением правами и обязанностями каждого из них.

Арабское слово «*гарар*» родственно глаголам «вводить в заблуждение», «подвергать риску». Как метод правового воздействия представляет собой запрет на «получение односторонних преимуществ более информированной стороной контракта» [2, с. 382]. К примеру, купля-продажа товара, который не находится в собственности продавца при заключении сделки; финансовая сделка с формулировкой «по текущей рыночной цене»; продажа груза на борту терпящего бедствие судна. Причем, наличие *гарар*а при совершении финансовых операций приводит к их недействительности. Таким образом, *гарар* представляет собой метод воздействия на финансовые правоотношения, где субъектам исламского права, изначально запрещается совершение финансовых контрактов, содержащих в себе неточность, неясность, неопределенность.

Подытоживая вышесказанное, можно утверждать, что, во-первых, исламские финансовые правоотношения регулируются определенными правовыми методами, под которыми следует понимать определенную систему способов и приемов воздействия правовых норм, исходящих от государства по воле Аллаха на поведение субъектов исламских финансовых общественных отношений. Во – вторых, исламским финансовым правоотношениям присущ ряд методов, которые свойственны традиционной правовой системе, а именно: халал – дозволение, харам – запрет. В то же время, отличительной особенностью исламского финансовых правоотношений является наличие специфических методов правового регулирования финансовых отношений таких как «риба», под которым следует подразумевать запрет на получение лихвы, а так же «гарар» - запрет на совершение фи-

нансовых операций, где условия совершения содержат неточность, неопределенность.

---

1. Бехруз Х. Исламские традиции права. – Одесса: Юрид. лит-ра, 2006. – 293 с.

2. Журавлев А. Финансисты, чтущие Коран // Отечественные записки. – 2003. – № 5 (14).

ФЕДЧИШИН Юрій Анатолійович,
здобувач кафедри фінансового права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
старший юрист Юридичної фірми «Гвоздій та Оберкович»

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ГРУПУВАННЯ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Актуальність дослідження групування платників податку на додану вартість (далі – ПДВ) у Європейському Союзі (далі – ЄС) є актуальною у зв'язку із інтеграційними намірами України, а також у зв'язку з необхідністю вивчення досвіду Держав-членів ЄС (далі – Держав-членів) з вдосконалення механізму боротьби з ухиленням від сплати ПДВ та покращення адміністрування ПДВ. В Україні спеціально дане питання є недостатньо дослідженим. У ЄС проблематика групування платників ПДВ є актуальною та їй приділяється значна увага із початку функціонування спільної системи ПДВ. Мета даного виступу полягає у висвітленні основних підстав групування платників ПДВ у ЄС та аналізу реалізації даних положень у законодавстві Держав-членів.

Стаття 11 Директиви Ради ЄС 2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 року про спільну систему податку на додану вартість (далі – Директива) [2] надає Державам-членам можливість введення групування платників ПДВ у своєму національному законодавстві. Наступні Держави-члени реалізували можливість групування для платників ПДВ: Австрія, Бельгія, Кіпр, Чеська Республіка, Данія, Естонія, Фінляндія, Німеччина, Угорщина, Ірландія, Італія, Латвія, Нідерланди, Румунія, Словаччина, Іспанія, Швеція та Великобританія [1, с. 465].

Стаття 11 Директиви зобов'язує Держав-членів проводити консультації із консультативним комітетом з податку на додану вартість (далі – Комітет) перед запровадженням можливості групування платників ПДВ. На початкових етапах гармонізації системи ПДВ у ЄС вимоги щодо консультування не були надто жорсткими. Так, у справах С-181/78 та С-222/78 Європейський Суд Справедливості (далі – ЄСС) розтлумачив, що оскільки немає правил для інформування Комітету, просте надсилання законопроекту, що регулює дане питання задовольняє вимогу [3]. Проте, із розвитком спільної системи ПДВ правила щодо консультування стали жорсткішими. Так, коли грецький уряд направив Комітету для погодження в цілому законопроект, у певних статтях якого містилися положення про групування платників ПДВ, ЄСС у справі С-62/93 визначив, що вимога про консультування у даному випадку дотримана не була. Суд зазначив, що для дотримання вимоги потрібно було спеціально звернути увагу Комітету на положення, щодо яких вимагається консультування [4].

Також стаття 11 Директиви зазначає, що члени групи повинні бути тісно пов'язані між собою фінансовими, економічними та організаційними зв'язками. Дане правило було імплементовано Державами-членами із певними особливостями. У Чехії вимога про наявність фінансових зв'язків вважається дотриманою при наявності контролю над не менше як 40% капіталу у особах що є членами групи [1, с. 469]. Організаційний зв'язок існує у Бельгії, якщо юридично, або фактично члени групи є прямо чи опосередковано під спільним управлінням, вони організовують свою діяльність частково або повністю консультуючись між собою, чи вони юридично або фактично, прямо або опосередковано знаходяться під контролем однієї особи [1, с. 468]. Вимога про економічні зв'язки вважається дотриманою у Швеції, якщо здійснюються поставки між членами групи [1, с. 474]. Також деякі Держави-члени встановили умови за настання яких усі три умови вважаються дотриманими. Так, в Угорщині такі умови вважаються дотриманими при контролі понад 50% вкладів однією особою [1, с. 470].

У ЄС групи можуть створюватися як добровільно так і примусово. Наприклад на Кіпрі платники податку за умови дотримання необхідних умов мають право за своїм вибором вважатися членами групи, але податкові органи мають право відмовити у

цьому, якщо є підстави підозрювати що групування планується використовувати для ухилення від сплати податку, або це може призвести до спотворення конкуренції [1, с. 467]. У Німеччині та Австрії діє доктрина Organschaft, яка вступає в дію автоматично за дотримання встановлених критеріїв, при цьому добровільно зареєструвати групового платника податків неможливо [1, с. 470].

Серед важливих наслідків функціонування інституту групування платників ПДВ у ЄС можна виділити два основні. По-перше, у більшості Держав-членів, що ввели можливість групування, операції всередині групи частково або повністю звільняються від сплати ПДВ. По-друге, члени, як правило, спільно відповідають за зобов'язаннями групи.

Групи у ЄС можуть створюватися як окремі платники податку, або серед членів може обиратися платник податку, що представлятиме групу. Немає єдності і щодо правил подачі звітності членами групи. У деяких Державах-членах звітність подається усіма членами групи окремо, у деяких подається від імені групи, а у деяких подається як спільна звітність від кожної особи окремо, так і від групи загалом. Деякі Держави-члени також запроваджують різні режими групування. Так у Іспанії є два рівні групування, кожний із особливими умовами [1, с. 473].

Загалом, інститут групування платників ПДВ у ЄС знаходиться у стані постійного розвитку, тому найближчим часом можливим є розширення списку Держав-членів, що запровадили можливість надану їм статтею 11 Директиви.

---

1. Van der Corput W., Annacondia F. EU VAT Compass 2011/2012. – Netherlands: IBFD Publications BV, 2011. – 648 p.

2. Директива Ради 2006/112/ЄС про спільну систему податку на додану вартість [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_928 Дата доступу: 29.03.2012.

3. Рішення ЄСС від 12 червня 1979 р. у об'єднаних справах C-181 та C-229/78 [Електронний ресурс] // Сайт законодавства ЄС. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 61978CJ 0181: EN:PDF Дата доступу: 29.03.2012.

4. Рішення ЄСС від 6 липня 1995 у справі C-62/93 [Електронний ресурс] // Сайт законодавства ЄС. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0062:EN:PDF Дата доступу: 29.03.2012.

РАДИШЕВСЬКА Олеся Ростиславівна,
кандидат юридичних наук, науковий співробітник
Науково-дослідного інституту фінансового права
Національного університету
державної податкової служби України (Ірпінь)

ОПОДАТКУВАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ У ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄС ТА В УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Розвиток екологічної політики країн Центрально-Східної Європи з 1990-х рр. характеризувався двоякістю: з одного боку, існувала ключова потреба врегулювати внутрішні протиріччя екологічної політики, а з іншого – гармонізувати національне екологічне та податкове законодавства з правом ЄС (понад 200 Директив Ради ЄС). На початку XX ст. у десяти посткомуністичних країнах – кандидатах до вступу в ЄС (Болгарії, Естонії, Латвії, Литви, Польщі, Румунії, Словаччині, Словенії, Угорщині, Чехії), було прийнято низку законодавчих актів, сфокусованих на питаннях оподаткування транспортних засобів. В деяких випадках це призвело до ухвалення прогресивних законів, що іноді якісно перевершували чинне екологічне законодавство ЄС.

Довгий час оподаткування транспортних засобів виконувало виключно фіскальну функцію. Але з поч. 70-х р. XX ст. на території ЄС настає докорінно новий етап: екологічний фактор лобіює фіскальний, а охорона довкілля стає прерогативою держави. Для уніфікації екологічного законодавства Євростатом, Єврокомісією і ЄАД було систематизовано екологічні податки [1, с. 12]:

– *energy tax* – податки з продуктів енергетики, якими оподатковується транспорт (бензин та дизельне пальне), стаціонарні джерела (нафта, природний газ, кам'яне вугілля, електроенергія), викиди CO_2 в атмосферне повітря;

– *transport tax* – транспортні податки, що стосуються права власності та користування моторними перевізними засобами, а також інших транспортних послуг, пов'язаних з ними, якщо вони відповідають загальному визначенню екологічних податків (податкові платежі, що базуються на показниках, які мають науково обґрунтований негативний вплив на довкілля);

– *pollution tax* – податки з викидів і використання природних ресурсів, якими оподатковується розмір шкідливих викидів

в атмосферне повітря або водні об'єкти, управління шумом і твердими відходами.

До 2011 року в Україні справлявся податок з власників транспортних засобів та інших самохідних машин і механізмів, що у ПКУ трансформовано у збір за першу реєстрацію транспортного засобу. Аналогічні податкові важелі запроваджено в Грузії та Казахстані, де сплачується реєстраційний збір за державну реєстрацію транспортних засобів; в Ірландії, Бельгії, Нідерландах – податок на реєстрацію транспортного засобу; у Великобританії – збір за реєстрацію та ліцензування транспортного засобу; в КНР – податок на використання реєстраційних номерів транспортних засобів та суден [3, с. 687].

До сучасної вітчизняної податкової системи входять й інші обов'язкові платежі податкового характеру, що стосуються використання транспортних засобів: акцизний податок, у частині оподаткування нафтопродуктів і газу, та екологічний податок, у частині оподаткування викидів в атмосферне повітря забруднюючих речовин пересувними джерелами забруднення. Проте питання оподаткування транспорту тут винесено в окремий розділ ПКУ, що не відповідає класифікації екологічних податків за європейськими стандартами.

У країнах ЄС виділяють декілька факторів, що застосовуються до визначення бази транспортних податків: вік, повна маса, кількість осі транспортного засобу, фабричне встановлення екологічних силових установок, вид палива, кількість кінських сил, максимальна (мінімальна) потужність двигуна тощо [2]. Але лише показник об'єму викидів CO_2 у довкілля відповідає сучасним вимогам технічного прогресу і нормам Директив Ради ЄС, а тому і застосовується 16 країнами як імператив [5, с. 186].

На противагу Україні, в державах-членах ЄС існує інститут мінімальних податкових ставок, що застосовується до транспорту вагою більше 12 т (Директива Ради ЄС про справляння обов'язкових зборів за використання деяких видів інфраструктури вантажним транспортом). Також для покращення екологічного стану довкілля і розрідження транспортного потоку на магістралях діє невідомий Україні інститут повернення податку (Директива Ради № 92/106/ЄЕС від 7 грудня 1992 р. щодо впровадження спільних правил для певних типів змішаного перевезення вантажів між державами-членами, що здійснюють на постійній основі комбіновані перевезення залізничним і водним транспортом).

В Україні розмір ставок збору залежить від виду транспортного засобу і його технічних параметрів: від 2,5 грн. за 1 кВт потужності двигуна для суден із стаціонарним двигуном, до 60 грн. за 100 см^3 для автомобілів з-понад 6,5м^3 об'єму циліндрів двигуна. Хоча при підвищенні технічних показників ставка збору збільшується, проте їх розмір не відповідає рівню держав-членів ЄС, а метод встановлення ставок, не відображає особливостей оподаткування сфери.

В умовах наближення національного законодавства до права ЄС у сфері екологічного оподаткування Єврокомісією внесено проект Директиви Ради ЄС про часткову гармонізацію податків з транспорту (вантажного, легкового) [4, с. 2]. Передбачено введення єдиного екологічного податку у межах ЄС замість плати за реєстрацію транспорту, що дозволить обчислити ставку податку для нового транспорту на основі нормативів викидів CO_2 у довкілля за стандартами EURO (I–IV), а для вживаного – за об'ємом циліндрів двигуна.

Отже, українська та європейські моделі транспортних податків мають багато спільних ознак, проте їх найбільша відмінність полягає у визначенні бази податку та обчисленні ставок. Тому для удосконалення вітчизняного законодавства необхідно державну політику спрямувати на підвищення податкового тиску за принципом: «Хто забруднює довкілля – той і платить». Адже ключовим моментом для сталого розвитку європейських держав стає реалізація інноваційної еколого-економічної політики та еколого-трудової податкової реформи, які спрямовані на збереження навколишнього середовища.

---

1. Environmental taxes: a statistical guide. Methods and nomenclatures // Economy and Finance / European Commision. – Brussels: Eurostat, 2001. – 44 p.

2. Taxation trends in the European Union. Data for the EU Member States, Iceland and Norway / European Commission, Taxation and Custom Union. – Luxembourg: Office for official Publications of the European Communities, 2011. – 428 p.

3. Податковий кодекс України: постатейний коментар: у 2 ч. / Воронова Л.К., Кучерявенко М.П., Лукашев О.А. та ін.; за ред. М. П. Кучерявенка. – Х.: Право, 2011. – Ч. 2. – 1128 с.

4. Nie w całej Unii jest ekopodatek // Gazeta Prawna. – 8 maja 2009.

5. Schlegelmilch *K.* Overview and recent experiences with ecological tax reform in Europe. – *NY, 2007.*

ПОРІВНЯЛЬНЕ ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ, ТРУДОВЕ ПРАВО

ХАРИТОНОВА Олена Іванівна,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ХАРИТОНОВ Євген Олегович,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ І РЕСПУБЛІЦІ МОЛДОВА: ДВА КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ

Розгляд питань регламентації цивільним законодавством відносин інтелектуальної власності в цілому і окремих питань в цій сфері представляє значний інтерес, оскільки саме в цій галузі знайшли відображення істотні відмінності існуючих концепцій їх цивільно-правового регулювання.

З одного боку, для обох правових систем характерним є принципове визнання значення свободи творчості, захисту інтелектуальної власності, прав авторів та ін., що знайшло відображення у відповідних конституційних положеннях. Так, згідно Конституції України 1996 року, кожен громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності. У ст. 54 Конституції України йдеться про те, що громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості. Загальні принципи охорони права громадян на творчу діяльність містяться в ст. 41 Конституції України, що передбачає право кожного громадянина володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї творчої, інтелектуальної діяльності.

Держава гарантує захист інтелектуальної власності, авторських прав громадян, їх моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з інтелектуальною діяльністю. Стаття 33 Конституції Республіки Молдова 1994 року гарантує свободу художньої і наукової творчості, передбачаючи при цьому, що творчість не підлягає цензурі. Право громадян на інтелектуальну власність, їх матеріальні і моральні інтереси, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної творчості, охороняються законом. У свою чергу, держава сприяє збереженню, розвитку і поширенню досягнень національної і світової культури та науки.

В той же час, предмет і завдання цивільно-правового регулювання у сфері інтелектуальної власності в Україні і Республіці Молдова визначені по-різному. В принципі, відносно інтелектуальної власності можливі два різні концептуальні підходи: або стосунки інтелектуальної власності визнаються сферою спеціального правового регулювання, або вони включаються в сферу дії (передусім і головним чином) цивільного законодавства. І якщо в Республіці Молдова обраний перший варіант вирішення цього питання, то в Україні визначальні норми, що стосуються інтелектуальної власності, включені до Цивільного кодексу. Беззастережно стверджувати, що кращим є одне з цих рішень, як уявляється, не можна. Кожне з них має свої переваги та недоліки.

Узагальненим законодавчим актом, що визначає основи регулювання відносин інтелектуальної власності в Республіці Молдова, є Кодекс Республіки Молдова про науку та інновації, який, як зазначається в його ст.1, регламентує правові відносини, пов'язані з розробкою і здійсненням державної політики в галузі науки та інновацій, діяльністю в області наукових досліджень, інновацій і трансферу технологій, науково-технологічної інформації, акредитацією організацій в галузі науки та інновацій, атестацією наукових і науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації, захистом інтелектуальної власності, із правовим статусом суб'єктів в галузі науки та інновацій.

Вказаний кодекс визначає коло об'єктів інтелектуальної власності, визначаючи, що таким об'єктом результат інтелектуальної діяльності, підтверджений відповідними правами власника на його використання (ст. 38 Кодексу) і встановлює принципові положення відносно охорони і захисту інтелектуальної власності, яка

здійснюється Державним агентством з інтелектуальної власності, що організовує і здійснює правовий захист інтелектуальної власності у формі промислової власності, авторського права і суміжних прав на території Республіки Молдова (глава VII Кодексу).

Окрім цього, загального законодавчого акту, відносини інтелектуальної власності в Республіці Молдова регулюється низкою спеціальних законодавчих актів, у своїй більшості прийнятих останнім часом. Це, зокрема, Закони Республіки Молдова «Про охорону топографій інтегральних схем» прийнятий 29.10.1999, «Про охорону промислових малюнків і моделей» прийнятий 12.07.2007, «Про охорону товарних знаків» прийнятий 29.02.2008, «Про охорону сортів рослин» прийнятий 29.02.2008, «Про охорону винаходів» прийнятий 07.03.2008, «Про охорону географічних зазначень, найменувань місць походження і гарантованих традиційних продуктів» прийнятий 27.03.2008, «Про авторське право і суміжні права» прийнятий 02. 07.2010.

Цивілістична доктрина права інтелектуальної власності в Україні формувалася поступово. Вперше в Україні регулювання стосунків інтелектуальної власності було передбачено Законом України 1991 р. «Про власність». Цим же законом були визначені суб'єкти і об'єкти права інтелектуальної власності.

Першим спеціальним актом в цій сфері став Закон України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 року. Пізніше були прийняті і інші закони України в цій сфері: 25 червня 1993 р. «Про науково-технічну інформацію», 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на промислові зразки», 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», 15 грудня 1993 р. «Про племінне тваринництво», 23 грудня 1993 р. «Про авторське право і суміжні права» та ін.

У ЦК України праву інтелектуальної власності присвячена книга четверта, яка розміщена услід за книгою «Право власності та інші речові права». Розробники Цивільного кодексу прагнули, таким чином, підкреслити суть і соціально-економічне значення інтелектуальної власності. Їх позиція знайшла підтримку законодавця. Таким чином був підкреслений і приватноправовий підхід до розуміння суті права інтелектуальної власності.

АГАМАГОМЕДОВА Саният Абдулганиевна,
кандидат социологических наук,
доцент Пензенского государственного университета

ОПЫТ ЕС И ФОРМИРОВАНИЕ СИСТЕМЫ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ТАМОЖЕННОМ СОЮЗЕ РОССИИ, УКРАИНЫ И КАЗАХСТАНА

С созданием Таможенного союза России, Украины и Казахстана (далее – ТС) как нового уровня межгосударственной интеграции особое значение приобретают вопросы правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности на территории ТС. Данные проблемы становятся более актуальными в связи с формированием единого экономического пространства на территории государств-членов ТС. В связи с этим возникает закономерная необходимость в исследовании вопросов унификации правовых механизмов защиты прав интеллектуальной собственности в государствах-членах ТС, создания надгосударственной системы защиты интеллектуальных прав на территории ТС, а также сравнительно-правового анализа аналогичных механизмов в других странах и объединениях (например, в Европейском союзе).

Обзор работ по данной теме свидетельствует об отсутствии системного и комплексного подходов в изучении вопросов защиты прав интеллектуальной собственности на уровне межгосударственной интеграции. Среди них преобладают исследования в области правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности в Европейском союзе [1; 7], а также рассматриваются вопросы генезиса и унификации правового регулирования данных отношений на территории Европейского союза [2]. Что касается проблем правовой охраны и защиты интеллектуальных прав на территории Таможенного союза России, Украины и Казахстана, то данные аспекты в настоящий период практически не изучены и только начинают разрабатываться современными учеными. Это связано, в первую очередь, с тем, что Таможенный союз был создан совсем недавно и в настоящий момент переживает стадию формирования нормативной базы надгосу-

дарственного (союзного) уровня. Тем не менее, именно на этом этапе следует обратить внимание на мировой опыт в рассматриваемой области и использовать его применительно к процессам нормативного строительства в условиях новых форм интеграции. Автором в этой связи предпринимались отдельные попытки осветить данные вопросы [3; 8; 9], настоящая работа является их логическим продолжением.

Причиной международных устремлений, направленных на гармонизацию права интеллектуальной собственности, является применение так называемого территориального принципа, который признается почти всеми правопорядками мира. В соответствии с данным принципом действие национальных законов об охране интеллектуальной собственности в пространстве ограничивается, как правило, территорией соответствующего государства. Чтобы преодолеть эти последствия действия территориального принципа, отдельные государства уже в XIX в. начали создавать сеть двусторонних и многосторонних соглашений в области интеллектуальной собственности, которые служат цели гармонизации национальных законодательств и должны тем самым вести к созданию благоприятных условий для обладателей исключительных прав [4, с. 69].

Современный период в развитии нормативной базы ТС можно охарактеризовать как стадию подготовки к процессам гармонизации и унификации правовой базы Таможенного союза в области интеллектуальной собственности. При этом важно отметить, что унификация законодательства в области интеллектуальной собственности закономерно предполагает единые положения и в других отраслях законодательства, а также унификацию правоприменительной практики.

Необходимость унификации в рассматриваемой сфере подтверждается следующими проблемными вопросами в области охраны и защиты интеллектуальных прав на территории ТС. Это, прежде всего, принцип *ex-officio* («по долгу службы») в реализации функций по обеспечению прав интеллектуальной собственности, который в рамках ТС могут применять только российские и казахстанские таможенники.

Другим проблемным вопросом является возможность столкновения прав на объекты интеллектуальной собственности

различных правообладателей в государствах-членах ТС. И здесь можно применить положительный опыт ЕС в этом направлении.

Развитие процессов экономической интеграции стран Европы предопределило необходимость создания единой системы правовой охраны товарного знака, инструментом которой сегодня служит единый товарный знак ЕС.

Формирование данного механизма было обусловлено тем, что создание общего экономического пространства в странах Европы вступило в противоречие с действием национальной охраны товарных знаков и обусловленной этим необходимости получать регистрацию знака в каждой стране-участнице. Для устранения препятствий в деле индивидуализации товаров и услуг возникла потребность в создании единой европейской системы товарных знаков [5, с. 872].

Унификация системы защиты интеллектуальной собственности в условиях ТС выражается в форме заключения международных соглашений [6], а также посредством единого таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности.

Таким образом, в процессе формирования наднациональной системы охраны и защиты прав интеллектуальной собственности в рамках ТС целесообразно использовать положительный опыт аналогичных процессов в развитии ЕС.

---

1. Интеллектуальная собственность в России и ЕС. Правовые проблемы: Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 285 с.

2. Абдуллин А.И. Право интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: Генезис, унификация, перспективы развития: автореф. дисс. … д-ра юрид. наук. - М., 2006. – 63 с.

3. Агамагомедова С.А. Правовые механизмы защиты прав интеллектуальной собственности в России и ЕС: сравнительный анализ // Правовая политика в Российской Федерации и странах Евросоюза / под ред. проф. А.Ю. Саломатина. – Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. - С. 105–119.

4. Химмельрайх А. К истории влияния международных процессов гармонизации права интеллектуальной собственности на правовое регулирование в России // Интеллектуальная собственность в России и ЕС…

5. Право интеллектуальной собственности: учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; под ред. И.А. Близнеца. – М.: Проспект, 2010.

6. Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // СПС «Гарант». – Дата доступа: 20.08.2011.

7. Беликова К. Защита прав интеллектуальной собственности в ЕС: доктрина исчерпания прав и охрана конкурентной среды // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2010. – № 10. – С. 36–44.

8. Агамагомедова С.А. Таможенный союз: унифицируем охрану и защиту прав интеллектуальной собственности // Патенты и лицензии. – 2012. – № 1. – С. 44–50.

9. Eberli T., Agamagomedova S. Grenzmaßnahmen und der Schutz von Ergebnissen geistiger Tätigkeit und Mittel zur Individualisierung in Russland // GRURInt. – 2012. – Heft 2. – S. 117–123.

ЕННАН Руслан Євгенович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
права інтелектуальної власності
Національного університету «Одеська юридична академія»,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України (Київ)

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ ЄС

Останнім часом спостерігається активізація розвитку правової системи ЄС у галузі приватного права, зокрема, у сфері правової охорони інтелектуальної власності. Наразі відбувається формування європейського приватного права («європеїзація» приватного права країн-членів ЄС), що обумовлено метою створення та функціонування спільного ринку. В національних правових системах країн Європи регулюванню суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності приділяється значна увага. Водночас нині ані універсальні міжнародні договори, ані виключно національно-правове регулювання у сфері інтелектуальної власності не можуть забезпечити ефективність правової охорони результатів інтелектуальної творчої діяльності. У зв'язку з цим дедалі більшого значення набуває новий регіона-

льний інтеграційний правовий механізм регулювання зазначених відносин.

Територіально обмежене за своєю правовою природою право інтелектуальної власності стало перепоною на шляху ЄС щодо створення спільного (єдиного) ринку, внаслідок чого було прийнято рішення про розширення «територіальної обмеженості» права інтелектуальної власності до масштабів всього ЄС, що знайшло своє відображення у закріпленні принципу «комунітарного вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності». Суттєвим фактором, що призвів до початку процесів гармонізації та уніфікації правового регулювання відносин інтелектуальної власності у ЄС була діяльність Суду ЄС, який фактично та юридично започаткував регулювання цих відносин на наднаціональному рівні, а також діяльність Європейської Комісії, яка визначила певні сфери, механізми та способи правової охорони інтелектуальної власності у ЄС, що започаткувало у подальшому розробку та прийняття актів вторинного права у ЄС щодо конкретних об'єктів інтелектуальної власності.

Право інтелектуальної власності ЄС є новою галуззю права ЄС, що останнім часом досить інтенсивно розвивається та втілює правовий досвід країн-членів ЄС у сфері правової охорони інтелектуальної власності, для яких стандарти права ЄС були важливим чинником розвитку національного законодавства та оцінки ефективності реалізації відповідних прав. Наразі сформувалось у загальних рисах право інтелектуальної власності ЄС, що значно відрізняється від національного (внутрішньодержавного) права інтелектуальної власності та міжнародної системи правової охорони інтелектуальної власності, та являє собою нове правове явище з особливими принципами та предметом правового регулювання. Право інтелектуальної власності ЄС – це система норм права наднаціонального рівня, що регулюють відносини щодо виникнення, набуття, здійснення, охорони та захисту прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, і які є результатом уніфікації та гармонізації законодавства країн-членів ЄС у цій сфері. Наразі також йдеться про інтернаціоналізацію права інтелектуальної власності ЄС, що знайшло своє відображення у все більшому впливі універсальних міжнародних угод, що прийняті під егідою міжнародних організацій (ВОІВ, ЄПО, СОТ), на право ЄС.

У праві інтелектуальної власності ЄС традиційний принцип забезпечення рівноваги особистих інтересів творця об'єкта інтелектуальної власності, що охороняється, з інтересами суспільства, зазнав трансформації, результатом якої є переміщення зазначеної рівноваги на користь комерційних користувачів, зокрема, інвесторів-виробників. У праві інтелектуальної власності ЄС наявною є тенденція щодо захисту інтересів осіб, які здійснюють фінансування створення охороноздатних об'єктів інтелектуальної власності, що не є характерним для традиційного права інтелектуальної власності. У ЄС закріплений особливий суб'єктний склад авторсько-правових відносин, зміст авторського права, особливості припинення відповідних правоспроможностей автора, що є наслідком поєднання на наднаціональному рівні континентальної та англо-американської концепцій авторського права, з тяжінням у напрямку до останньої.

Застосування конструкцій авторського права у ЄС виявилося найбільш прийнятним щодо розробки правових механізмів охорони новітніх об'єктів (комп'ютерних програм і баз даних), поява яких обумовлена технічним прогресом та збільшенням можливостей з розповсюдження та використання інформації. В результаті правотворчої діяльності інституцій ЄС у сфері патентного права та правової охорони торговельних марок, володільці прав на торговельні марки та промислові зразки наразі наділені можливістю вибору одного з трьох режимів правової охорони відповідних об'єктів: національного, міжнародного та європейського регіонального, що встановлює єдину систему правової охорони зазначених об'єктів на всій території ЄС. Право інтелектуальної власності має значний вплив на економічний ринок. Так, зокрема, правоволоділець у сфері інтелектуальної власності наділений низкою прав економічного характеру: дозволяти або забороняти певні дії, пов'язані з відтворенням, розповсюдженням, імпортом чи експортом його об'єкта інтелектуальної власності, брати участь у договірних правовідносинах, отримувати винагороду та розпоряджатися нею.

Сьогодні в системі права ЄС формування права інтелектуальної власності як спеціальної галузі права тільки відбувається. Посилення інтеграції країн-членів ЄС згодом призвело до застосування найбільш сильних засобів захисту прав – введення

охоронних документів ЄС. Про виокремлення права інтелектуальної власності у сформовану окрему галузь права ЄС буде йтися лише після запровадження охоронних документів ЄС на всі основні об'єкти права інтелектуальної власності, посилення гармонізації національного законодавства країн-членів ЄС щодо об'єктів інтелектуальної власності. Водночас, йдеться про наявність сформованої, у загальних рисах, особливої системи права інтелектуальної власності ЄС, яка являє собою нове правове явище, що досить динамічно та швидко розвивається нарівні з національними та міжнародною правовими системами.

МАХМУДОВА Екатерина Владимировна,
аспирантка кафедры конституционного,
административного и международного права
Мариупольского государственного университета

КОММЕРЦИАЛИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ (КОМПАРАТИВИСТСКИЙ АСПЕКТ)

В современном мире формирование правосознания всегда находятся в центре научно-правовой проблематики, так как надлежащая степень знания населением законов, высокий уровень уважения к нормам права, эффективность процессов правотворчества и реализации права, законопослушность граждан и должностных лиц во многом зависят от степени развития правосознания, осмысленного восприятия правовой действительности.

Коммерциализация научных разработок становится важным видом деятельности в университетах [1, с. 11]. Для этого в вузах создаются специальные службы, которые должны осуществлять трансфер университетских технологий: патентные отделы, центры интеллектуальной собственности, отделы трансфера технологий и т.д. В ряде работ о совершенствовании университетской науки, высказывалась необходимость о принятии специального закона по вопросам использования результатов научно-технической деятельности за счет средств государственных или местных бюджетов [4, с. 3–9; 9, с. 3–12], однако до настоящего времени вопрос остается открытым.

Анализ участия в инновационном процессе Украины субъектов научной деятельности показал, что в современных условиях доля университетской науки достигает 15% в нашей стране и 25–35 % в передовых зарубежных странах [2, с. 46–51]. Это свидетельствует о необходимости серьезного подхода к развитию этого сектора науки, создания максимально привлекательного как организационного, так и инвестиционного климата.

Вопросы коммерциализации интеллектуальной собственности исследованы во многих научных работах известных отечественных и зарубежных ученых. Весомый вклад в решение этого вопроса внесли Э. Гейгер, А. Петруненкова, П. Ромер, Л. Федулова, А. Фоломьев, Н. Фонштейн, А. Шпак, Ю. Яковец [7, с. 10; 5, с. 46].

Целью работы является анализ причин малой эффективности работы по коммерциализации интеллектуальной собственности в высших учебных заведениях и предложение вариантов решения данной проблемы.

Оценивая ситуацию с нормативно-правовой базой патентно-лицензионной деятельности высших учебных заведений в различных передовых странах мира, нам представляется наиболее приемлемый вариант реализуемый в США, где в 1980 году вышел Закон Бай-Доула. Закон не только позволил университетам коммерциализировать интеллектуальную собственность, созданную за счет финансирования федеральным правительством, но и создавать и финансировать службы по передаче технологий из этого бюджета. По такому пути пошли Япония и Китай, где государственная поддержка, особенно вначале создания научных центров и центров по передаче технологий в университетах, была особенно важна.

С 2003 года начал разрабатываться проект Закона Украины «Об особенностях введения в гражданский объектив интеллектуальной собственности, которые созданы с использованием средств государственного и/или местного бюджетов, специальных фондов и государственных фондов целевого назначения» [9, с. 3–12]. В 2005 году Закон был даже рассмотрен в первом чтении в Верховной Раде Украины, однако до настоящего времени так и не был принят.Требуют доработки Законы «Про научную и научно-техническую деятельность» (№ 285-XIV от 1998 г.), «Про инновационную деятельность» (№ 40-IV от 2002 г.) и др.

Рассматривая варианты коммерциализации интеллектуальной собственности, реализуемые в США, Японии и Китае, мы определили проблемы, которые являются причиной слабой коммерциализации вузовской интеллектуальной собственности в Украине. Одна из них – отсутствие во многих вузах реально работающих отделов трансфера технологий, которые бы активно контактировали с авторами/разработчиками новых технологий [8, с. 211]. Вторая причина – недостаточная информированность авторов в вопросах коммерциализации технологий [8, с. 213; 10 с. 62]. Третья причина – недоверие разработчиков к отделу трансфера технологий, в нежелании привлекать дополнительное звено в процесс коммерциализации. Авторы опасаются раскрывать информацию о разработке, понести потери в распределении денежного вознаграждения [10, с. 64; 11, с. 112].

Отдел трансфера технологий Института инноватики и маркетинга Уральского государственного технического университета – Уральского политехнического института [6, с. 63] разработал систему, которая включает в себя письменные соглашения участников процесса коммерциализации на различных этапах коммерциализации. На информационном этапе регламентирующим документом является соглашение о конфиденциальности. На контактном этапе – регламентирующий документ – соглашение о намерениях. Предпродажный этап – регламентирующий документ – соглашение о покупке лицензии и соглашение о конфиденциальности. На этапе выхода технологии на рынок заключается лицензионное соглашение. Соглашение о намерениях заключается между университетом и автором на втором этапе коммерциализации, когда отдел трансфера технологий университета организует контактный тематический семинар встречу разработчиков с потенциальными покупателями, инвесторами и другими учеными.

В соглашении, по нашему мнению, должны быть освещены следующие важнейшие вопросы: во-первых: кому принадлежат имущественные права на объекты интеллектуальной собственности. Во-вторых, каково участие в получении патента каждой стороны. В-третьих, какая сторона будет выплачивать вознаграждение авторам. В четвёртых, в случае окончания научно-исследовательской работы, кто оформит права на объект права интеллектуальной собственности. В пятых, нужно ли отдельное

соглашение по конкретизации совместных действий. Взаимосвязь науки с производством необходимо постоянно развивать. При этом ведущую роль здесь необходимо предусмотреть для университетов, возможно создавая из них даже определенные научные центры. Но, тем не менее, в вопросах первоначального финансирования как показывает опыт передовых стран, главную роль должно сыграть государство.

В условиях глобализации особую значимость приобретает правосознание должностных лиц, которые ответственны за проведение правовой политики и правовой реформы в стране.

Таким образом, для повышения эффективности работы по коммерциализации вузовской интеллектуальной собственности необходимо создавать реально действующие службы трансфера технологий, которые бы: помогали авторам в оценке потенциала коммерциализации и трансфера разработки; содействовали установлению новых деловых контактов между разработчиками и потребителями; занимались поиском потенциальных покупателей технологий; отслеживали интересы сторон, путем создания пакетов соглашений для каждого этапа вывода разработки на рынок. Также следует применять опыт передовых стран мира, в частности, США, Японии и Китая.

---

1. Закон України від 25 червня 2009 р. №1563-VI «Про наукові парки» // Офіційний вісникУкраїни. – 2009. – № 57.

2. Андрощук Г. Університетські служби з передання технологій: моделі фінансування // Інтелектуальна власність. – 2010. – № 7. – С. 46–51.

4. Орлюк О. Виконання наукових досліджень за державні кошти: міжнародний досвід // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2006. – № 4. – С. 3–9.

5. Коммерциализация технологий российский и мировой опыт: сб. статей / под.ред. А.А. Петруненкова, Н.М. Фонштейн. – М.: ЗелО, 2001.

6. Управление конфликтами интересов в сфере создания и использования интеллектуальной собственности: сб. статей / под ред. С.А. Романова, Е.С. Богомолова. – Екатеринбург: УГТУ-УПИ, 2005.

7. Федулова Л.И. Инновационное развитие украинской экономики // Проблемы прогнозирования / Под ред. Л.И. Федулова. – 2009. – № 4. – С. 8–11.

8. Менеджмент инноваций: теория и практика / под ред. А.Н. Фоломьева, Э.А. Гейгера. – М.: Российская ак. гос. службы, 1998. – 385 с.

9. Шидловський А.К. Досвід та проблеми винахідництва і підтримки творчої діяльності в науці // Інтелектуальний капітал. – 2003. – № 3. – С. 3–12.

10. Шпак А.П. Передача технологий в Україні: ситуація і проблеми // Наука та наукознавство / под ред. А. П. Шпак. – 2010. – № 1. – С. 60–66.

11. Теория и механизм инноваций в рыночной экономике / под ред. Ю.В. Яковец. – М.: Межд. фонд Н. Д. Кондратьева, 2008. – 255 с.

САВИЧ Сергій Святославович,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки

МОДЕЛЬ ПЕРЕСІЧНОГО СПОЖИВАЧА ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ В ОХОРОНІ КОМЕРЦІЙНИХ ПОЗНАЧЕНЬ У РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА

Комерційні позначення (засоби індивідуалізації), до яких у вітчизняній юридичній науці відносять торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування складають окремий інститут права інтелектуальної власності. Головне завдання згаданих об'єктів – забезпечувати ідентифікацію як товарів та послуг виробників (торговельні марки, географічні зазначення), так і безпосередньо самих виробників (комерційні найменування) на ринку. Ця мета визначає зміст та особливості здійснення прав щодо них, відрізняє режим їх охорони від інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності людей.

Особою, яка сприймає вказані позначення, їх кореспондентом на ринку, найчастіше виступає саме споживач, що було враховано у практиці органів Європейського Співтовариства та знайшло відображення у розробці моделі пересічного споживача як «добре поінформованої, уважної та спостережливої особи», яка є невід'ємним компонентом охорони комерційних позначень у праві ЄС. Наслідуючи загальноєвропейські підходи, дане поняття у своє законодавство та юридичну практику, як член ЄС, ввела і Республіка Польща.

У контексті гармонізації вітчизняного законодавства про комерційні позначення зі стандартами Європейського Співтовариства, вивчення ролі пересічного споживача в охороні комерційних позначень є актуальним питанням.

Мета даної роботи – на прикладі конкретної правової системи – Республіки Польща, показати роль пересічного споживача в охороні комерційних позначень. Даному питанню присвячено праці цілого ряду польських вчених: Р. Скубіша, Р. Стефаніцького, Й. Мордвілко-Осайди, К. Ясінської, А. Тішнер та ін.

У польському законодавстві пересічний споживач визначається як особа, що є в достатній мірі поінформованою, уважною та обачною, при чому її віднесення до розряду пересічних споживачів проводиться з урахуванням суспільних, культурних та мовних чинників, а також приналежності її до спеціальної групи споживачів, які найбільш уразливі до нечесних ринкових практик в у зв'язку з віком, фізичними чи психічними особливостями [1].

На прикладі товарного знаку[1], модель пересічного споживача застосовується при аналізі відповідності заявленого на реєстрацію позначення окремим вимогам охороноздатності. У польській судовій та адміністративній практиці (на відміну від України), оцінка критеріїв охороноздатності товарного знаку (напр. наявності розрізняльної здатності), є правовим питанням, а тому предметом експертного дослідження бути не може. Посилання у правозастосовній практиці цих органів на позицію пересічного споживача, який в курсі справ про реалії ринку тих чи інших товарів, підготовлений добросовісною рекламою, є юридичною фікцією, від якої відштовхується орган, приймаючи рішення. Такий споживач є уявним, його образ у поєднанні з рядом ознак товарного знаку, товарів та послуг, які він позначає, дозволяє оцінювати обставини справи у максимальній наближеності до ринкових умов. З посиланням на пересічного споживача польським патентним відомством встановлюється наявність у товарного знаку розрізняльної здатності, можливість його вводити в оману через подібність до інших зареєстрованих товарних знаків чи географічних зазначень, інші умови. При розгляді справ про визнання реєстрації позначення недійсною, суди також встановлюють відповідність оспорюваного позначення критеріям охороноздатності з урахуванням цієї моделі.

Варто зазначити, що у праві інтелектуальної власності ЄС, польському праві промислової власності, пересічний споживач є

---

[1] Такий термін використовує польське право (закон – право промислової власності Республіки Польща, закон про подолання недобросовісної конкуренції Республіки Польща).

умовною конструкцією, а не реальним суб'єктом права, за ним не передбачається якихось прав та інтересів стосовно торговельної марки. У літературі вказується, що коли йде мова про введення в оману такого споживача, то його «пошук» для суду є доволі непростим завданням, зважаючи на те, що суди аналізують ще цілий ряд факторів таких як сила торговельної марки, ступінь її подібності до інших комерційних позначень, ціна товарів, зв'язок між товарами у свідомості споживачів тощо [2, с. 373], а тому говорити про якусь його суб'єктність неможливо.

По-іншому розглядає місце пересічного споживача в охороні комерційних позначень польське конкурентне право, яке також забезпечує охорону комерційних позначень. У зв'язку з імплементацією вимог Директиви ЄС про недобросовісні торгові практики, воно зазнало ряду змін, що проявилось у першу чергу в запровадженні інституту індивідуального позову пересічного споживача. Цей інструмент більшою мірою спрямований на забезпечення індивідуальних прав та інтересів споживача, проте у випадку заподіяння такому споживачеві майнової шкоди внаслідок покупки товару з фальсифікованою торговельною маркою чи географічним зазначенням, у нього, окрім права відшкодувати завданні збитки, з'являється ще й можливість вимагати припинення діяльності підприємця по випуску продукції під фальсифікованими торговельними марками, що можна розглядати як засіб забезпечення охорони комерційних позначень.

Підсумовуючи слід вказати, що застосування моделі пересічного споживача дозволяє більш повно забезпечувати охорону комерційним позначенням, збільшити роль суду при встановленні наявності критеріїв охороноздатності у цих об'єктах права інтелектуальної власності. За умови належної освітньої роботи із споживачами, забезпечення добросовісної реклами, дана модель має бути запроваджена і у національне законодавство як така, що відповідає підходу ЄС.

---

1. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dinia 23 sierpnia 2007 r. // Dziennik Urzędowy. – 20 września 2007 r.

2. Austin G.W. Tolerating confusion about confusion: trademark policies and fair use // Trade mark law and theory: A handbook for contemporary research. – London: Elgar, 2008. – P. 368-404.

ЛАПТЕВА Анна Михайловна,
кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры финансового права
Санкт-Петербургского филиала
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ УСЛОВИЙ ПАТЕНТОСПОСОБНОСТИ ПОЛЕЗНОЙ МОДЕЛИ В РОССИИ И КИТАЕ

Полезные модели названы в качестве охраняемых объектов в Парижской конвенции об охране промышленной собственности 1883 г., однако охраняются они далеко не во всех странах, например, в США, Канаде, правовая охрана им не предоставляется. Кроме того, даже в странах, предоставляющих правовую охрану полезным моделям, отсутствует единообразие в формулировке понятия «полезная модель» и в условиях ее патентоспособности. В связи с этим представляется весьма актуальным исследовать условия патентоспособности полезной модели в России и Китае.

Согласно п. 1 ст. 1351 ГК РФ [1] полезной модели предоставляется правовая охрана, если она является новой и промышленно применимой.

Если обратиться к законодательству Китая, то в соответствии с ним к условиям патентоспособности полезной модели относятся новизна, изобретательский уровень и практическая применимость [2]. Следовательно, в отличие от российского законодательства, в Китае применительно к полезным моделям вводится дополнительное условие патентоспособности «изобретательский уровень».

На первый взгляд, может показаться, что указанный дополнительный критерий дает основание говорить о более низком творческом уровне полезных моделей России. Однако полностью отрицать творческий характер полезных моделей в российском законодательстве некорректно, поскольку последние создаются творческим трудом их авторов.

Что касается содержательного наполнения каждого из условий патентоспособности полезной модели, то оно также имеет свои особенности у каждой из стран.

Новизна. Согласно п. 2 ст. 1351 ГК РФ полезная модель является новой, если совокупность ее существенных признаков не известна из уровня техники. Т.е. полезная модель признается новой, если в уровне техники неизвестно средство того же назначения, что и полезная модель, которому присущи все приведенные в независимом пункте формулы полезной модели существенные признаки, включая характеристику назначения.

В законе КНР «О патентах» [2] новизна означает, что полезная модель не относится к известному уровню техники. Следовательно, сравнение, заявляемого в качестве полезной модели объекта, производится не только со средствами того же назначения.

Уровень техники применительно к полезной модели также имеет свои особенности. В частности, в соответствии со ст. 1351 ГК РФ уровень техники включает опубликованные в мире сведения о средствах того же назначения, что и заявленная полезная модель, и сведения об их применении в Российской Федерации, если такие сведения стали общедоступными до даты приоритета полезной модели. Под известным уровнем техники в законе КНР понимается технический уровень, ставший общеизвестным в КНР и за рубежом до дня подачи заявки.

Таким образом, новизна полезной модели по российскому законодательству является относительной мировой (поскольку при оценке новизны учитываются сведения о применении средств того же назначения в рамках Российской Федерации), а по китайскому законодательству - абсолютно мировой.

Изобретательский уровень. В российском законодательстве применительно к полезной модели отсутствует указание на такое условие патентоспособности как изобретательский уровень. В Китае, напротив, для полезной модели установлен дополнительный критерий патентоспособности, заключающийся в наличие изобретательского уровня. Так в ст. 22 закона КНР «О патентах» указано, что полезные модели должны изобретательским уровнем [2].

Промышленная применимость. Данный критерий патентоспособности полезных моделей закреплен в законодательстве обоих государств. В п. 4 ст. 1351 ГК [1] указано, что полезная модель является промышленно применимой, если она может быть использована в промышленности, сельском хозяйстве,

здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере. Т.е. в данном случае речь также идет о потенциальной возможности применения полезной модели в указанных сферах. Аналогичного рода формулировка содержится и в законодательстве Китая. В соответствии с китайским законодательством практическая применимость означает, что полезная модель может изготовляться или применяться, а также может приносить положительный эффект [2].

Таким образом, содержательный аспект критерия промышленной применимости идентично у обоих государств.

На основании проведенного анализа можно заключить, что условия патентоспособности в рассматриваемых странах имеют много общих черт. Последнее, на наш взгляд, основывается на том, что назначение полезной модели («малое изобретение») одинаковое в каждой из указанных стран. Однако содержание критериев патентоспособности у каждого государства отличается определенным своеобразием, позволяющим учитывать особенности экономических условий каждого из них.

---

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 08.12.2011) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст. 5496.

2. Закон КНР «О патентах» от 12.03.1984 г. // Законодательство Китая. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_patent – Дата доступа: 23.03.2012.

КАРНАУХ Богдан Петрович,
аспирант кафедры гражданского права
Национального университета
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

ГЕНЕРАЛЬНЫЙ ДЕЛИКТ VS ДЕЛИКТ НЕОСТОРОЖНОСТИ: МЫ НЕ ТАКИЕ РАЗНЫЕ, КАК ПРИНЯТО СЧИТАТЬ

Согласно доктринальному определению деликта неосторожности (tort of negligence) в английском праве «лицо, по неос-

торожности причинившее вред другому, может быть обязано этот вред возместить» [2, с. 25].

Цель настоящего исследования – сравнить условия ответственности при генеральном деликте и при деликте неосторожности, исходя из того, что, как мы считаем, деликт неосторожности играет в системе общего деликтного права роль весьма близкую к той, которую в континентально-европейских правопорядках играет генеральный деликт [3, с. 216–217].

Как известно, условиями ответственности при генеральном деликте являются: (1) противоправность деяния; (2) наличие вреда; (3) наличие причинной связи между противоправным деянием и вредом; (4) вина.

Деликт неосторожности предполагает наличие трех элементов, которые надлежит доказать истцу:

(a) наличие у ответчика обязанности соблюдать осторожность по отношению к истцу, или кратко – обязанность соблюдать осторожность (*duty of care*);

(b) нарушение обязанности ответчиком (*breach of duty*);

(c) наличие вреда, причиненного нарушением обязанности (*resulting damage*) [4, с. 458].

Сопоставив условия ответственности при этих двух деликтах, можно отметить следующее. Два элемента (a) и (b) англо-американской формулы (обязанность соблюдать осторожность и ее нарушение) соответствуют одному элементу (1) континентальной формулы (противоправное деяние). Разумеется, нельзя квалифицировать то или иное поведение как правонарушение, не определив нарушением *чего именно* оно является: поэтому условие о наличии прав и обязанностей, которые нарушены, в континентальном варианте формулы инкорпорировано в первый операнд – «противоправное деяние». Очевидно, что указанное отличие погоды не делает, поскольку является чисто формальным: главное же то, что оба элемента – наличие прав и обязанностей и их нарушение – видятся необходимыми условиями ответственности в обеих системах.

Элементу (c) англо-американской формулы (причиненный вред), наоборот, соответствует два элемента – (2) и (3) – в континентальной формуле (наличие вреда и причинная связь). Одна-

ко об этом отличии, несомненно, можно сказать то же что и о предыдущем – оно чисто формально. Само собой разумеется, речь не о том, что в англо-американском деликтном праве причинная связь не исследуется (еще как исследуется), а лишь о том, что она исследуется в рубрике «*причиненный* вред».

Но все же одному элементу континентальной формулы, казалось бы, не нашлось аналога в англо-американской: среди условий ответственности при деликте неосторожности не названа вина. Но это только на первый взгляд – на самом же деле все не так просто.

Возьмем, к примеру, первый элемент деликта неосторожности – наличие обязанности соблюдать осторожность. Обязанность соблюдать осторожность – это, как правило, не есть *формально-определенная* обязанность. Это не прескрипция с некоего, условно говоря, списка, составленного законодателем. Наличие обязанности соблюдать осторожность устанавливается судом в каждом конкретном деле, относительно каждого конкретного ответчика и каждого истца, на основании всех фактических обстоятельств дела. Для того чтобы констатировать, что такая обязанность имела место быть, суду надлежит ответить на вопрос: «Должен ли был этот конкретный ответчик, действуя в сложившейся ситуации, учитывать интересы того круга лиц, к которому принадлежит истец?»

Иными словами, это означает, что наличие обязанности соблюдать осторожность напрямую зависит от *предвидимости* (foreseeability) определенного типа вреда для определенного круга лиц. Но эта же предвидимость в континентально-европейском праве традиционно рассматривается как критерий *виновности* деликвента.

Рассмотрим теперь элемент (b) деликта неосторожности – нарушение обязанности. Опять-таки, нарушение обязанности – это не просто «техническое», внешнее несоответствие между фактом и формально определенной нормой. Нарушение обязанности имеет место в том случае, если ответчик, учитывая все обстоятельства сложившейся ситуации, а также *то*, что он при таких обстоятельствах должен был предвидеть, действовал не так, как при аналогичных условиях действовал бы разумный человек. «Критерий, – указывают Ч. Вайлд и С. Вейнштейн, –

состоит в том, чтобы поставить на место ответчика гипотетического разумного человека и смоделировать его поведение при таких обстоятельствах» [4, с. 459]. «Как повел бы себя разумный человек при таких же обстоятельствах?» – лаконично формулирует контрольный вопрос Д. Говарс [1, с. 37].

Таким образом, в общем праве факт нарушения обязанности соблюдать осторожность устанавливают путем сопоставления поведения ответчика с некоторой, имплицированной из обстоятельств, разумной моделью. Но именно это сопоставление в континентально-европейском праве и называют *исследованием на предмет виновности*. Так, согласно статье 4:101 «Вина» Принципов европейского деликтного права «Лицо несет ответственность на основании вины за умышленное или неосторожное **нарушение обязательного стандарта поведения**». Согласно же статье 4:102 «**обязательным стандартом поведения является поведение разумного человека**…» (выделение наше. – Б.К.).

Подводя итог сравнительного анализа условий ответственности при генеральном деликте в континентально-европейском праве и условий ответственности при деликте неосторожности в общем праве, следует сделать вывод о том, что в обеих системах суды исследуют один и тот же набор релевантных обстоятельств. Разница лишь в том, что эти обстоятельства в двух системах по-разному сгруппированы доктриной в «ячейки» элементов окончательной формулы.

Мы не такие разные, как принято считать! – таким, думается, должен быть девиз на щите современных сравнительно-правовых исследований.

---

1. Howarth D. Textbook on Tort. – London: Butterworths, 1995. – 683 p.

2. Jones M.A. Textbook on Torts. – 5th ed. – London: Blackstone Press Limited, 1996. – 567 p.

3. Karnaukh B.P. The Concept of Fault in Tort Law of Common Law Countries // Порівняльно-правові дослідження. – 2011. – № 1. – С. 216–223.

4. Wild Ch., Weinstein S. Smith and Keenan's English Law: text and cases. – 16th ed. – London; New York etc.: Longman, 2010. – 954 p.

РЯБИНЧУК Полина Геннадьевна,
научный сотрудник лаборатории
сравнительно-правовых исследований,
начальник юридического отдела
Санкт-Петербургского филиала
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО СТРОИТЕЛЬНОМУ КОНТРАКТУ ПО ПРАВУ АНГЛИИ И РОССИИ

Институт освобождения от ответственности стороны договора в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств по причине возникновения объективных обстоятельств имеет место во всех правовых системах, но условия, при которых допускается освобождение от ответственности - различны. В Российской Федерации указанный институт именуется непреодолимой силой. В английском праве практикуется доктрина тщетности (frustration) договора.

Доктрина тщетности договора применятся в случаях фактической или юридической невозможности исполнения договоров, в случаях отпадения цели договора и в случаях, когда наступление последующих обстоятельств меняет его природу настолько, что его исполнение в результате будет коренным образом отличаться от намерений сторон при заключении договора.

По ранее безоговорочному общему правилу английского права, невозможность, возникающая после совершения договора, не освобождала должника от его исполнения. В настоящее время, отказываясь от указанного принципа суды, применяют к договорам подразумеваемое условие, согласно которому «стороны освобождаются от ответственности, если исполнение становится невозможным из-за гибели вещи не по вине одной из них» [1, с. 250]. Примером применения доктрины подразумеваемого условия к строительным контрактам является дело Appleby v. Myers (1867) LR 2 CP 651, в котором контракт на выполнение монтажных работ признан тщетным в связи с

полным уничтожения огнем объекта, в котором выполнялись указанные работы [2, с. 364–365].

От случаев невозможности исполнения договора английское право отличает случаи, когда исполнение договора возможно, но в результате наступления непредвиденных обстоятельств, становится крайне затруднительным или теряется сама цель исполнения взаимных обязательств. Так, в деле Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co Ltd [1918] AC 119 Палата Лордов признала, что исполнение контракта после войны представляло бы собой исполнение свершено иного контракта. По мнению суда, перерыв в исполнении договора, который имел место, был такого характера и такой продолжительности, что по существу превращает договор, если возобновить его исполнение, в радикально отличающийся договор [3, с. 172].

Необходимо отметить, что если стоимость и сложность исполнения работ по контракту оказались значительно выше предполагаемых изначально, то этот факт не является достаточным для применения доктрины тщетности договора. По российскому праву нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие денежных средств также не относятся к обстоятельствам непреодолимой силы и не являются основанием для расторжения договора и освобождения от ответственности.

Оба из указанных направлений в развитии английской судебной практики породили «доктрину тщетности договора». Высказывание Лорда Рэдклиффа в деле *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC* стало классическим определением доктрины тщетности договора: «Тщетность имеет место всякий раз, когда право признает, что при отсутствии неблагоприятных условий для той или иной стороны договорное обязательство все же не может быть исполнено, поскольку обстоятельства, при которых обязательство должно быть исполнено представляет собой абсолютно иное, нежели то обязательство, которое стороны предусмотрели в договоре (Это не то, что я обязался сделать)» [4].

По праву Великобритании в результате признания строительного контракта тщетным стороны освобождаются от исполнения обязательств, а денежные средства, оплаченные по контракту подлежат возврату, но если сторона, которая являлась

получателем денежных средств понесла какие-либо затраты или получила выгоду, то суд вправе решить какие суммы подлежат оплате или взысканию с другой стороны. Согласно п. 3 ст. 451 ГК РФ при расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон аналогичным образом определяет последствия расторжения договора. Таким образом, суды Англии и России осуществляют распределение между сторонами расходов, в связи с исполнением договора, но по праву России освобождения от ответственности при возникновении договорных затруднений не наступает.

В российском праве существенно изменившиеся обстоятельства по своему характеру напоминают обстоятельства непреодолимой силы. Однако российские ученые едины во мнении о том, что современное гражданское законодательство России пошло по пути четкого разграничения понятий «существенное изменение обстоятельств» и «непреодолимая сила». В связи с чем, существенное изменение обстоятельств по договору строительного подряда в отличие от возможности, предусмотренной доктриной тщетности договора, не может быть основанием для освобождения от ответственности, но может повлечь его изменение или расторжение.

В связи с неопределенностью понятия «форс-мажор» и «непреодолимая сила» в российском законодательстве признать обстоятельство чрезвычайным и непредотвратимым в рамках строительного контракта правомочен только суд. Также и в английском праве, несмотря на то, что основные принципы доктрины тщетности тщательно обоснованы, последняя всегда требует анализа права и ответа на вопрос, сделали ли выступающие как тщетные события исполнение радикально иным, чем подразумевалось договором.

---

1. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Соч. в 2 т. – Т. 2. – М.: Междунар. отношения, 1998. – 512 с.

2. Ансон В.Р. Основы договорного права / пер. с англ. А.С. Александровский; под ред. Д.Ф. Рамзайцева. – М.: Междунар. кн., 1947. – 455 с.

3. Adriaanse J. Construction Contract Law: The Essentials. Norfolk: Palgrave Macmillan, 2005. – 362 p.

4. Davis Contractors v Fareham Urban DC [1956] A.C. 696 [Электронный ресурс] // Сайт Института правовой информации Великобритании и Ирландии. – Режим доступа: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html/ – Дата доступа: 29.03.2012.

ДАНЕЛЬЯН Андрей Андреевич,
кандидат юридических наук, руководитель
Центра инновационных проектов
Евразийского научно-исследовательского института
проблем права (Москва)

НАДНАЦИОНАЛЬНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В РАЗВИТИИ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА

Современный уровень развития международного инвестиционного права (МИП) настоятельно требует научно-теоретического переосмысления накопленного за многие десятилетия эмпирического и доктринального материала в данной сфере, используя, в том числе, и методологию сравнительного правоведения.

Механизм правового регулирования иностранных инвестиций составляет совокупность норм и правил национального права и международного права, которая определяет правовой статус иностранных инвестиций. Принципы и нормы МИП происходят из общих принципов международного публичного права и специальных принципов международного экономического права (МЭП), особых конвенционных и неконвенционных инвестиционных норм и правил.

Инвестиционное законодательство в развивающихся государствах и странах переходной экономики формировались на обычаях и нормах международного права [2, с. 47].

Концепция о международном инвестиционном праве, как самостоятельной подотрасли международного экономического права, сегодня считается как в России, так и за рубежом общепринятой [3, с. 85].

Современное МИП исторически начало возникать в форме правового статуса иностранцев в международном обычном пра-

ве, который уже в XIX в. начал юридически закрепляться в конвенциях о поселении.

Конвенции о поселении и двусторонние договоры о дружбе, свободной торговле и мореплавании, практикуемые в XIX и XX вв., создавали постепенно договорные фундаментальные правовые основы инвестирования за рубежом.

Эволюция системы международно-правового урегулирования инвестиционных споров неразрывно связана с переходом от норм так называемого «мягкого права» («softlaw») к принципам и нормам международно-правового регулирования зарубежных капиталов в государствах-реципиентах.

Традиционные принципы международного права по регулированию особого режима иностранных инвестиций применялись на основе ответственности государства за причинение вреда иностранным гражданам и иностранной собственности.

В начале XX в. укоренилась доктрина латиноамериканских юристов (доктрина Кальво). В соответствии с указанной доктриной, развивающиеся страны во главу угла политики в отношении иностранных инвестиций ставили так называемый национальный стандарт, который признавал только внутригосударственные формы и методы регулирования споров в сфере иностранных инвестиций. Таким образом, доктрина Кальво предусматривала исключительную юрисдикцию национальных судов при рассмотрении инвестиционных споров.

В основу данной доктрины легли следующие положения: иностранные фирмы не должны пользоваться преференциальным режимом; иски в отношении иностранцев в стране осуществления инвестиций должны быть предметом рассмотрения в национальных судах той же страны, а не в международных арбитражных судах; дипломатическая защита может быть осуществлена иностранным государством только в случаях прямого нарушения международного права [4, с. 17].

С точки зрения теории общего международного права конвенционное развитие МИП фактически началось только в середине XX века в ходе масштабной практики заключения международных двусторонних инвестиционных договоров. Первые конкретные попытки создания международно-правовых инструментов защиты иностранных инвестиций, а также междуна-

родных механизмов разрешения инвестиционных споров были предприняты после окончания Второй мировой войны и оказались неудачными.

Ожесточенная дискуссия, развернувшаяся в 70-е годы XX века по инициативе развивающихся стран вокруг зарубежных капиталов, стала вызовом традиционным западным концепциям арбитражно-правовой защиты инвестиций в рамках международного права, главным образом в виде важнейших резолюций ООН. Они призывали к отказу от международного арбитража в качестве механизма урегулирования инвестиционных споров в пользу исключительной юрисдикции национальных судов (доктрина Кальво).

Постепенно в 80–90 е годы прошлого века Вашингтонская Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и национальными физическими и юридическими лицами от 1965 г. стала первым универсальным, постепенно общепризнаваемым международно-правовым актом в этой сфере. Но позиции стран «третьего мира», сформулированные на форумах ООН в виде резолюций в силу преобладающего большинства развивающих стран на Генеральной Ассамблеи, так и не были приняты западными странами-экспортерами капитала. Наоборот, в ходе широкомасштабного заключения с развивающимися государствами двусторонних инвестиционных договоров, странам-экспортерам капитала удалось в целом юридически закрепить в них западные стандарты режима иностранных инвестиций, в том числе в сфере урегулирования инвестиционных споров [1, с. 260].

Общие принципы международного права нашли свое логическое предопределение в утверждении так называемых международных стандартов режима зарубежных капиталов, которые по совокупности обозначены в международной договорной практике как стандарт справедливого и равного режима. Последний, опираясь на фундаментальные принципы международного права, выполняет не прямую, а опосредованную функцию при защите иностранных инвестиций на территории государства-реципиента.

Таким образом, ретроспективный метод изучения правового обеспечения зарубежного инвестирования, позволяет сделать

вывод о том, что в отличие от других сфер экономической деятельности в сфере иностранных инвестиций формирование международно-правовых норм предшествовало созданию национально-правовых норм.

Национальные инвестиционные законодательства сформировались уже после 60-х годов прошлого века исключительно на основе международно-правовых норм как конвенционного, так и неконвенционного характера. Эффективное осуществление международным инвестиционным правом своих функций невозможно представить без гармоничного взаимодействия с национальным правом.

---

1. Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 290 с.

2. Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс. – М., Проспект, 2010. – 416 с.

3. Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. - М.: Волтерс Клувер. 2005. – 404 с.

4. Calvo C. Le droit international theorique et pratique, precede d'un expose historique des progres de la science du droit des gens. – 5thed. – Paris, 1968.

ПУЗАНОВА Галина Иосифовна,
кандидат юридических наук,
доцент Международного гуманитарного университета
(Одесса)

ПРАВОВЫЕ РЕЖИМЫ ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТИРОВАНИЯ: МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

Существенным фактором для иностранных инвесторов является инвестиционная политика принимающего государства, эффективное и стабильное функционирование правовой системы, обеспечивающие гарантии иностранным инвесторам и определяющие специфику направлений и способов регулирования допуска иностранных инвестиций в экономику принимающего государства. В связи с тем, что по результатам 2011 года

Украина опустилась в рейтинге Всемирного банка Doing Business, оценивающим условия ведения бизнеса в каждой конкретной стране, с 149-го на 152-е место среди 183 возможных [1], то вопросы правового обеспечения иностранного инвестирования, как одного из направления предпринимательства, не теряют своей актуальности.

Целью данной статьи является исследование международных принципов правового регулирования иностранного инвестирования. При подготовке публикации были использованы работы украинских и зарубежных ученых: А.Г. Богатырева, М.М. Богуславского, Н.Н. Вознесенской, Г.К. Дмитриевой, Н.Г. Дорониной, Г.М. Костюнина, Н.Н. Ливенцева, В.К. Мамутова, В.Ф. Попондопуло, Н.Г. Семилютиной и др.

Мировая практика регулирования иностранного инвестирования свидетельствует о том, что развитые государства, как правило, не разделяют инвесторов на внешних (иностранных) и внутренних (национальных), а правовой режим деятельности един независимо от их национальной принадлежности [2, с. 270].

Законодательство Украины устанавливает равные условия деятельности для зарубежных и национальных инвесторов, так, в ст. 7 Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования» [3] указано, что для иностранных инвесторов на территории Украины устанавливается национальный режим инвестиционной и иной хозяйственной деятельности, за исключениями, предусмотренными законодательством Украины и международными договорами Украины. Вместе с тем, действующее законодательство закрепляет и иные правовые режимы инвестиционной деятельности. Статья 7 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» [4] определяет, что в отношении иностранных инвесторов применяются: национальный режим, режим наибольшего благоприятствования и специальный режим, на территориях специальных экономических зон, что подчеркивает несогласованность норм данных законов.

В международной практике регулирования инвестиционной деятельности используются различные правовые режимы: национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, режим абсолютного стандарта, справедливый и равноправный режим, режим транспарентности, специальные режимы в

свободных экономических зонах и иных подобных им территориальных образованиях [5, с. 41–46].

Суть стандартного режима наибольшего благоприятствования заключается в том, что принимающая страна относится к инвесторам одной страны не менее благоприятно, чем к инвесторам любого другого государства. Режим наибольшего благоприятствования гарантирует инвесторам защиту от любых форм дискриминации со стороны принимающей страны, что является решающим при создании равных конкурентных возможностей между инвесторами различных государств.

Режим абсолютного стандарта обеспечивает полную и безусловную защиту инвестиций в соответствии с теми стандартами, которые приняты в международном праве.

Справедливый и равноправный режим предполагает критерий, с помощью которого можно оценить взаимоотношения между зарубежными инвесторами и правительством принимающей страны. Этот режим служит сигналом со стороны последнего, так как означает, что желания государств принимать зарубежный капитал на условиях, учитывающих интересы инвестора, должны быть справедливыми и равными. Поскольку многие страны – импортеры капитала имеют множество соглашений, включающих этот режим, стремление применить его может поднять вопрос об общем отношении принимающего государства к зарубежным инвесторам.

Принцип транспарентности, распространившийся в мировой практике сравнительно недавно, требует своевременного уведомления инвесторов об изменениях в инвестиционных режимах принимающих стран, в том числе через публикацию и/или иной способ доведения информации об инвестиционных режимах, о действующем законодательстве и внесении в него изменений или дополнений и др., а также проведение брифингов о текущей инвестиционной политике, о возможных в будущем шагах правительства в этом направлении, объяснение специфики административных процедур и практики регистрации, лицензирования и др.

Что же касается национального режима регулирования деятельности иностранных инвесторов, то он характерен для индустриально развитых стран и его целесообразно вводит только в экономически и политически стабильных странах. В условиях структурной перестройки экономики Украины исполь-

зование национального режима привлечения иностранных инвестиций вряд ли можно назвать эффективным средством содействия иностранному инвестированию и обеспечения гарантий иностранным инвесторам, что необходимо принимать во внимание при определении государственной политики иностранного инвестирования.

---

1. Всемирный банк опустил Украину [Электронный ресурс] // Сайт Banki.ua. – Режим доступа: http://www.banki.ua/news/bankpress/?id=14123 - Дата доступа: 30.03.2012.

2. Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; под ред. В.К. Мамутова. – К.: Юринком Интер, 2002. – 912 с.

3. Закон Украины «О режиме иностранного инвестирования» от 19 марта 1996 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 9. – Ст. 80.

4. Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» от 16 апреля 1991 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 29. – Ст. 377.

5. Костюнина Г.М., Ливенцев Н.Н. Междунароная практика регулирования иностранных инвестиций: Учеб. пособие. – М.: Анкил, 2001. – 128 с.

ГНАТІВ Оксана Михайлівна,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА УЧАСТЬ В УПРАВЛІННІ АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

У світовій практиці існує три моделі здійснення корпоративного управління у акціонерних товариствах: англо-американська; японська; німецька.

Англо-американська модель. У країнах загального права обов'язкового схвалення акціонерів потребують два питання –

це вибори директорів і призначення аудиторів. Згода акціонерів також потрібна у разі купівлі контрольного пакета акцій, реорганізації, внесення змін до статуту корпорації.

У США акціонери не мають права голосувати за розмір дивідендів, що пропонує рада директорів. У Великобританії, навпаки, це питання ставиться на голосування. Акціонери мають право включати пропозиції до порядку денного річних зборів.

Акціонери мають право брати участь в голосуванні щодо внесення змін до статуту, обирати директорів, а також погоджувати чи не найбільш важливі «органічні» обмеження, які можуть привести до ліквідації компанії (злиття чи продажу). Більше того, акціонери американських компаній не мають ніякого впливу на поточні справи компанії. Акціонери не визначають рівень дивідендів, не вирішують питань щодо прийняття на роботу або звільнення менеджерів.

Японська модель. Виплата дивідендів, розподіл коштів, вибори ради директорів і призначення аудиторів складають звичайне коло питань, що вимагають схвалення акціонерів.

Крім цього, без згоди акціонерів не можна вирішувати проблеми, що стосуються капіталу корпорацій; приймати зміни до статуту (наприклад, зміни чисельності і складу ради директорів або зміни затвердженого виду діяльності, виплачувати вихідну допомогу директорам, аудиторам; підвищувати верхню межу винагороди директорам і аудиторам. Злиття з іншими корпораціями, придбання контрольного пакета і реформування також не можна проводити без згоди акціонерів.

Основна ознака японської моделі – це механізм взаємодії між ключовими учасниками, який сприяє зміцненню корпоративних відносин. Японські корпорації зацікавлені в довгострокових, переважно афілійованих акціонерах. І, навпаки, неафілійованих акціонерів намагаються виключити із цього процесу. Річні звіти і матеріали, пов'язані з проведенням загальних зборів, доступні всім акціонерам. Акціонери можуть бути присутні на зборах, голосувати особисто або через представника. Активність акціонерів послаблена ще й тим, що більшість корпорацій проводять свої річні збори в один і той же час, що перешкоджає інституціональним інвесторам бути присутніми в різних корпораціях, брати участь у голосуванні.

Німецька модель. Відповідно до Акціонерного закону ФРН до дій, що вимагають схвалення загальними зборами, відносяться: розподіл чистого прибутку (виплата дивідендів, використання коштів); затвердження рішень спостережної та виконавчої рад за минулий фінансовий рік; вибори спостережної ради; призначення аудиторів.

По суті, затвердження рішень виконавчої і наглядової рад означає «вотум довіри». Якщо акціонери хочуть вжити юридичних заходів щодо окремих членів рад чи щодо ради в цілому, вони відмовляться від схвалених за минулий рік рішень ради.

На відміну від англо-американської і японської моделей, в німецькій моделі корпоративного управління без згоди акціонерів не можна вирішувати важливі питання, що стосуються капіталу корпорації; про співробітництво з філіями; приймати зміни до статуту (наприклад, зміна виду діяльності), а також підвищувати верхню межу винагороди членам спостережної ради. Злиття з іншими корпораціями, придбання контрольного пакета і питання реорганізації також не можна вирішувати без згоди акціонерів.

Акціонери можуть подати у письмовій формі пропозиції двох видів: ту, що суперечить пропозиції виконавчої та наглядової рад, яка включена в порядок денний річних зборів, тобто контрпропозицію; пропозицію щодо включення питання у порядок денний зборів. Якщо ці пропозиції задовольняють вимоги законодавства, корпорація повинна опублікувати ці пропозицій акціонерів у зміненому порядку денному і надіслати їх акціонерам до початку зборів.

Корпоративне законодавство Німеччини враховує інтереси службовців, корпорацій, банків і акціонерів у системі корпоративного управління.

У Німеччині більшість акціонерів купують акції через банки, які є депозитаріями і мають право голосувати. Акціонер дає банку доручення, за яким банк має право голосувати в період до 15 місяців. Якщо акціонер не дає спеціальних доручень з голосування, банк мак право голосувати так, як він вважає за потрібне. Досить часто це призводить до конфлікту інтересів між банком та акціонером. Крім того, узаконені обмеження права голосу і неможливість заочного голосування також перешкоджають участі акціонерів у справах корпорації. Акціонеру треба або бути присутнім на

зборах, або бути представленим своїм депозитарієм. Незважаючи на ці обставини, дрібні акціонери не виключаються із процесу і на зборах часто вносять пропозицій проти керуючих.

Українська система корпоративного управління знаходиться на стадії формування. Вона має ознаки перелічених вище моделей корпоративного управління. Оскільки процес розвитку корпоративного управління в Україні не завершено, важко говорити про її сталі ознаки. Ще одним кроком до її реформування стало прийняття Закону України «Про акціонерні товариства», у якому відображені заходи щодо розвитку корпоративного управління в акціонерних товариствах. Проте надмірний захист прав дрібних акціонерів може призвести до зловживання ними засобами захисту своїх корпоративних прав [1, с. 18], тобто матиме місце здійснення права виключно з наміром завдати шкоду іншій особі [2, с. 429].

---

1. Осипенко О.В. Злоупотребление правами акционера: сущность, формы, профилактика. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 254 с.

2. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 560 с.

КОРИТНЮК Наталія Миколаївна,
аспірантка Волинського національного університету
імені Лесі Українки

ЗАКОНОДАВСТВО ЄС З ТОЧКИ ЗОРУ ПЕРСПЕКТИВ ГАРМОНІЗАЦІЇ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ ВІД ЗАБРУДНЕННЯ ТА ПСУВАННЯ

В праві Європейського Союзу окремого розділу земельне законодавство (земельне право) не існує. Суспільні відносини у сфері земельних правовідносин в ЄС регулюються в контексті охорони та захисту ґрунтів від забруднення та ерозії (розділ XIX Договору про заснування Європейського Співтовариства – «Навколишнє середовище», а також в інших розділах Договору про

заснування Європейського Співтовариства: «Сільське господарство», «Охорона здоров'я», «Транспорт»).

Як слушно зазначає щодо адаптації земельного законодавства України взагалі та законодавства про сільськогосподарські землі зокрема до права Європейського Союзу П.Ф. Кулинич, то вона здійснюється не безпосередньо, а опосередковано, тобто через досягнення відповідності acquis communautaire нормами тих галузей законодавства України, які, регулюючи відповідні суспільні відносини, тісно взаємодіють із земельним законодавством. Автор виходить з тієї думки, що земля є важливим компонентом навколишнього природного середовища та засобом виробництва продовольчої продукції, правова охорона довкілля та контроль якості продуктів харчування є тими сферами, через які у земельне законодавство України можуть бути внесені зміни, що випливають з acquis communautaire [1, с. 138].

З позиції екологічної стратегії ЄС проблему охорони ґрунтів слід розглядати як елемент довкілля. Так, Директива 75/268/ЄЕС [5], спрямована на продовження ведення сільського господарства на уражених ерозією ґрунтах, виходить з того, що ґрунт - це комплексне середовище, яке має складні зв'язки з іншими середовищами і виконує множинні функції (резервуар і фільтр для води, комора первинних мінеральних речовин, базис людської діяльності) [1, с. 138].

Як зазначає Т.К. Оверковська, не дивлячись на те, що в законодавстві ЄС відсутній єдиний спеціальний законодавчий акт щодо охорони якісного стану земель, у межах законодавства ЄС знайшли закріплення та продовжують формуватися правові приписи щодо охорони земель та ґрунтів від забруднення та псування. Саме на них спрямована адаптація земельного законодавства України про охорону земель [2, с. 10].

Протягом останніх десятиліть питання охорони ґрунтів і глобальних екологічних функцій ґрунтів знайшли відображення у ряді незалежних програм. Наприклад, програма боротьби з опустелюванням (United Nations Convention to Combat Desertification, UNCCD, 1994), до якої приєдналися всі держави Європейського Співтовариства (ЄС). Протокол про захист ґрунту згідно Альпійської конвенції (Aepine Convention, 1991), закликає до збереження екологічних функцій ґрунту, запобігання її

деградації і до раціонального використання в гірських регіонах. У положеннях Кіотського протоколу (Kyoto Protokol, 1997) в рамках Конвенції ООН про зміну клімату (Convention on Climate Change, 1992) підкреслюється, що ґрунт є головним резервуаром вуглецю, який повинен бути максимально збережений і де можливо – збільшений. Додаткове включення вуглецю в органічну речовину ґрунтів, можливе при застосуванні деяких методів агротехніки, може внести вклад в пом'якшення наслідків зміни клімату, про що йдеться в Європейській програмі з питань зміни клімату (European Climate Change Program, ECCP). Угода про біологічне різноманіття (Convention on Biological Diversity, 2000) визначила біологічну варіативність ґрунту як галузі, що вимагає особливої уваги. Була запропонована міжнародна ініціатива збереження ґрунтового біорізноманіття (International Initiative for the Conservation and Sustainable Use of Soil Biodiversity, 2001).

Таким чином, враховуючи наміри України інтегруватись до ЄС, землеохоронна сфера законодавчого регулювання в Україні потребує адаптації до відповідних норм законодавства ЄС. Цей процес в Україні повинен базуватись на поетапній розробці, прийняття та впровадження законодавчих актів, в основі яких закладені норми законодавства ЄС.

Як слушно зазначає Т.К. Оверковська, «адаптації законодавства України у сфері правової охорони земель від забруднення та псування до законодавства ЄС в першу чергу повинна відбуватися з урахуванням основних принципів ЄС у зазначеній сфері, а саме: принципу високого рівня охорони навколишнього середовища, в тому числі і земель; принципу застереження; принципу превентивних дій по охороні земель; принципу усунення джерел істотної шкоди довкіллю; принципу «забруднювач платить» (ст. 174 Договору про Співтовариство) [3; 6].

Як зазначає В.В. Медведєв, охорону ґрунтів у Європі до недавнього часу не виділяли як пріоритет охорони довкілля. Для європейців-жителів міст ґрунт існував як місце для скидання відходів або поверхня для будівництва. Тільки недавно політика охорони ґрунтів як проблемна стратегія отримала підтримку в рамках 6-ї Програми Дій Охорони Довкілля [4, с. 5]. Нарешті, як зазначає П.Ф. Кулинич, слід взяти до уваги й те, що законодавство ЄС визначає лише рамкові вимоги до збереження природних ресурсів,

тоді як питання землекористування і контролю в сфері земельних відносин згідно з принципом субсидіарності регулюються на національному рівні. Саме тому значна частина правових актів Європейського Союзу з питань охорони земель приймаються у формі директив, які за своєю юридичною силою є обов'язковими для кожної країни-члена, яких вони стосуються, лише в частині очікуваного результату, зберігаючи за національною владою право вибору форм та методів дій[1, с. 139–140].

---

1. Кулинич П.Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні: монографія. – К.: Логос, 2011.
2. Оверковська Т.К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.06 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2008.
3. Оверковська Т.К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні: Дис. … канд. наук: 12.00.06 - 2009.
4. Медведєв В.В. Європейська політика охорони ґрунтів // Вісник аграрної науки. – 2008. - № 5.
5. Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EC. Brussels, 22.9.2006 COM(2006) 232 final. 2006/0086 (COD) // Official Journal. - L 172. - 3.7.1975 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/com_2006_0232_en.pdf
6. Європейський Союз. Консолідовані договори / наук. ред. В. Муравйов. – К.: Вид-во «Порт-Рояль», 1999. – 206 с.

БАРАБАШ Роман Миколайович,
здобувач кафедри аграрного, земельного
та екологічного права
Національного університету біоресурсів
і природокористування
України ім. академіка В.З. Янчука (Чернігів)

ДО ПИТАННЯ ПРО КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ ПІДХІД У ДОСЛІДЖЕННІ ВІДНОСИН КОНСОЛІДАЦІЇ ЗЕМЕЛЬ В УКРАЇНІ

Основним природно-ресурсним потенціалом України є її земельні ресурси. За роки земельної реформи, яка триває в Україні з 1991 року, відбулися значні структурні перетворення у

сфері агропромислового виробництва та використання земельних ресурсів держави. Однак, прагнення України до модернізації аграрного сектору економіки та вживані у зв'язку з цим заходи до цього часу не дали суттєвих результатів.

Внаслідок надмірного подрібнення сільськогосподарського земельного фонду загострюється проблема організації раціонального використання та охорони земель, що призводить до зниження ефективності використання земельних ресурсів. Виникають ризики у сфері забезпечення продовольчої безпеки держави, сталого розвитку сільських територій та захисту навколишнього середовища. Як свідчить світовий досвід, консолідація земель є дієвим механізмом ліквідації надмірної фрагментації (парцеляції) земельних угідь та інструментом підвищення інвестиційної привабливості і конкурентоспроможності аграрного виробництва, джерелом сталого розвитку сільських територій [1, с. 27].

Консолідація земель, основною метою якої є поліпшення структури земельних угідь, застосування механізмів ринку землі, направлених на укрупнення земельних ділянок і їх концентрацію в руках найбільш ефективних землекористувачів, впровадження заходів охорони земель, підвищення інвестиційної привабливості аграрного сектору економіки та удосконалення існуючої системи управління земельними ресурсами, визнається законодавством багатьох країн, в тому числі держав – членів Європейського Союзу. На відміну від України, держави Європейського Союзу набули значного досвіду в правовому забезпеченні відносин консолідації земель і цим досвідом Україна не повинна нехтувати. Адже глобалізація відкриває значні можливості для руху України до соціально орієнтованого ринкового господарства, що ґрунтується на засадах верховенства права і забезпечення прав та свобод громадян.

Зростаюча роль консолідованих земельних ділянок в забезпеченні ефективного управління і використання земельних ресурсів держави зумовлює необхідність дослідження змісту та правової природи інституту консолідації земель, вивчення досвіду зарубіжних країн щодо організаційно-правового забезпечення відносин консолідації землі.

Термін «консолідація земель» є відносно новим та недостатньо вивченим у вітчизняній науковій літературі. Лише в

останні роки поняття консолідації землі і проблеми його застосування в Україні стали предметом обговорення та дослідження серед українських вчених. Так, вивченню цього питання приділені роботи П.Ф. Кулинича, О.В. Кустовської, А.Г. Мартина, С.О. Осипчук, Л.В. Ткачук, А.М. Третяка, А.М. Шворака та інших дослідників.

Поняття консолідації земель вітчизняними науковцями аналізується переважно в контексті дослідження проблем управління земельними ресурсами, економіки природокористування і охорони навколишнього середовища, що свідчить про цілком виражену фахову направленість таких досліджень. Водночас, проблема правового забезпечення консолідації земель в Україні потребує комплексного підходу до аналізу існуючих земельно-правових відносин, розширення юридичних досліджень та врахування зарубіжного правового досвіду [2, с. 10], передусім у частині напрацювання пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства в сфері земельних відносин. Особливого значення вказана проблема набуває в контексті очікуваного запровадження та функціонування повноцінного ринку землі в Україні.

Правове регулювання консолідації землі в країнах Європейського Союзу забезпечується шляхом видання відповідних нормативно-правових актів. Спеціальні акти з цього питання діють в Австрії, Бельгії, Німеччині і Швеції – з 70-х, а у Нідерландах, Польщі, Франції, Угорщині – з 80-х рр. XX ст. Слід зазначити, що законодавство з питань консолідації землі в цих та інших країнах Європейського Союзу тісно пов'язане з іншими нормативно-правовими актами, в тому числі тими, що прямо чи опосередковано регулюють питання використання землі – законодавством у сфері будівництва та транспорту, охорони та захисту навколишнього природного середовища, актами аграрного, водного та лісового законодавства. При цьому, мета консолідації землі тісно пов'язується з необхідністю врахування соціальних, екологічних і культурних аспектів, притаманних цим країнам.

Чинне законодавство країн Європейського Союзу, а надто країн Центральної Європи, визначає класичну модель консолідації землі як сформований багатовимірний сільський розвиток, який може стосуватися не тільки земельної та аграрної сфери, а й застосовуватись для поліпшення існуючої інфраструктури, що забезпечує захист та охорону навколишнього природного сере-

довища, збереження природних та рекреаційних ресурсів. При цьому акцент правового регулювання консолідації землі в країнах Європейського Союзу перебуває в площині гарантування збалансованості інтересів сільського господарства, навколишнього середовища, охорони довкілля, врахування інтересів сільських територій та їх громад при плануванні використання земель та розроблені проектів консолідації землі [3, с. 18].

Процедури консолідації землі в країнах Європейського Союзу мають свої характерні особливості. Однак, основна мета консолідації землі залишається загальною для кожної з цих країн. Вона полягає в покращенні розподілу земель та забезпеченні умов для їх ефективного використання.

Консолідація земель, як науково та економічно обґрунтоване укрупнення (збільшення) земельних ділянок, вбачається одним із найбільш ефективних механізмів оптимізації земельних ресурсів, який ґрунтується на врахуванні еколого-економічних характеристик конкретних земельних ділянок та їх придатності до використання за певним цільовим (функціональним) призначенням.

Прагнення України до повноправного членства в Європейському Союзі, переосмислення основних напрямів вітчизняної земельно-правової політики (перегляд ролі держави у сфері управління земельними ресурсами, запровадження консолідації земель на основі цивілізованих механізмів земельного ринку тощо) [4, с. 60] зумовлює необхідність вивчення зарубіжного досвіду правового регулювання земельних відносин, в т.ч. відносин консолідації землі. На вирішення вказаних завдань і орієнтована юридична компаративістика.

На наш погляд саме застосування компаративістичного підходу у дослідженні земельних правовідносин сприятиме комплексному дослідженню відносин консолідації земель в Україні та імплементації до вітчизняного земельного законодавства норм міжнародного права, які забезпечують правову регламентацію таких відносин.

---

1. Vitikainen A. An Overview of Land Consolidation in Europe // Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research. – 2004. – № 1. – P. 25-44. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ojs.tsv.fi/index.php/ njs/article/view/1691/1537

2. Голяк Л.В., Мацко А.С., Тюріна О.В. Порівняльне правознавство: Курс лекцій. – К.: Вид-во МАУП, 2004. – 200 с.

3. Home R. Land consolidation and rural development. Papers in Land Management: No. 10– Cambridge: Anglia Ruskin University, 2007. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.anglia.ac.uk/ruskin/en/home/faculties/alss/deps/law/staff0/home.Maincontent.0017.file.tmp/No.10-LandConsolidation.pdf

4. Третяк А.М. Основні напрями змін та удосконалення державної земельної політики в Україні // Національна безпека і оборона. – 2009. – № 3. – С. 58–63.

ХОТЬКО Ольга Александровна,
аспирант кафедры экологического и аграрного права
Белорусского государственного университета (Минск)

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОГРАНИЧЕНИЯХ (ОБРЕМЕНЕНИЯХ) ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНЫЕ УЧАСТКИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И УКРАИНЫ

На современном этапе развития земельного законодательства особую значимость приобретает вопрос правового регулирования ограничений (обременений) прав на земельные участки как в Республике Беларусь, так и в Украине. Особенность современной правовой регламентации земельных отношений состоит в том, что она включает в свой состав не только нормы публичного, но и нормы частного права [1]. При установлении ограничений (обременений) прав преследуется единая цель – обеспечение публичных и частных интересов в сфере использования и охраны земель. Актуальность данного исследования обусловлена сравнительно недавним введением категории «ограничения (обременения) прав на земельные участки» в земельное законодательство Республики Беларусь и возникшей потребностью в связи с этим проведения сравнительного анализа их правового регулирования в соседнем государстве - Украине.

Вопросам, связанным с ограничениями (обременениями) прав на земельные участки в Украине уделяли внимание такие ученые, как В.И. Андрейцев, Д.В. Бусуек, И.И. Каракаш,

И.В. Мироненко, В.В. Носик, М.В. Шульга, Н.В. Черкасская и др. Однако белорусскими учеными до сих пор не предпринималось попыток комплексно исследовать данный вопрос. В настоящее время одной из важнейших проблем национальной земельно-правовой науки остается отсутствие специальных монографических исследований и развернутого законодательного регулирования ограничений (обременений) прав на землю в Республике Беларусь.

В Конституции Республики Беларусь в ч. 1 ст. 23 определены пределы вмешательства государства в регламентацию отношений, связанных с ограничением прав и свобод личности: ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц [2]. Положение о том, что осуществление права собственности не должно ущемлять права, свободы граждан, интересы общества, ухудшать экологическую ситуацию и природные качества земли, определено в ст. 41 Конституции Украины [3]. Соответственно, введение того или иного ограничения права не должно противоречить конституционным принципам, поскольку законодательно закреплены гарантии обеспечения прав граждан, в том числе права собственности.

В ст. 18 Кодекса Республики Беларусь о земле от 23 июля 2008г. установлен перечень ограничений (обременений) прав на земельные участки, не являющийся исчерпывающим [4]. В то же время рассматриваемому вопросу в Земельном кодексе Украины от 25 октября 2001г. (далее – ЗК Украины) отведена целая глава 18, в которой посвящены отдельные статьи ограничениям и обременениям прав на земельные участки [5]. Так, ст. 111 ЗК Украины подробно определены, какие ограничения (обременения) устанавливаются и закрепляет конкретные условия или запрещения осуществления отдельных видов деятельности на земельных участках. Кроме того, ст.ст. 112–115 ЗК Украины содержат характеристику зон, на которых запрещена деятельность на земельных участках в связи с установлением ограничений прав. Четкой классификации охранных зон, включая зоны санитарной охраны, санитарно-защитные зоны, в законодательстве Республики Беларусь не имеется. Правовое ре-

гулирование данного вопроса предусмотрено на уровне законов как природоресурсного, так и иных отраслей права.

В своем исследовании Д.В. Бусуек пишет: «Законодательство Украины в области ограничений прав собственности и иных прав на землю находится в стадии формирования, соответственно является не достаточно функциональным и требует совершенствования» [6, 3]. Сегодня можно говорить то же самое о законодательстве Республики Беларусь. Одним из неразрешенных вопросов остается проблема закрепления понятия ограничений (обременений) прав на земельные участки в Республике Беларусь и Украине и определения их места в системе земельных отношений. В законодательстве понятие ограничений (обременений) приводится смешанное, однако, данные категории не являются одинаковыми по содержанию, поэтому, на наш взгляд, их следует разграничить. Нет единства взглядов и среди ученых о том, что следует понимать под ограничениями (обременениями) прав на земельные участки. Обременения прав на землю в отличие от ограничений в целом недостаточно изучены как правовое явление и требуют более тщательной разработки. В отличие от украинского законодательства Кодекс Республики Беларусь о земле (ст. 3) относит ограничения (обременения) прав на землю к объектам земельных отношений. Д.В. Бусуек определяет их функциональный институт отрасли земельного права [6, 3].

На основе проведенного автором сравнительно-правового исследования можно сделать следующие выводы. Во-первых, выявлены общие тенденции гуманистической направленности норм при регламентации ограничений (обременений) прав на земельные участки, во-вторых, регулирование данного вопроса не предполагает принципиальных противоречий между нормами украинского и белорусского права, в-третьих, законодательство и земельно-правовая наука Украины в области регулирования ограничений (обременений) земельных прав в большей степени развиты в отличие от национальной системы права и теоретико-правовых исследований.

---

1. Шульга М.В. Частно-правовые подходы к регламентации земельных отношений в Украине // Правовое обеспечение инновационного развития экономики Республики Беларусь: Материалы междунар.

научно-практ. конф., г. Минск, 21–22 октября 2010 г. / Белорусский гос. ун-т; редкол.: И.Н. Колядко (гл. ред.) и др. – Минск, 2010. – с. 529–531.

2. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями от 24 ноября 1996 г. и 17 ноября 2004 г.) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 1. 1/0; 2004. № 188. 1/6032.

3. Конституція України від 28.06.1996 р. зі змінами і доповненнями, внесеними законом України «Про внесення змін до Конституциії України» від 8.12.2004р. – К: Юрінком, 2006.

4. Кодекс Республики Беларусь о земле: Закон Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. № 425-з [Электронный ресурс] // Эталон – Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

5. Земельний кодекс України № 2768 –III от 25.10.200: текст Кодекса по состоянию на 2 июля 2009 г. [Электронный ресурс] // Консультант Плюс: Версия проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр».

6. Бусуйок Д.В. Правове регулювання обмежень прав на землю в Україні: Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.06. – К., 2005. – 20 с.

ГАЄЦЬКА-КОЛОТИЛО Ярина Зіновіївна,
кандидат юридичних наук,
доцент Львівського державного університету
внутрішніх справ

ГУМАНІСТИЧНІ ЦІННОСТІ КООПЕРАТИВНИХ ПРИНЦИПІВ

В умовах економічних криз світова спільнота та уряди цивілізованих країн знову звертають свою увагу на кооперацію як демократичну форму співпраці, як соціально орієнтований вид підприємницької діяльності та кооперативи як основну організаційно-правову форму кооперації. Важлива роль кооперативів у подоланні кризових явищ неодноразово відзначалась головним дорадчим, директивним та представницьким орган ООН – Генеральною Асамблеєю ООН (далі – ГА ООН). Так, ГА ООН Резолюцією 65/184 від 21 грудня 2010 р. «Кооперативи в процесі соціального розвитку», посилаючись на свою резолюцію 64/136 від 18 грудня 2009 р., в якій вона проголосила 2012 рік Міжнародним роком кооперативів, рекомендувала всім державам-членам, а також ООН і всім іншим відповідним зацікавленим

сторонам використовувати проведення Міжнародного року для надання підтримки і підвищення поінформованості про їхній внесок у соціально-економічний розвиток. У п. 5 Резолюції 64/136 ГА ООН також закликає уряди переглядати, у відповідних випадках, правові і адміністративні норми і вимоги, що регулюють діяльність кооперативів, з метою сприяння зростанню і стабільності діяльності кооперативів в умовах швидких змін соціально-економічного середовища за допомогою, зокрема, створення рівних умов для діяльності кооперативів разом з іншими комерційними і некомерційними підприємствами, включаючи належні податкові пільги і доступ до фінансових послуг і ринків. ГА ООН наполегливо закликає уряди, відповідні міжнародні організації і спеціалізовані установи до співпраці з національними і міжнародними кооперативними організаціями, належним чином враховувати роль і внесок кооперативів в справі реалізації рішень і вжиття подальших заходів за підсумками Всесвітньої зустрічі на вищому рівні в інтересах соціального розвитку, четвертої Всесвітньої конференції зі становища жінок, другої Конференції ООН по населених пунктах (Хабітат II) і їх п'ятирічних оглядів, Всесвітньої зустрічі на вищому рівні з проблем продовольства, другої Всесвітньої асамблеї з проблем старіння, Міжнародної конференції з фінансування розвитку, Всесвітньої зустрічі на вищому рівні щодо стійкого розвитку і Всесвітнього саміту 2005 року тощо.

В Україні вагомий внесок у дослідження правового становища кооперативів та кооперативних відносин у цілому зроблено В.І. Семчиком. За редакцією вченого видано перший в Україні підручник з кооперативного права.

Серед сучасних наукових досліджень, присвячених окремим проблемам кооперативних відносин та аналізу правового становища кооперативів, важливо виділити праці таких українських вчених як: О.М. Вінник, О.В. Гафурова, П.Ф. Кулинич, М.А. Мацько, Т.П. Проценко, А.І. Римарук, О.М. Сонін, Н.І. Титова, В.Ю. Уркевич, В.І. Федорович, М.В. Шульга, В.З. Янчук та інші.

Наукову цінність складають праці з питань кооперації сучасних представників науки кооперативного права зарубіжних країн, зокрема, Т.Е. Абової, Дж. Баарди, Д. Бартона, Д. Гоффа,

Д. Інгелсбі, Ш.М. Ісмаїлова, Г. Мюнкнера, М.А. Шаарса та багатьох інших.

Наголосити на цінностях, які закладені у принципах організації та діяльності кооперативів і показати їх співвідношення із загальноцивілізаційними цінностями, втіленими в основних правах людини з метою широкого впровадження цієї організаційно-правової форми господарювання у практику економічних відносин в Україні.

Кооперація та кооперативи є одними із найвидатніших економічних та соціальних досягнень людства. Кооперація, як відомо, використовує демократичні методи управління, створюється тільки на добровільних засадах. Управлінська ієрархія в істинно кооперативній системі будується від низу до верху на принципах виборності і підзвітності перед нижчими рівнями, а, отже, виключає бюрократизацію апарату. Найважливіша характеристика кооперації – поступовість вибору форм, перехід від простих до складніших, їх співіснування. Таким чином, вона втілює в собі те, що прийнято називати економічними методами. Тому кооперація, кооперативні принципи необхідні зараз як найважливіша умова і невід'ємна частина процесу демократизації, а на його основі і переходу на новий рівень ефективності економіки країни [3].

Поняття «принципи кооперації» започатковане у зв'язку з діяльністю рочдельського товариства, хоча їх чітке формулювання було зроблено значно пізніше, проте досить успішно, оскільки більша частина принципів виявилася універсальною [2, с. 43]. У вересні 1995 р. на ювілейному XXXI Конгресі Міжнародного кооперативного альянсу у Манчестері було прийнято «Заяву про кооперативну ідентичність» [4]. На основі узагальнення понад 150-літнього досвіду міжнародного кооперативного руху в Заяві було подано визначення кооперативу, перелік найбільш важливих цінностей кооперативного руху та принципів, на яких має здійснюватися діяльність кооперативів у XXI столітті:

1. Добровільність і відкрите членство. Кооперативи – добровільні організації, відкриті для всіх, хто може користуватись їхніми послугами та готовий взяти на себе відповідальність, пов'язану з членством, без дискримінації щодо статі,

соціального становища, національності, політичної чи релігійної приналежності.

2. Демократичний членський контроль. Кооперативи – демократичні організації, які контролюються своїми членами. Члени беруть участь у розробці стратегії та напрямків діяльності кооперативів. Чоловіки і жінки, які обрані представниками, підзвітні членам товариства. Члени первинних кооперативів мають рівне право голосу (один член – один голос). Кооперативи інших рівнів також організовані на демократичних засадах.

3. Економічна участь членів. Всі члени вносять до капіталу кооперативу рівні частки і здійснюють демократичний контроль за його використанням.

Членам кооперативу можуть нараховуватися частки доходу на вкладений капітал капіталу, розмір яких обмежується. Члени кооперативу спрямовують доходи від його діяльності на: розвиток їхнього кооперативу, при можливості утворюючи резерви, частина з яких є неподільною; винагороду членів відповідно до їх операцій з кооперативом; підтримку ініціатив, схвалених членами.

4. Автономія і незалежність. Кооперативи є автономними організаціями самодопомоги, що контролюються своїми членами. Якщо вони укладають угоди з іншими організаціями, включаючи державні, чи залучають кошти із зовнішніх джерел, то це здійснюється на умовах збереження демократичного контролю членами за діяльністю кооперативу та збереження його кооперативної автономії.

5. Освіта, підвищення кваліфікації, інформація. Кооперативи забезпечують освіту та підвищення кваліфікації для своїх членів, виборних представників, менеджерів і працівників для того, щоб кожен із них міг повноцінно забезпечувати ефективний розвиток свого кооперативу. Вони також інформують громадськість, особливо молодь та громадських лідерів, про природу і переваги кооперації.

6. Співпраця між кооперативами. Співпрацюючи в структурах місцевого, національного, регіонального та міжнародного рівнів, кооперативи найбільш ефективно служать своїм членам і розвивають кооперативний рух.

7. Турбота про громаду. Кооперативи працюють на розвиток своїх громад, керуючись політикою, визначеною членами [4].

Ще до прийняття Загальної декларації прав людини 1948 р. [1] кооперативні принципи, реалізовані у діяльності конкретних кооперативів, втілювали гуманізм та соціальні цінності у процесі здійснення господарської діяльності. У Заяві про кооперативну ідентичність підкреслюється, що кооперативи базуються на таких цінностях, як взаємодопомога, взаємна відповідальність, демократія, рівність, справедливість та солідарність. Сучасна редакція змісту кооперативних принципів співзвучна із ст. 1, 2, 4, 17, 22–29 Загальної декларації прав людини. Хоча кооперативні принципи, відображені у Заяві, та основні права людини, закріплені у Загальній декларації прав людини та інших міжнародних документах відображають різні площини їх втілення та реалізації, в основі їх лежать загальноцивілізаційні гуманістичні цінності, центром яких виступає людина як найвища соціальна цінність. Не випадково кооперативи розглядаються як об'єднання осіб (людей), а вже потім капіталів (майна).

Важливою рисою кооперації та кооперативів від початку їх створення і до сьогоднішнього дня є факт того, що людина є епіцентром, метою цієї діяльності. Сила кооперації не лише в результатах господарської діяльності, а й в людській солідарності і взаємодопомозі, тих демократичних цінностях, які закладені в принципах кооперації, що якнайкраще втілює у життя задекларовані ідеали Загальної декларації прав людини.

---

1. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015

2. Зіновчук В.В. Організаційні основи сільськогосподарського кооперативу. – К.: Логос, 2001. – 379 с.

3. Чедурова Е.М. Разработка кооперативных принципов в отечественной историографии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/307/image/307-080-085.pdf

4. Statement on the Co-operative Identity [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.ica.coop/coop/principles-revisions.html

КЕРНИЧНА Софія Ярославівна,
аспірантка Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ІНСТИТУТ СПІЛЬНОГО ЗАПОВІТУ В ЗАКОНОДАВСТВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ

Одним із проявів принципу свободи заповіту є можливість спільного розпорядження майном на випадок смерті, що забезпечується інститутом спільного заповіту. В законодавстві різних європейських держав існує досить неоднозначне ставлення до конструкції спільного заповіту: вибрано або модель повної заборони складення спільних заповітів, або модель дозволу складення таких спільних розпоряджень на випадок смерті. Вивченню конструкції спільного заповіту в законодавстві європейських країн присвятили свої дослідження чимало науковців, зокрема: англійський вчений Д. Хайтон, німецькі вчені Т. Кіп, Т. Ебенрот, польські вчені К. Осайда й В. Клита, австрійський вчений Е. Тіль та ін. Український законодавець також надає право особам спільно розпорядитися майном на випадок смерті. Проте правове регулювання спільного заповіту в національному законодавстві викликає численні дискусійні питання. З огляду на це вважаємо за необхідне дослідження конструкції спільного заповіту у доктринах європейських правових систем, де цей інститут має давню історію і широке застосування.

Метою даного дослідження є з'ясування правової природи спільних заповітів та їх функціонування у законодавстві європейських держав.

Негативне ставлення до інституту спільного заповіту випливає із положень законодавства Франції, Бельгії, Польщі, Чехії, Нідерландів, Португалії, Словенії, Італії, Угорщини. Яскравим прикладом заборони спільних заповітів є французьке право. Відповідно до ст. 968 ЦК Франції забороняється складення заповіту двома або більше особами в одному і тому ж документі як на користь третьої особи, так і у вигляді зустрічного або взаємного розпорядження. Натомість французька судова практика з-під заборони виключає ситуацію, коли в одному документі написано два заповіти, відповідно підписані ко-

жним із спадкодавців. Згідно рішення Касаційного Суду Франції від 25.02.1925 р. два заповіти, складені в спогляданні один одного подружжям, не можуть розглядатися здійсненими як єдина дія [5, с. 611].

Основним аргументом щодо заборони складання спільних заповітів є суперечність з абсолютним принципом вільного скасування заповідальних розпоряджень. Також піддається сумніву односторонній характер цього правочину [4, с. 115].

Інститут спільного заповіту, не зважаючи на свою складну правову природу, є дуже поширений і досить добре врегульований в багатьох європейських країнах, зокрема в Німеччині, Австрії, Данії, Естонії.

В німецькому законодавстві інститут спільного заповіту є детально врегульований § 2265–2273 ЦК Німеччини. Хоча ЦК Німеччини не дає дефініції спільного заповіту, проте у правовій доктрині спільним заповітом визначається заповіт, який був складений кількома особами [3, с. 74]. Спільний заповіт відповідно до § 2265 ЦК Німеччини може бути складений подружжям.

Німецька юриспруденція розрізняє три види спільних заповітів. Найпростішою, але разом з тим і найрідше вживаною формою, є одночасний заповіт подружжя (*testamenta mere simultanea*). Розпорядження спадкодавців містяться в одному документі, проте їх зміст не пов'язаний між собою. Пов'язаність заповітів має формальний характер. Іншим видом спільного заповіту є взаємний заповіт (*testamenta reciproca*). Подружжя призначає одне одного взаємно спадкоємцями. Це призводить до виникнення певного зв'язку між останніми волевиявленнями, проте їх дійсність не залежить одне від одного. Третім видом спільного заповіту в Німеччині є форма кореспективного (взаємозалежного) заповіту (*testamenta correspectiva*) (§ 2270 ЦК Німеччини). При такій формі спільного заповіту дійсність розпоряджень одного з подружжя залежить від розпоряджень іншого [1, с. 142–143]. Разом з тим найпоширенішим у практиці є так званий Берлінський заповіт, в якому подружжя призначає спадкоємцем один одного навзаєм, а після смерті другого з них весь спадок отримує третя особа (як правило дитина). Цей заповіт може бути складений в будь-якій передбаченій законодавством формі [1, с. 149].

В Австрії спільно розпорядитися майном на випадок смерті дозволено лише подружжю (§ 1248 ЦК Австрії). Такий заповіт дозволяється складати також нареченим, проте він стане дійсним лише з моменту укладення ними шлюбу. В австрійській правовій доктрині спільним заповіт визнається в тому випадку, якщо вияв останньої волі обох з подружжя буде здійснено в одному акті, а отже, волевиявлення обох із них буде охоплене одними і тими ж формальностями (*uno actu*). Спільний заповіт може бути взаємним, якщо обоє з подружжя взаємно призначають одне одного спадкоємцями, або кореспективним (взаємозалежним), якщо дійсність розпорядження одного із подружжя залежить від дійсності розпорядження іншого з подружжя [7, с. 134–137].

В правовій літературі зазначається, що найліберальнішим до спільних заповітів є законодавство Данії. Воно дозволяє складення спільних заповітів двома або більше особами незалежно від існуючих між ними зв'язків, а також незалежно від змісту розпоряджень такого акту останнього волевиявлення [6, с. 21].

Підсумовуючи, варто зазначити, що численні законодавства визнають недійсними поєднані в одному документі заповіти двох або більше осіб. В цьому аспекті зразком для багатьох правових систем була ст. 968 Кодексу Наполеона. Натомість інші правові системи, на чолі з німецьким правом, дозволяють інколи спільно розпоряджатися майном на випадок смерті лише особам, пов'язаним певними родинними відносинами (подружжю, нареченим, родичам). «Спільність» заповітів може бути формальною (поєднання заповітів в одному документів) або матеріальною (пов'язаність змісту заповідальних розпоряджень). Найскладнішою, а разом з тим і найміцнішою формою спільного заповіту є кореспективний (взаємозалежний) заповіт. Детально питання складення спільних заповітів, в тому числі кореспективних, регулюється німецьким законодавством.

---

1. Ebenroth C.Th. Erbrecht. – München: Beck, 1992. – 1116 s.

2. Hayton D. European succession laws / Ed. by D. Hayton. – 2. ed. – Bristol: Jordans, 2002. – LXV, 570 p.

3. Kipp T. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Das Erbrecht. – Marburg: N.G. Elwert, 1911. – 412 s.
4. Klyta W. Testamenty wspólne // Rejent. – 2006. – № 2 (178). – S. 98–118.
5. Leveneur L. Code civil 2009 / la présente éd. a été réalisée par Laurent Leveneur. – 28. éd., textes à jour au 7 juillet 2008. – Paris: LexisNexis Litec, 2008. – XXVII, 2583 s.
6. Osajda K. Testamenty wspólne. – Warszawa: Wydawnictwo C.H. BECK, 2005. – 126 s.
7. Till E. Wykład austryackiego prawa spadkowego. – Lwów: Gł. skł. w Księgarni H. Altenberga, 1904. – 522 s.

ВЕРБА-СИДОР Ольга Богданівна,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ЩОДО ВИДАЧІ ВИКОНАВЧОГО ЛИСТА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПОЛЬЩІ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Виникнення виконавчого провадження після ухвалення судового рішення залежить від волі стягувача. Проте, як за законодавством України, так і Республіки Польща (далі – РП) без суду, який наділений відповідними повноваженнями у цій сфері неможливе примусове виконання рішення. Саме цим повноваженням суду буде присвячена наша доповідь.

Питанням звернення судових рішень до виконання присвячені праці радянських та українських науковців різних періодів, наприклад, таких як: Р. Бахтієв, М. С. Борісов, А. І. Зайцев, Є. В. Казанцева, Н. В. Кожевнікова, А. І. Котова, Н. В. Морозов, Н. В. Павлов, А.Р. Тубаєв, В. Уруков та інші, у польській науці – В. Бронєвіч, Е. Венґерек, Ф. Зедлер, А. Марчіняк, Г. Монджак, Г. Пєтжковський та інші.

За українською доктриною підстави виконання – це судові постанови та акти інших юрисдикційних органів, які відповідно до прямої вказівки закону підлягають примусовому виконанню в порядку виконавчого провадження. А виконавчий документ –

це виданий відповідно до акту уповноваженого органу чи осадової особи (підстави виконання) документ, складений за чітко визначеною формою, на основі якого органи примусового виконання безпосередньо здійснюють примусове виконання (стягують майно, грошові кошти, примушують боржника вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення) [7, с. 481]. У ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження» [2] міститься перелік виконавчих документів за рішеннями, що підлягають примусовому виконанню державною виконавчою службою. Як випливає з переліку вказаної статті – більшість рішень юрисдикційних органів є одночасно і підставою виконання і виконавчим документом (наприклад, судовий наказ має подвійну правову природу).

За законодавством РП підставою виконання (tytuł egzekucyjny) є документ – рішення суду або іншого органу влади, який встановлює (підтверджує) наявність вимоги стягувача, яка може бути примусово виконана, обов'язку виконання певного зобов'язання (сплати грошової суми) боржником, якщо це передбачено відповідними нормами. З підстави виконання має випливати, хто є стягувачем і боржником, який зміст вимог стягувача і, водночас, – обов'язків боржника [4, с. 530; 5, с. 618].

Відповідно до § 1 ст. 777 ЦПК РП підставами виконання (tytuł egzekucyjny) є: рішення суду, які набрали законної сили, або які підлягають негайному виконанню; рішення судового референта, які набрали законної сили, або які підлягають негайному виконанню; рішення третейського суду або мирові угоди, укладені перед таким судом; мирові угоди, укладені перед медіатором; інші рішення, угоди і акти, які згідно із законодавством підлягають виконанню в порядку виконавчого провадження; нотаріальні акти особливого змісту (akty notarialne szczególnej treści), які містять певні обов'язки боржника [3].

Виконавчий документ (tytuł wykonswczy) згідно зі ст. 776 ЦПК РП є підставою здійснення виконавчих дій. Підстава виконання (рішення суду або іншого юрисдикційного органа) (tytuł egzekucyjny) отримує властивість виконавчого документа (tytuł wykonswczy) за умови надання судом дозволу на вчинення виконавчих дій чи на застосування державного примусу (klauzula wykonalności).

Повноваження суду в РП щодо надання дозволу (klauzula wykonalności) за рішенням, як суду, так і інших юрисдикційних органів, на здійснення примусового виконання (застосування державного примусу) має декларативний характер [6, с. 121]. Надання такого дозволу за загальним правилом не створює нових прав, а лише підтверджує, що рішення може підлягати примусовому виконанню. Суд не оцінює ще раз при наданні дозволу, чи існує право вимоги. Заяву про надання дозволу суд розглядає негайно, але не пізніше, ніж протягом 3 днів від дня її подання (ст. 781-1 ЦПК РП). Суд розглядає заяву у закритому судовому засіданні, без виклику сторін, однак, може, за розсудом суду, заслухати сторін чи інших осіб.

Такий дозвіл (klauzula wykonalności) уповноважений надавати за заявою стягувача суд першої інстанції або суд, який розглядає скарги і протести (апеляційної, касаційної, ревізійної інстанції), якщо у ньому знаходяться матеріали справи (ст. 781 ЦПК РП), одноособово. Суд надає цей дозвіл у формі штампа на витязі із рішення, роблячи помітку на оригіналі рішення про його надання і видачу [4, с. 225]. Формулювання дозволу звучить так: «Іменем Республіку Польща дня … 20 … р. Суд …в … підтверджує, що цей документ підлягає примусовому виконанню, а також доручає і наказує усім установам і особам, яких це може стосуватися, виконати положення даного виконавчого документа, і, якщо за законом буде необхідно, надати допомогу. Рішення підлягає виконанню як таке, що набрало законної сили / допущене до негайного виконання» [4, с. 182; 6, с. 121].

Як бачимо з наведеного, суд за законодавством РП має вагомі повноваження на стадії виконання рішень усіх без винятку юрисдикційних органів, на відміну від українського законодавства, яке передбачає, що суд видає виконавчі листи тільки за своїми рішеннями, і то не за усіма (судовий наказ є виконавчим документом). Вважаємо, що українському законодавцеві слід розширити компетенцію суду на зразок ЦПК РП з врахуванням особливостей національної правової системи, що, в свою чергу, сприятиме ефективності поновлення порушених прав осіб.

---

1. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. № 606-XIV // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 24. – ст. 207.

2. Kodeks postępowania cywilnego. – Wyd. XXI. – Bielsko-Biała: Wydawnictwo Park Spółka z o. o., 2007. – 808 s.
3. Encyklopedia Egzekucji Sądowej. – Sopot: Currenda, 2002. – 838 s.
4. Mała Encyklopedia Prawa / Red. U. Kalina-Prasznic. – Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2005. – 859 s.
5. Marciniak A. Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych. – Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2005. – 304 s.
6. Гражданское процессуальное право: Учебник / С.А. Алехина, В.В. Блажеев и др.; под ред. М.С. Шакарян. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 580 с.

ДАВИДОВА Наталія Олександрівна,
кандидат юридичних наук, доцент

ІНСТИТУТ ШЛЮБУ В ШТАТАХ США: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

В сучасних умовах реформування прав систем України доцільно ознайомитись з досвідом американського інституту шлюбу. На пострадянському просторі існує цілий ряд авторів, які досліджують приватне право США, зокрема, Боботов С.В., Зайчук О.В., Зенін І.О., Котов Г.М., Пятін С.Ю., Солодченко В.С., Шимон С.І. Шумілов В.М.

Метою роботи є порівняння інституту шлюбу в різних штатах США.

У США закони, що регулюють питання сім'ї та шлюбу, знаходяться переважно в компетенції окремих штатів, а не федерації, а тому часом суттєво відрізняються за змістом. Наприклад, штат Нью-Йорк дозволяє одностатеві шлюби, а штат Каліфорнія забороняє їх на рівні своєї Конституції. Однак, існують відносини, що регулюються федеральним законодавством, наприклад, Закон про захист шлюбу від 1996 р. (Defense of Marriage Act), який дозволяє штатам відійти від принципу взаємної довіри. Суть закону зводиться до того, що окремий штат, в якому заборонені одностатеві шлюби, має право не визнавати такі шлюби, укладені в іншому штаті, де одностатеві шлюби є законними.

Інститут американського сімейного права має дуалістичний характер. *З одного боку*, він є одним з найбільш сталих правових інститутів. *З іншого боку*, за останні 100 років він зазнав суттєвих еволюційних та революційних змін, які детально описані в науково-популярному творі Джоани Гросман та Лоренса Фрідмана «Всередині фортеці» [1].

Закон про циклічність життя можна спостерігати в питанні державної реєстрації шлюбу. До XX ст. укладання шлюбу не мало якоїсь офіційної процедури чи документального підтвердження. Бажання держави втрутитись у контроль над народжуваністю та генетикою виявилось у нормативному регулюванні шлюбу. Для цього використовувалось два методи: (1) примусова стерилізація та (2) законодавча заборона певних видів шлюбу. Життя циклічне, і наприкінці минулого століття американське суспільство знову стало визнавати спільне проживання. Першою ластівкою у визнанні державою громадянського шлюбу стала справа Marvin v. Marvin, в якій Суд штату Каліфорнія присудив виплатити позивачу 104 тисячі доларів на реабілітацію після розриву.

Право поступово вводило до легальної сфери такі випадки як секс без продовження роду (контрацепція і аборт), продовження роду без сексу (штучне запліднення). Ключовим сімейним правом є право на приватність. Його зміст історично розширювався шляхом включення до нього права на контрацепцію, права на аборт, право на шлюб з особою тією ж статі.

Серед американських форм шлюбу можна назвати передбачуваний шлюб, шлюб за довіреністю, шлюб «де факто», шлюб без права заперечення [2, с. 39–47]. Передбачуваний шлюб – це шлюб, коли одна або обидві сторони не знали про перепони до вступу у шлюб. Діє презумпція добросовісності, тобто дійсної необізнаності в існуванні законних перепон. Шлюб за довіреністю – це реєстрація відносин при фізичній відсутності одного з подружжі або його участі за допомогою телефонного зв'язку. Шлюб «де факто» – це спільне проживання без офіційного оформлення стосунків. Найбільш цікавим є шлюб без права заперечення. Найчастіше він має місце, коли особа отримує свідоцтво про розлучення від попереднього шлюбу і потім одружується вдруге. Однак, якщо нове подружжя знало про недійсність по-

переднього розлучення, вони не можуть оскаржувати дійсність нового шлюбу.

Тривалий час в США залишалось відкритим питання про законність вступу у шлюб осіб різної раси. Лише в 1967 р. Верховний Суд своїм рішенням у справі Loving v. Virginia поклав край дискусіям. З 1924 р. в штаті Вірджинія був закон, що забороняв змішані шлюби. Американський союз захисту цивільних прав довів неконституційність цього закону на тій підставі, що він порушував Чотирнадцяту Поправку до Конституції «принцип рівності всіх перед законом». Таким чином Верховний Суд дозволив шлюб між представниками різних рас.

Серед невідомих Україні перепон до вступу у шлюб слід назвати наявність боргу по сплаті аліментів на дитину від попереднього шлюбу. Лише в 1978 р. в справі Zablocki v. Redhail закон штату Вісконсін, який закріплював це обмеження, було визнано неконституційним, оскільки він порушував Чотирнадцяту Поправку до Конституції «принцип рівності всіх перед законом». Верховний Суд визнав право на одруження фундаментальним правом, а тому застосував ретельну перевірку обмеження права (strict scrutiny).

Набуло актуальності питання легальності одностатевих шлюбів. У 2012 р. Меріленд став восьмим штатом, що відкрив доступ для геїв та лесбіянок до державної реєстрації шлюбів. В 1996 р. був прийнятий федеральний закон про захист шлюбу, основна ідея якого зводиться до того, що одностатевий шлюб, укладений в одному штаті, не визнається шлюбом у штаті, де існує на нього заборона. Численні справи з цього питання знаходяться на розгляді Верховного Суду США. Кінцеве рішення очікується не раніше 2013 р.

Правове регулювання розірвання шлюбу характеризується демократизацією. Все більше американських юрисдикцій стали дозволяти спрощені розлучення за спільною згодою обох подружжя (т.зв. розлучення без вини).

Отже, сімейне право США зазнало суттєвих еволюційних та революційних у зв'язку з історичними соціально-політичними змінами в суспільстві. Норми сучасного американського сімейного права регулюють (1) суспільні відносини, аналогічні тим, що регулюються українським законодавством, та (2) відносини,

які не набули актуальності в Україні, наприклад, легальності одностатевих шлюбів, усиновлення та виховання дітей в таких родинах. Можливо, з часом ці проблеми постануть і перед нами. Перспективним є запозичення таких американських форм шлюбу як передбачуваний шлюб, шлюб за довіреністю, шлюб без права заперечення.

---

1. Grossman J.L., Friedman L.M. Inside the castle: law and the family in 20th century America. – Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011. - 443 p.

2. De Witt Gregory J., Swisher P.N., Wolf Sh.L. Understanding Family Law. - 3rd ed. - LexisNexis, 2005. – 504 p.

ОНИШКО Оксана Богданівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного та міжнародного права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ

Правові системи різних країн містять суттєві відмінності щодо визначення правового режиму подружнього майна. Останнє означає порядок регулювання майнових відносин подружжя між собою, а також із третіми особами, встановлений за законом чи договором [5, с. 112-113]. Розрізняють договірний режим подружжя, що виникає за умови укладання шлюбного договору, і легальний режим, тобто встановлений законом.

Правовий режим майна подружжя починає діяти з моменту реєстрації шлюбу. Як відомо, майно, що належить подружжю, поділяється на спільну сумісну та роздільну (приватну) власність. Зазвичай, найбільшу частину майна подружжя, що належить чоловікові та дружині на праві особистої приватної власності, становить майно, яке було набуте ними до шлюбу (тобто до моменту його реєстрації).

Правовий режим майна подружжя може бути трьох видів: 1) режим спільного майна (community property) характерний

для Франції, Швейцарії, деяких штатів США, що передбачає об'єднання майна подружжя в єдиний майновий масив і встановлення спеціальних правил щодо його володіння, користування та розпорядження. При цьому кожний з подружжя зберігає право власності на дошлюбне, успадковане та подароване майно; 2) режим роздільності (separate property), коли майно належить кожному з подружжя окремо (Англія, США); 3) режим відкладеної спільності (deferrent community), коли подружжя розпоряджається майном, як за режиму роздільності, а при розлученні – майно розподіляється між ними порівну. Такий правовий режим майна подружжя характерний для таких країн, як: Німеччина, Норвегія, Данія, Фінляндія, Швеція, Ісландія та ін. [4, с. 245–246].

Режим спільності майна подружжя означає право спільної сумісної власності на майно, нажите під час шлюбу. Однак, майно, яке належало їм до шлюбу, а також отримане під час шлюбу в дар чи спадок залишається в роздільній власності. Режим роздільності передбачає належність кожному з подружжя не тільки його дошлюбного майна, а й майна, набутого під час шлюбу за власні кошти. Змішаний режим означає, що в період перебування у шлюбі подружжя розпоряджається майном окремо, а в разі розлучення це майно стає загальним і ділиться порівну [7, с. 251–252].

Відповідно до ст. 60 Сімейного кодексу України від 10.01.2002 майно, набуте подружжям під час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності, незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба, тощо) самостійного заробітку. Кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя [1, с. 17].

Кодекс сім'ї та опіки Польщі від 25.02.1964 також визначає спільну сумісну власність подружжя, яка охоплює майно, набуте обома чи одним з подружжя під час шлюбу. Обоє з подружжя повинні співпрацювати при розпорядженні спільною власністю, а саме інформувати одне одного про стан власності та зобов'язання, які її обтяжують [3, с. 13].

Німецький цивільний кодекс від 1894 р. (далі – НЦК) розмежовує поняття першочергова власність подружжя та кінцева власність подружжя. Так, першочергова власність подружжя – це власність, яка належить одному з подружжя після сплати боргів. Борги можуть сплачуватися лише в розмірі, який не перевищує вартості власності. Власність, яку один із подружжя набув внаслідок чиєї-небудь смерті з врахуванням майбутнього права на спадщину, внаслідок дарування, або в якості виділення частини батьківської власності, з врахуванням боргів, зараховується до складу першочергової власності, якщо виходячи з обставин цю власність не відносять до доходів (відсотки від власності, трудової діяльності, від третіх осіб) [2, с. 349-350].

Кінцева власність – це власність, яка після сплати боргів належить одному з подружжя на момент припинення режиму майнових відносин. В кінцеву власність зараховується сума, на яку ця власність зменшилася в результаті наступних дій одного з подружжя: безпідставне дарування, яке суперечило етичним принципам та суспільним правилам поведінки; розтрати; вчинення неправомірних дій з метою завдати шкоди другому з подружжя [2, с. 350].

Якщо подружжя живуть окремо, то одне з подружжя може вимагати від іншого надання утримання, яке відповідає умовам життя, прибуткам та матеріальному становищу подружжя. Утримання не надається тому з подружжя, який має можливість самостійного заробітку у випадку, якщо цьому сприяють особисті обставини, враховуючи його попередню діяльність з отриманням прибутку, тривалість шлюбу та економічне становище подружжя. Хоча, існують обставини, які обмежують надання утримання (строки, розмір), якщо це впливає на інтереси спільної дитини, а також: недовготривалий шлюб; той з подружжя, який вимагає утримання скоїв тяжкий злочин проти другого з подружжя чи його близьких; умисне доведення себе до стану бідності; умисне неврахування майнового становища другого з подружжя; умисне невнесення свого вкладу у утримання сім'ї; неправильна поведінка по відношенню до другого з подружжя; інші вагомі причини, які за тяжкістю обставин відповідають попереднім пунктам [2, с. 345, 388]. Слід зазначити, що неправильна поведінка по відношенню до того з подружжя, від якого

вимагається утримання може трактуватися по-різному, і з урахуванням конкретних обставин, вивчення доказів, представлених обома сторонами суд приймає рішення по наданню утримання за цією обставиною.

Сімейний кодекс України у ст. 75 зазначає, що право на утримання має лише той з подружжя, який є непрацездатним, потребує матеріальної допомоги, за умови, що другий з подружжя може надавати матеріальну допомогу. Також право на утримання не має той з подружжя, який негідно поводився у шлюбних відносинах, а також той, хто став непрацездатним у зв'язку з вчиненням ним умисного злочину, якщо це встановлено судом [1, с. 21].

По суті, дані умови є подібними до умов по наданні утримання одним з подружжя у німецькому законодавстві, але останнє передбачає розширення прав на утримання, навіть за умов працездатності другого з подружжя. Так, СК України вказує, що вчинення умисного злочину позбавляє права на утримання, а НЦК деталізує, що злочин повинен бути вчинений проти другого з подружжя або членів його сім'ї. А от, протиправна поведінка одного з подружжя по відношенню до іншого, яка стала причиною непрацездатності останнього надає право на утримання як за українським., так і за німецьким законодавством.

Також Німецький цивільний кодекс, на відміну від польських та українських правових джерел, вказує на достроковий розподіл майна, набутого в шлюбі при роздільному проживанні подружжя не менше трьох років за взаємною згодою подружжя, або з інших причин, якщо один з подружжя: уклав угоду без згоди другого з подружжя, вчинив безпідставне дарування, розтрату, умисні дії щоб нанести шкоду другому з подружжя, не надає даних щодо стану власного майна.

Ст. 38 Сімейного кодексу Російської федерації від 25.12.2005 також містить норми щодо дострокового розподілу майна подружжя як під час шлюбу, так і після його розірвання на вимогу одного з подружжя, або на вимогу кредиторів про поділ спільної власності з метою сплатити борг з частки одного з подружжя [8]. Хоча, роздільного проживання подружжя російське законодавство не передбачає, на відміну від українського та польського.

Виходячи із вищевикладеного, можна зробити висновок, що правовий режим власності подружжя у ряді європейських країн має багато спільних рис, але існують і відмінності. Так, Німецький цивільний кодекс містить детальні норми регулювання майнових відносин подружжя як у зареєстрованому шлюбі, так і внаслідок спільного проживання. Український законодавець не містить норм щодо регулювання майнових відносин для осіб, які спільно проживають і не перебувають між собою у шлюбі, а лише право на утримання. Хоча ст. 91 Сімейного кодексу України у цьому зазначає проживання чоловіка і жінки однією сім'єю тривалий час, а межі такого часу не вказані в жодному законодавчому акті. Таким чином, вдосконалюючи чинне сімейне законодавство України потрібно більш детально зазначити межі проживання однією сім'єю та встановити попередній розподіл спільної сумісної власності до розірвання шлюбу під час роздільного проживання.

---

1. Сімейний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. на 11 січня 2011 року. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2010.– 78 с.

2. Гражданское уложение Германии – Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: вводн. закон к Гражд. уложению / Введ., сост. В. Бергманна; науч. ред. А.Л. Маковский и др. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.

3. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Prawo o aktach prawa cywilnego. Zmiana imienia i nazwiska / Postępowanie w sprawach rodzinnych / Oprac. M. Jakubek. – Lublin: Lubelskie wydawnictwa prawnicze, 2009. – 150 s.

4. Міжнародне приватне право: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / За ред. проф. В.П. Жушмана та доц. І.А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с.

5. Орлова Н. В. Брак и семья в международном частном праве. – М.: Изд. «Международные отношения», 1966. – 253 с.

6. Вольф М. Международное частное право. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948.

7. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: підручник.– 4-те вид., переробл. і допов. – К.: Атіка, 2009. – 500 с.

8. Семейный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.consultant.ru/popular/family

ГАРАЩЕНКО Людмила Петрівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА ІТАЛІЇ (ОКРЕМІ ПИТАННЯ)

Основа правового регулювання трудового договору в Україні була сформована в індустріальному суспільстві, частково в постіндустріальному, тобто в XX ст.

В сучасних умовах, в епоху інформаційного суспільства та розвитку нових технологій, що породжує нові форми суспільної організації праці, відбувається поступове переосмислення концепції трудового права та інституту трудового договору. З'являються працівники нового типу «сітьовий працівник», «мобільний працівник» та нові види трудового договору [1, с. 270]. Перехід до постіндустріального, інформаційного суспільства зумовив кризу традиційного трудового права не тільки в Україні, але і в країнах Заходу. У XXI ст. трудове право переживає труднощі, заново визначає свою нішу, удосконалює правовий інструментарій, щоб відродитися на якісно новій основі [2, с. 12].

Принципи права романо-германської правової системи, в тому числі і трудового права європейських країн, були сформульовані в XIX-XX ст. Специфікою трудового права деяких європейських країн, зокрема Німеччини та Італії є те, що основою правового регулювання трудового договору є цивільні кодекси.

Так, трудові відносини в німецькому праві базуються на трудовому договорі, що є результатом трансформації цивільно-правового договору надання послуг. У зв'язку з цим правове регулювання трудових відносин, що виникають на підставі трудового договору, здійснюється із застосуванням деяких загальних норм Цивільного кодексу і окремих норм інституту зобов'язального права. Специфіка трудового договору і трудових відносин зумовлює необхідність їх врегулювання не тільки нормами Цивільного кодексу, але й іншими законами. Зокрема, в Німеччині такими законом є Промисловий статут (або Положення про бізнес), прийнятий Законом від 22 лютого 1999 р.

Після оновлення Промислового статуту законом від 24 серпня 2002 р. відбулася модернізація змісту розділу «Загальні принципи трудового права» [3, с. 77].

Правове регулювання укладення трудового договору відноситься в Німеччині до договорів приватного характеру. Однак, це правило не поширюється на державних службовців, суддів, солдатів, оскільки вони є учасниками публічно-правових відносин з надання послуг та їх статус регулюється спеціальними правовими нормами. Хоча норми трудового права, загалом, містять не тільки приватноправові, але й публічно-правові складові елементи (наприклад, охорона праці, робочий час, охорона материнства і праця молоді).

Визначення правової дефініції «трудовий договір» у Промисловому статуті (Положення про бізнес) відсутнє. Згідно § 106 вказаного нормативного акта працівник згідно з умовами трудового договору зобов'язаний виконувати певний вид роботи під керівництвом та згідно з розпорядженнями роботодавця. Роботодавець зобов'язаний виплачувати працівнику винагороду за виконану роботу.

Згідно § 105 «Вільне укладення трудового договору» (Розділ VII. Працівник. Загальні принципи трудового права Промислового статуту) роботодавці і працівники можуть вільно домовитися про закінчення, зміст і форму трудового договору. Для визнання умов договору істотними, слід керуватися положеннями Закону «Про докази діючих для трудових відносин умов» від 20 липня 1995 р. (Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen) [4]. Згідно вказаного нормативного акта роботодавець не пізніше одного місяця від початку трудових відносин повинен письмово визначити наступні істотні умови трудового договору: 1) ім'я та адресу сторін; 2) дату початку роботи; 3) при строковому договорі (визначення тривалості зайнятості); 4) місце роботи; 5) коротку характеристику (опис) обов'язків працівника за посадою; 6) склад і розмір винагороди, у тому числі доплати, надбавки, бонуси і спеціальні платежі, а також інші виплати та терміни їх виконання; 7) узгодження робочого часу; 8) тривалість щорічної відпустки; 9) строки припинення трудових відносин; 10) вказівка загального характеру на тарифний договір (ко-

лективний договір), відповідно до якого укладено конкретний трудовий договір. Визначення істотних умов трудового договору в електронній формі не передбачена (тобто законодавець виключає таку можливість).

Книга друга «Зобов'язальне право» (Recht der Schuldverhältnisse) Цивільного кодексу Німеччини від 18 серпня 1896 р. (набрав чинності з 1 січня 1900 р.), який діє із змінами і доповненнями [5], регулює також індивідуальні правові відносини двох учасників. Ця частина кодексу містить норми щодо укладення і дії трудового договору, виникнення, зміни і припинення трудових відносин. Згідно норм кодексу, трудовий договір може бути строковий і безстроковий. У випадку укладення трудового договору на певний строк дотримання письмової форми договору є обов'язковим.

Правовою основою регулювання трудових відносин в Італії є Цивільний кодекс, зокрема книга п'ята (перші чотири глави, статті 2060-2246) [6]. Крім цього, Статут працівників (Statuto dei Lavoratori L.20-5-1970, n.300) [7], закони (наприклад L. 18-4-1962, n.230; L. 247/2007) [8, с. 58] та спеціальні нормативно-правові акти для окремих категорій працівників та окремих галузей.

Трудовий договір укладається між роботодавцем (фізична або юридична особа) і працівником (фізична особа) за згодою обох сторін.

Трудовий договір, як правило, укладається в письмовій формі. Письмова форма може бути передбачена колективними договорами або законом. Письмова форма трудового договору є обов'язковою: 1) при наймі моряків; 2) укладення договору з працівниками авіатранспорту; 3) укладення договору із спортсменами; 4) у разі укладення строкового трудового договору; 5) при встановленні випробувального строку та в інших випадках. Законодавством передбачено укладення строкових і безстрокових трудових договорів.

Підсумовуючи, необхідно звернути на увагу на декілька важливих моментів:

1. У Німеччині та Італії трудові відносини регулюються цивільними кодексами та іншими нормативно-правовими акта-

ми. Трудовий договір розглядається як приватно-правовий договір, різновид цивільно-правового договору.

2. Сторонами трудового договору є працівник і роботодавець. Відносини між ними регулюються цивільним законодавством як взаємовідносини купівлі-продажу праці із застосуванням елементів «патрон-клієнтської» системи.

3. На відміну від чинного трудового законодавства України, конкретизовано зміст трудового договору (наприклад, в Німеччині).

4. Трудовий договір, у переважній більшості випадків, укладається у письмовій формі.

5. У цих країнах немає Трудового кодексу (як наприклад, у Франції). В Україні «трудовий договір» є окремим правовим інститутом.

---

1. Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: учебник: в 2 т. – Т. 2: Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. – М.: Статут, 2009. – 1115 с.

2. Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). - М.: Интел-Синтез. – 2003. – 160 с.

3. Харин К.С. Трудовое право Германии: монография. – СПб.: ГУАП, 2011. – 260 с.

4. Nachweisgesetz vom 20. Juli 1995 (BGBl. I S. 946), das zuletzt durch Artikel 32 des Gesetzes vom 13. Juli 2001 (BGBl. I S. 1542) geändert worden ist [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www. gesetze-im-internet.de/bgb/

5. Recht der Schuldverhältnisse [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/

6. Codice Civile R.D. 16 marzo 1942, n. 262 - Approvazione del testo del Codice Civile // Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jus.unitn.it/ cardozo/ obiter_dictum/codciv/Lib5.htm

7. Statuto dei Lavoratori L.20-5-1970, n.300 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utilla.it/Formula/Convocazione_ di_assemblea_L_n_art_-I0F0FC0000002916.aspx

8. Compendio di Diritto del Lavoro. – Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2011. – 384 p.

ПОРІВНЯЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

ЯЦИШИН Михайло Михайлович,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права
Волинського національного університету
імені Лесі Українки

СУЧАСНІ НАУКОВІ ПІДХОДИ ДО ФОРМУВАННЯ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИМІР

Актуальність даної теми обумовлена реформуванням пенітенціарної системи України, яка здійснюється у нашій державі фактично упродовж усього її існування. Сьогодні у цьому процесі домінують тенденції, пов'язані із забезпеченням реалізації конституційного принципу верховенства права в процесі розбудови суверенної демократичної держави та європейських стандартів щодо умов тримання засуджених в установах виконання покарань (УВП) [1; 2].

У науковій літературі дана тема знаходиться в процесі активного обговорення. На думку провідних фахівців порівняльного правознавства Ю. С. Шемшученка, О. Ф. Скакун, І. С. Гриценка, О. В. Кресіна, Л. А. Луць, В. О. Навроцького, Н. М. Оніщенко та ін., на сучасному етапі постає нагальна необхідність переосмислення практично всіх правових категорій у порівняльному співставленні з кращими європейськими і світовими стандартами [3, с. 13].

У нашому дослідженні ставиться мета охарактеризувати сучасні наукові підходи до формування пенітенціарної політики України у співставленні з європейськими стандартами. На сучасному етапі напрям досліджень з даної проблематики проявляється досить помітно. Сутність окремих наукових підходів до формування пенітенціарної політики України з врахуванням європейських вимог розглядають у своїх працях І. Богатирьов,

В. Грищук, І. Даньшин, О. Джужа, І. Коваль, І. Лановенко, В. Льовочкін, А. Митрофанов, А. Музика, О. Пташинський, О. Романенко, М. Романов, А. Степанюк, Ю. Тодика, П. Фріс, О. Ющик і інші дослідники. Більшість із них єдині в тому, що значна частина нормативно-правових актів національного законодавства України відповідають європейським стандартам і конституційним гарантіям прав та свобод людини та громадянина, в т. ч. й тих осіб, до яких обраний запобіжний захід у вигляді тримання під вартою в УВП та СІЗО. Для останньої категорії визначені спеціальні юридичні гарантії прав і свобод, представлені нормативно- та організаційно-правовими механізмами КК України, КВК України, законів України, указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України, Державної пенітенціарної служби (ДПтС) України [4, с. 47–50].

У цьому сенсі повністю збігається з Європейськими пенітенціарними правилами мета кримінально-виконавчого законодавства, викладена в п. 1 ст. 1 КВК України. Основні суб'єкти права, які мають всі засуджені, незалежно від виду покарання, визначені у ст. 8 КВК України. Як відзначають аналітики (вітчизняні і зарубіжні), з юридичної точки зору більшість із них співвідносна з положеннями щодо правового статусу засудженого у міжнародних актах, зокрема в частині:

– забезпечення ставлення до засудженого з повагою до його людської гідності;

– додержання особистих прав та основоположних свобод такої особи;

– забезпечення умов тримання засуджених нормам, прийнятим у суспільстві.

Хоча міжнародні акти не вирізняють поняття «правовий статус» і не дають його визначення (як це, наприклад, зроблено у вітчизняному законодавстві), проте в них, зокрема в Мінімальних стандартних правилах поводження із в'язнями передбачено цілу низку норм (п. 56, 66) з метою:

а) забезпечити відповідність умов життя вимогам людської гідності та нормам, прийнятим у суспільстві;

б) мінімізувати негативні наслідки ув'язнення та різницю між життям у в'язниці та на свободі;

в) підтримувати та посилювати ті зв'язки з родичами та зовнішнім світом, які найкраще слугують інтересам в'язнів та їх родин;

г) забезпечити в'язням можливості розвивати професійні навички та здібності, які поліпшуватимуть перспективи їхньої успішної соціальної реінтеграції після звільнення [5, с. 28–29].

На думку вітчизняних науковців, наведені положення визначають основну концепцію (парадигму) всієї європейської пенітенціарної системи. Поки що вона суттєво відрізняється від тієї, яку формулює вітчизняний законодавець. Різниця полягає в тому, що європейська пенітенціарна концепція покарання враховує сам факт позбавлення волі, а не режим, оскільки ув'язнення передбачає позбавлення волі, що саме по собі є покаранням. І саме тому особа, яка потрапляє в європейську установу позбавлення волі, утримується там як людина, з відданням всього необхідного не тільки людським потребам, а й людській гідності. Тобто європейська парадигма стверджує, що навіть злочинець повинен залишатися людиною та жити в суспільстві і складати його невід'ємну частину. Вітчизняна ж парадигма робить засудженого особою «поза суспільством», особою, яку необхідно покарати та виправити за допомогою безособистісної системи. Таким чином, єдина категорія, яка по суті є незмінною і наповнює основний зміст європейських стандартів – це поняття людської гідності.

---

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К.: Парламентське видавництво, 2006. – 60 с.

2. Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу: указ Президента України від 14 верес. 2000 р. № 1072/2000 // Урядовий кур'єр. – 2000. – № 82–83.

3. Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, М. Б. Бучка; упор. О. В. Кресін. – К.: Логос, 2010. – 520 с.

4. Коваль І. Експертиза нормативно-правових актів та їх проектів на відповідність Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практиці Європейського суду з прав людини // Право України. – 2009. – № 1. – С. 47–50.

5. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями: процедура виконання правил схвалена Резолюцією Ради Європи 25 трав. 1984 р. // Кримінально-виконавче право: Зб. нормативно-правових документів / Уклад. і заг. ред. А. Х. Степанюка. – Х.: Право, 2005. – С. 18–36.

АЛЬМЕС Марія Іванівна,
провідний спеціаліст
Личаківської районної виконавчої дирекції
Львівського обласного відділення
Фонду соціального страхування
з тимчасової втрати працездатності

ГРІХ І ЗЛОЧИН: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Людину завжди цікавило питання: що таке зло, звідки його початок, чому людина чинить зло, як можна з ним боротись і за допомогою яких засобів протистояти йому? Зло – це реально існуюче духовне явище, яке онтологічно являє собою спотворення встановленої Творцем досконалої Божої волі. Зло у всесвіті з'явилось як результат непослуху (протидії) Богові-творцеві ворожої деструктивної духовної сили, яка позначається в християнстві поняттям «диявол», а на Землю воно потрапило унаслідок гріхопадіння людини, тобто непослуху людини Богові, внаслідок чого у досконалий Божий порядок речей проник диявольський хаос. У практиці людських стосунків зло проявляє себе у спотвореній (гріховній) мотивації поведінки людини, яка призводить до втрати розуміння нею призначення та сенсу власного життя, спотворює її характер і мотивацію поведінки та завдає шкоди не лише їй самій, але й іншим людям, суспільству і державі.

Людину-первісну та людину-сучасну об'єднує те, що для них є характерним вчинення зла у вигляді «гріха» чи «злочину». Хоча ці два поняття належать до різних сфер, зокрема, релігійної та правової, все ж таки їх основною причиною і сутністю є зло.

У ч. 1 ст. 11 Кримінального Кодексу України (далі – КК України) визначено поняття «злочин» як передбачене цим Ко-

дексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину [1].

В богослов'ї зустрічаються такі визначення поняття «гріх». Наприклад, преподобний Іоан Ліствичник говорить: «гріх є злочин закону, мале або велике, що буває справою, або словом, або думкою». За словами Іоанна Богослова: «Гріх – це беззаконня» (1 Ін. 3:4).

Поняття «гріх» і «злочин» можна розмежовувати за наступними ознаками (критеріями): суб'єкт злочину; винність; суспільна небезпечність; протиправність; караність.

Суб'єктом злочину, відповідно до статті 18 КК України, визнається фізична особа (людина), яка вчинила передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння і спроможна понести за це кримінальну відповідальність [6, с. 58].

Кожна людина є суб'єктом гріха (немає людини без гріха). Однак, виникає питання, коли людина може нести відповідальність за свої гріхи, а також брати участь у Таїнстві Покаяння (Сповіді)? Традиційно, до першої сповіді діти підходять в 7 років, в них з'являється відповідальність.

Винність як обов'язкова ознака злочину виражає його внутрішній психологічний зміст – психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

Гріху також властива ознака винності. У старозавітних людей було живе відчуття своєї природженої вини перед Богом: «Ось, я в беззаконні зачатий, і в гріхах породила мене мати моя» (Пс. 50:7). Вони вірили, що Бог «карає дітей за провину батьків до третього і четвертого покоління» (Вих. 20:5) – не безневинних дітей, а тих, чия особиста гріховність корінилася в провині їх предків [2, с. 101].

Суспільна небезпечність злочину – це об'єктивно існуюча антисоціальна властивість, обумовлена всією сукупністю його негативних ознак, що свідчать про реальну можливість заподіяти шкоду охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам [6, с. 47].

Суспільна небезпечність злочину проявляється через заподіяння шкоди іншим людям.

Суспільна небезпечність гріха є очевидною, оскільки гріх руйнує не лише людську природу, але й порушує закони життя. Негативні наслідки, які характеризують злочин властиві також і гріху. Однак, вчиняючи злочин людина в першу чергу робить зло іншим, коли ж вона грішить, то робить зло сама собі [8].

Кримінальна *протиправність* означає, що тільки те діяння, яке безпосередньо передбачене кримінальним законом як злочин, може вважатись саме таким і ніяке інше [6, с. 47].

Протиправність гріха полягає в тому, що гріхи передбачені в Біблії, Заповідях Божих, церковних канонах, Вселенських соборах, церковному переданні. Наприклад, гріх «гордість»: «Нечист пред Господом всяк высокосердый» (Пр. 16:5).

Караність у визначенні поняття злочину вказується як одна з ознак злочину. Якщо діяння не каране, воно не може розглядатися як злочин, караність – необхідна властивість злочину. За кожний злочин в санкціях статі Особливої частини передбачається покарання.

Міра покарання за кожен гріх описана в Старому Заповіті в книзі Левит.

Кримінальне право і релігія настільки взаємопов'язані, що слова, які зустрічаються в КК України та в Біблії є близькі за значенням, наприклад: гріх – злочин, покарання – епітимія, множинність – «пристрасть».

Поняття «гріх» ширше від поняття «злочин». Не кожен гріх є злочином. Наприклад, не є злочинами, а є гріхами «погані помисли», «безвідповідальність», «блуд», «перелюб» та інші. Виникає питання чи кожен злочин є гріхом? Відповідь на це питання ми постараємось дати за допомогою аналізу деяких злочинів, передбачених в КК України. Наприклад:

1. Злочин, передбачений ст. 212 КК України «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» є також гріхом. В Біблії читаємо «І від тайних моїх очисти мене» (Пс. 18:13). Християнин зобов'язаний вести справу так, щоб його совість була чистою, щоб він не боявся ні бандитів, ні податкової міліції, був чесним щодо своїх партнерів та покупців [5, с. 411].

2. Злочин, передбачений ст. 130 КК України «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби» є також гріхом. В Біблії читаємо «Віддати сатані на

виснаження плоті» (1 Кор. 5:5). Отрута перелюбної хвороби є найбільш вбивчою в порівнянні з іншими отрутами, в силу свого поширення [7, с. 281].

Таким чином, поняття гріха є значно ширшим від поняття злочину. Кожен злочин є гріхом, однак не кожен гріх є злочином. При розмежуванні цих понять, спостерігається більше відмінних ніж спільних рис, це пов'язано з тим, що деякі святі отці розглядають гріх не як юридичну категорію, а як «хворобу душі».

---

1. Кримінальний кодекс України. - К.: Велес, 2011. - 160 с.
2. Алфеєв Іларіон, архієп. Волоколамський. Таїнство віри: Вступ до православного богослов'я. - К.: АДЕФ-Україна, 2009. – 336 с.
3. Біблія або книги Святого Письма Старого й Нового Заповіту / Перек. з давньоєврейської й грецької на українську проф. І. Огієнко. - К.: Українське Біблійне Товариство, 2007. - 1376 с.
4. Добротолюбіє / пер. з рос. Патріарха Філарета (Денисенка). – Т. 3. – К.: Вид. відділ УПЦ КП, 2009. - 470 с.
5. Мороз Алексий, свящ. Исповедаю грех, батюшка. – М.; СПб., 2005. – 678 с.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. - 4-те вид. пер.і доп. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.
7. Антоний, митрополит Сурожский. Человек перед Богом. – М.: Наука, 2000. – 384 с.
8. Церковне право. Із записів лекцій Митрополита Іларіона (листопад 1961-квітень 1962) / Ред. прот. Степана Ярмуся. – Монреаль: УПЦ в Канаді, 1990. – 145 с.

МИНА Володимир Валентинович,
викладач кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ТЕОЦЕНТРИЧНІ КОНЦЕПЦІЇ МЕТИ ПОКАРАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

У період Середньовіччя поняття покарання головним чином осмислювалось в контексті проблематики узгодження

Божого Провидіння й свободи волі. Зокрема, Августин наголошував на тому, що Бог, унебезпечуючи людину від сваволі, сформулював цільову установку на те, аби вільна воля скеровувалась на виконання Його приписів. У цьому контексті право на покарання обґрунтовувалося крізь призму уявлень стосовно того, що свобідна воля існує, реалізуючи те, що здійснюється за власним бажанням [1, с. 13]. Крізь призму проблематики свобідної волі розглядали поняття покарання й Єзник Кохбаці, Філіп Пустельник, Іоанн Дамаскін, Абеляр, Еріугена, Боецій.

Що стосується безпосередньо мети покарання, то у Новозавітному розумінні акцентувалось на покаранні як такому, що перш за все має на меті виправлення злочинців. Зокрема, Августин стверджував, що покарання має на меті очищення і виправлення злочинця через покаяння. Натомість, Аристит, наголошував на тому, що мета покарання полягає в запобіганні злочинам, очищенні, та виправленні шляхом покаяння [2, с. 399–405]. Це твердження мало своїм джерелом такі Біблійні настанови як «Согрешающих облечай пред всеми, чтоб и прочие страх имели» (1 Тим. 5:20); «…и прочие услышат и убоятся…» (Исх. 10:19 – 20); «Весь народ да услышит и убоится и не будут впредь поступать зловредно» (Втор. 17, 13).

Водночас у розумінні деяких середньовічних філософів домінувало ставлення до покарання як співмірної кари, що ґрунтувалась на Старозавітному принципі відплати. Так, Філіпп де Бомандуар вважав, що покарання являє собою кару, співмірну відплаті [3]. Філософ II – поч. III ст. н. е. Ориген розумів мету покарання у справедливій карі, котра полягає у стражданнях відповідно до вини злочинця [4, с. 312].

Тим часом у східній середньовічній філософії покарання розглядалось як співмірна відплата. Саме так осмислювали мету покарання Алі-ібн-Абі-Таліб, а також Абу-аль-Хасан Алі ібн Мухаммед ібн Хабіб аль-Маварді та Абу-Хамід аль-Газалі, які вважали, що суть покарання полягає у відплаті за принципом «міра за міру». В основі цих міркувань перебувало законоположення Корану: «…Душа за душу і око – за око, і ніс – за ніс, і вухо – за вухо, і зуб за зуб…» (Коран: 5, 49). Щоправда Рамбам (XII ст.), визнаючи домінантність відплати, не заперечував й

таку мету покарання як запобігання іншим злочинам та виправлення шляхом покаяння [5, с. 14].

Крізь призму християнського гуманізму осмислювали мету покарання давньоруські мислителі. Так, богослов-філософ Іларіон у творі «Молитва» звертався до Господа не як до суворого та безкомпромісного судді, а як до милостивого Вершителя: «Не попущаи на ны скорби и глада, и напрасныа смерти… да не отпадуть от веры нетвердии верою. Малы показни, а много помилуи, малы язви, а милостивно исцели… продължи милость твою на людех твоих, ратныа прогоняя, мир утверди… вся помилуи, вся утеши, вся обрадуи…» [6].

Таким чином, Іларіон, який підняв важливу філософсько-правову проблему відповідальності людини за свої вчинки, розглядаючи Старозавітній Закон як такий, що вимагає рабської покори, а Новий Завіт – як Закон, що ґрунтується на вільному послуху, скерував філософську думку у напрямі осмислення покарання, з одного боку, як такого, що характеризуючись справедливістю повинне сприйматися людиною як прояв усвідомлено прийнятої готовності зазнати відповідальності, а з іншого – як акт, скерований на виправлення злочинця та порятунок його душі.

Аналогічний акцент простежувався й у філософуванні Кирила Туровського, зокрема у його творі «Слово на възнесение Господние», у якому міркування скеровано у напрямі осмислення відповідальності у контексті Нового Завіту з наголосом на покаранні на засадах принципу порятунку душі та, відповідно, з акцентуванням на меті покарання як такій, що зводиться до виправлення злочинця [7].

У цьому контексті покарання трактувалося як акт, мета якого співвідноситься не зі Старозавітнім принципом «око за око, зуб за зуб», а з Новозавітнім гуманізмом. Саме так осмислював покарання Володимир Мономах: «Ні правого, ні винного не вбивайте [і] не повелівайте вбити його; якщо [хто] буде достоїн [навіть] смерті, то не погубляйте ніякої душі християнської» [8]. В іншому творі – «Грамотці до Олега Святославича» – Мономах запевняє убивцю свого сина, що не вдаватиметься до кривавої помсти, оскільки вважав, що питання життя і смерті – в руках Господа [9, с. 13].

Мета покарання осмислювалася християнськими мислителями крізь призму новозавітних гуманістичних тенденцій. З цього приводу відомий науковець, фахівець з кримінального права XIX століття О. Кістяківський цілком справедливо стверджував, що на вчення Христа належало б вказати як на таке, котре вперше проголосило інші засади для кримінального права. Якби, вважав О. Кістяківський, постулати Христа зазнали послідовного розвитку, то могли б закласти міцний базис для іншої науки кримінального права, оскільки в Новому завіті йшлось про ідеал Бога, вітця людей, котрий прагнув не смерті грішника, а його виправлення. Однак, погляд Христа на злочинця було замінено більш придатним для Середньовіччя світоглядом Моісея [10, с. 20].

Однак, вважаємо, що таку складову мети покарання, як виправлення злочинця, не слід вважати проявом лише християнського світогляду. Так, представник японського середньовіччя (VII ст.) Согабе Сідзуо (Сьотоку) писав: «Покарання зла та заохочення добра – хороше давнє правило… помітивши зло обов'язково виправляйте його».

Єврейський філософ XII ст. рабі Моше бен Майман (Рамбам) писав: «Покаянням можна заслужити прощення. Покаяння спокутує всі гріхи. Повне покаяння – це якщо тому, хто покаявся у якомусь гріху надати можливість знову скоїти його, але розкаяння утримало його від цього, це повне розкаяння. Втім, є гріхи, за які людину очікує вічна погибель та кара за його великий гріх і злодіяння (до віровідступників і тих, хто багатьох увів в гріх, доносчиків, винних у пролитті крові та злослів'ї)» [5].

Для Середньовіччя розуміння покарання, а відтак і його мети, здебільшого характерний дуалізм, а саме: покарання трактується водночас і як таке, що настає внаслідок переступу божого Закону, і як таке, що його зазнає людина, котра вчинила порушення закону, встановленого людьми. Саме так ставилися до покарання уже згадувані Аристит, Тертуліан, Ориген, Григорій Неокесарійський, Кипріан Карфагенський, Василій Великий, Боецій, Августин Блаженний, Согабе Сідзуо, ібн Теймія та інші.

З-посеред давньоруських мислителів поглядів на покарання як таке, що супроводжує переступ і Божого і людського

права, дотримувалися Володимир Великий, Ярослав Мудрий, Іларіон, Володимир Мономах. Це знаходило відображення і у законодавчих джерелах. Зокрема, в «Уставі князя Ярослава о церковних судах» (Пространна редакція) стаття 56 містить духовну санкцію – покарання на тому світі, закляття.

У інших середньовічних філософів світового значення ця тема проявилась у апелюванні до земного судді, який за винесені ним вироки нестиме відповідальність перед Суддею Небесним. Так, Алі-ібн Абі-Таліб писав: «Горе земному судді, коли він зустріне Небесного Суддю, крім того, хто був справедливим, виносив рішення по правді, а не на свій розсуд, не мав схильності до своїх близьких та не відміняв рішення через страх чи жадібність, але робив Книгу Аллаха своїм дзеркалом, керувався ним і виносив рішення відповідно того, що у ньому». Абу Хамі аль-Газалі у своїй «Настанові правителям» наголошував, що за несправедливий суд правитель зазнає небесної кари. Рабі Моше бен Маймон нагадував: «Суддя повинен бути обережним і не зашкодити гідності людей, і збільшити шанування Бога… і немає іншого шанування Тори, як вчиняти згідно з її законами і правилами» [11].

Таким чином, у період Середньовіччя мета покарання розглядалась крізь призму теоцентризму. Незалежно від того, чи осмислювалося покарання як наслідок переступу Божого закону чи як таке, що є правовим результатом порушення «людських законовстановлень», покарання трактувалося не лише як кара, а й як таке, що має на меті виправлення злочинця та запобігання вчиненню нових злочинів.

Покарання виступало як таке, що здійснюється у земному бутті, натомість покарання, осмислювань в контексті Божого права, трактувалося як таке, що відбувається як у земній реальності, так і у потойбічні. Однак і в першому, і другому випадках кара осмислювалася не як самоціль, а як акт, що призводить до очищення душі злочинця.

В аксіологічному вимірі покарання осмислювалося у контексті проблематики узгодження Божого провидіння й свободи волі як однієї з найбільших цінностей, даної людині Богом. У цих параметрах покарання трактувалося як кара за неправильно здійснений людиною вибір, що скерована на її виправлення,

убезпечення від здійснення хибного вибору у майбутньому та запобігання здійсненню неправильного вибору іншими людьми. Специфіка трактування виправлення полягала у тому, що воно розглядалося як таке, що уможливлюється через духовне очищення, зцілювання грішної душі, покаяння. Однак на практиці теологічні та філософські доктрини, як правило знаходили неадекватне втілення, що проявлялося у домінуванні кари з акцентом на запобіганні вчиненню нових злочинів через залякування шляхом інквізиційних тортур, застосування калічницьких покарань та реалізації аутодафе.

---

1. Августин Аврелий Блаженный. О пользе покаяния // Проповеди Блаженного Августина / Пер. с латинск. Д. Садовского. – Сергиев Посад: Типография Свято-Троицкой Сергиевой Лавры, 1913. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mystudies.narod.ru/library/a/augustin/sermons/11.html

2. Аристит Философ. Слово о благоразумном разбойнике / Барсов Н. Из новооткрытых памятников первобытной христианской проповеди // Христианское чтение, издаваемое при Санкт-Петербуржской Духовной Академии. – 1887. – Ч. I. – С. 399–405. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:
http://www.mystudies.narod.ru/library/a/aristides/razboy.htm

3. Бомандуар Ф. Кутюмы Бовези [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.krotov.info/acts/13/3/beaumanoir.htm

4. Ориген. Против Цельса [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mystudies.narod.ru/name/o/origen/works.htm

5. Рамбам. Путеводитель растеряных / Пер. с иврита и комментарий М.А. Шнейдера. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.machanaim.org/philosof/in_ramb.htm

6. Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Часть общая: Пособие к лекциям. – Изд. 10 испр. и дополн. С. Н. Трегубовым. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1913. – 397 с.

7. Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Часть общая: Пособие к лекциям (извлечение) // Философия уголовного права / Сост., ред и вступ. статья Ю. В. Голика. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 223–256.

8. Володимир Мономах. Поучення / Володимир Мономах. Поучення. Бібліографічний нарис. – Львів: Фенікс, 2001.

9. Володимир Мономах Грамотка до Олега Святославича / Володимир Мономах. Поучення. Бібліографічний нарис. – Львів: Фенікс, 2001.

10. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением Начал Русского Уголовного Законодательства: Часть общая. – Ч. 1. – Изд. второе, испр. и дополн. – К.: Тип. И. и. А. Давиденко, 1882.

11. Абу Хамид аль-Газали. Наставления правителям / Абу Хамид аль-Газали. Наставление правителям и другие сочинения. – М.: Ансар, 2004. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Persien/XI/Gazali/vved.htm

НЕРСЕСЯН Армен Сабірович,
кандидат юридичних наук,
науковий співробітник відділу проблем
кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

СЛУЖБОВА ОСОБА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ: ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ, РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА КАЗАХСТАНУ

Актуальність дослідження порівняльно-правових аспектів у сфері кримінальної юстиції не викликає сумнівів – адже критичне залучення іноземного досвіду у національне кримінальне, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче законодавство дозволить підвищити ефективність застосування кримінально-правових процедур та уникнути численних помилок у цій сфері.

Однією з таких проблем у українському законодавстві є проблема службової особи як спеціального суб'єкта злочину. Так, відповідно, до ч.ч. 3, 4 ст. 18 Кримінального кодексу України (далі – КК України) службовими особами в розумінні кримінального законодавства є:

1. Національні службові особи:

1) представники влади чи місцевого самоврядування, що здійснюють свої повноваження постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням;

2) особи, що постійно чи тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій в органах державної влади, на підприємствах, установах, організаціях (як публічного, так і приватного сектора).

2. Іноземні службові особи (виключно публічний сектор).

3. Службові особи міжнародних організацій [1].

Таким чином, національне кримінальне законодавство при визначенні правого статусу спеціального суб'єкта злочину – службової особи змішує посадовців публічного і приватного секторів, що, очевидно, є наслідком радянської системи, коли практично вся система господарювання була одержавлена. В сучасних умовах, коли переважна частина економічних функцій зосереджена у приватному секторі, подібна ситуація може призвести до певної плутанини.

Дещо покращилась ситуація в даній сфері з прийняттям Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 07.04.2011 р., яким до КК України було введено нового суб'єкта злочину – службову особу юридичної особи приватного права. Також цим законом було змінено примітку 1 до ст. 364, зокрема, виділено ряд злочинів, суб'єктом яких може бути лише службова особа публічного сектора (представники влади або місцевого самоврядування, а також службові особи, що виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, установах і організаціях) [2]. В той же час, слід зауважити, що такі заходи є лише частковим вирішенням проблеми, адже вони поширюються лише на норми Розділу VII Особливої частини КК України. Але і в інших розділах КК України є цілий ряд норм (ч. 3 ст. 176, ч. 3 ст. 177, ч. 3 ст. 206, ч. 3 ст. 229 тощо), що передбачають вчинення злочину службовою особою як кваліфікуючу ознак, а також злочини які можуть бути вчинені виключно службовою особою (ст. 210, ст. 211).

У Кримінальному кодексі Російської Федерації (далі – КК РФ) існують дві глави – гл. 23 «Злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях» (ст.ст. 201-204) та гл. 30 «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби і

служби в органах місцевого самоврядування» (ст.ст. 285–293). Норми статей відповідних глав визначають спеціального суб'єкта конкретних злочинів, що входять до них. Так, спеціальним суб'єктом злочинів, передбачених ст. 201 «Зловживання повноваженням» та ст. 204 «Комерційний підкуп» КК РФ є особа, що виконує управлінські функції в комерційній чи іншій організації, а також некомерційній організації, що не є державним органом, органом місцевого самоврядування, державною чи муніципальною установою. Для визнання особи таким суб'єктом вона повинна виконувати функції одноособового виконавчого органу, або члена ради директорів чи іншого колегіального виконавчого органу або постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням виконувати в даній організації організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції (примітка 1 до ст. 201 КК РФ). Натомість спеціальним суб'єктом злочинів, передбачених гл. 30 КК РФ є посадова особа, тобто особа, що постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням виконує функції представника влади, або виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних та муніципальних установах, державних корпораціях, а також у Збройних Силах РФ, інших військах та військових формуваннях РФ (примітка 1 до ст. 285 «Зловживання посадовими повноваженнями КК РФ») [3].

Кримінальний кодекс Республіки Казахстан (далі – КК РК) також структурно розділяє службових осіб як спеціальних суб'єктів злочинів. Так, у Главі 8 «Злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях» Особливої частини КК РК (ст.ст. 228–232) спеціальним суб'єктом злочинів, передбачених ст. 228 «Зловживання повноваженнями», ст. 231 «Комерційний підкуп», ст. 232 «Несумлінне ставлення до обов'язків» також є особа, що виконує управлінські функції в комерційній чи іншій структурі. Під цією особою, згідно примітки до ст. 228 розуміється особа, що постійно, тимчасово, чи за спеціальним повноваженням виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в організації, що не є державним органом, органом місцевого самоврядування, чи організацією, доля держави в якій становить більше 50 відсотків [4].

Підсумовуючи, слід зробити висновок, що розмежування статусу службових осіб приватного і публічного секторів, як спеціальних суб'єктів злочину є нагальною потребою української кримінальної юстиції і залучення в цьому аспекті досвіду Російської Федерації та Республіки Казахстан є цікавим і корисним.

---

1. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] // Сторінка «Законодавство України» Інтернет-сайту Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print 1332853156418441 - Дата доступу: 30.03.2012.

2. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» [Електронний ресурс] // Сторінка «Законодавство України» Інтернет-сайту Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3206-17/print1332853156418441 – Дата доступу: 30.03.2012.

3. Уголовный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] // База данных «Федеральные Законы». – Режим доступа: http://graph.garant.ru:8080/SESSION/PILOT/main.htm – Дата доступа: 30.03.2012.

4. Уголовный кодекс Республики Казахстан [Электронный ресурс] // Сайт «Кодексы Республики Казахстан». – Режим доступа: http://www.zakon.kz/211944-ugolovnyjj-kodeks-rk-2011.html – Дата доступа: 30.03.2012.

КУЛЬТЕНКО Олександр Володимирович,
кандидат юридичних наук, старший викладач
кафедри правознавства
Кіровоградського державного педагогічного
університету ім. В. Винниченка

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КВАЛІФІКУЮЧИХ ОЗНАК ПРОТИПРАВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ЦИФРОВИХ ТЕЛЕРАДІОМОВНИХ ПРИСТРОЇВ

По всій нашій планеті відбувається приголомшене поширення нових технологій, особливо в країнах зацікавлених у розвитку своєї економіки. Провідні науковці яких вбачають необхідним використовувати основний інструмент впливу на соціа-

льний та культурний розвиток суспільств цифрові телерадіомовні пристрої (далі – ЦТП).

На сучасному етапі спосіб правового регулювання суспільних відносин сфери використання ЦТП не відповідає рівню усвідомлення більшості громадян України, оскільки за допомогою телебачення та радіомовлення людина отримує 85% інформації про навколишній світ, а частка державного сектора в телерадіоінформаційному просторі України складає 4%. Необхідно також враховувати, що в Україні у вересні 2011 р. існувало близько 15 млн. користувачів Інтернету, це складає 33% її жителів, а на грудень 2011 р. налічувалося 53,67 млн. абонентів (SIM-карт) стільникового зв'язку, тобто на рівні 117%.

Динаміка збільшення користувачів ЦТП робить актуальною необхідність проведення подальшого дослідження з метою освітлення можливих негативних наслідків на фізичну особу та вирішення питань правового регулювання суспільних відносин під час використання цих пристроїв.

Аналіз праць про вирішення питань правового регулювання суспільних відносин у сфері телебачення на території України свідчить про позитивний внесок науковців: О.А. Баранов, О.Ю. Большакова, В.О. Горобцов, В.Ф. Іванов. Без сумніву цікаву роботу виконав Т.С. Шевченко в контексті проведення порівняльної характеристики особливості функціонування телебачення та Інтернет. Проте загальна тенденція більшості досліджень не була обумовлена створенням в Україні до 2015 р. повноцінної інфраструктури цифрового телерадіомовлення та вирішення питання забезпечення доступу населення до загальнонаціональних програм мовлення у цифровому форматі Відповідності до регіонального плану Міжнародного союзу електрозв'язку 2006 р. Україна повинна перейти з аналогового на цифрове телерадіомовлення у смугах частот 174–230 MHz і 470–862 MHz [1]. Таким чином, з суто юридичних позицій, необхідно здійснити порівняльну характеристику кваліфікуючих ознак використання (стандартизувати радіочастотний спектр) ЦТП для протидії їх протиправному використанню у порушенні прав людини і громадянина в Україні.

Неможливо залишити поза увагою роботи західних фахівців які висвітлювали обґрунтування своєї позиції у вирішенні

вказаної вище проблематики, таких як: Томас Хазлет (Thomas W. Hazlett), Вейн Дженсен (Wayne Jansen), Карен Скафон (Karen Scarfone), Мохамад Хосам Ахмед (Mohamed H. Ahmed).

Природним способом раціоналізації використання різноманітних систем є їх об'єднання у велику групу за принципом належності. За цим принципом визначимо основну її складову - Міжнаро́дний телекомунікаці́йний сою́з (вжите нами цитоване вище Міжнародний союз електрозв'язку (МСЕ) – це калька з рос. МСЭ) (International Telecommunication Union, ITU) [2].

В основному МСЕ займається розподілом радіочастот, міжнародною телефонною організацією, організацією радіозв'язку та стандартизацією телекомунікаційного обладнання. Держава Україна учасник МСЕ з 1947 р. В теперішній час безпосередню роботу з цією міжнародною організацією здійснює ДП «Український державний центр радіочастот» (далі – УДЦР) [3].

У листопаді 2008 року УДЦР надано статус повноправного члена Європейського інституту стандартів телекомунікацій (ETSI) – провідної галузевої організації у сфері стандартизації. УДЦР отримано доступ в режимі он-лайн до всіх інформаційних ресурсів ETSI, а також право брати участь у роботі технічних комітетів та робочих груп, зокрема, у діяльності Технічного комітету ERM «ЕМС і питання використання радіочастотного спектру».

Оскільки джерелом природного права людини є свідомість та її переконання здійснимо спробу охарактеризувати кваліфікуючі ознаки протиправного використання ЦТП встановивши їх факультативну дію на фізичну особу.

По-перше, кожна музична нота відповідає певній частоті, яка може бути виміряна в герцах (нім. Hertz – Hz) [4]. Вухо немовляти здатний сприймати частоти від 20Hz до 20kHz. Середнє значення частоти звуку яка свідомо сприймається дорослою людиною від 20Hz до 16kHz. Частоти вище 20 kHz вважаються ультразвуком у той час як частоти нижче 20Hz належать до інфразвукових. Ультразвук впливає на зміну психічного стану фізичної особи.

По-друге, фізіологічні зміни в організмі людини починають відбуватися при високих рівнях звукового тиску (англ. Sound Pressure Level – dBSPL) [5]. Приблизно з 120–140dB починається дискомфорт в вусі і виникає біль. Барабанні перетин-

ки починають розриватися з рівня від 160dB. На рівні приблизно 200dB, починається ушкодження легенів, а вище рівня 210dB можна досягти летальних результатів.

По-третє, низькочастотний звук в діапазоні 50–100Hz та на рівні 150 dB і більше, викликає нестерпний біль у грудному відділі фізичної особи.

Тобто саме гетеродинування (поєднання частоти та тиску звуку) характеризує кваліфікуючі ознаки під час класифікації протиправного використання ЦТП.

На останнє, у приклад застосування позитивного закордонного досвіду, зокрема США, можна навести відображення у 47 Кодексі Федерального регулювання (зводу загальних правил) з назвою Телекомунікація, кодифікації документів загального застосування і майбутнього впливу [6].

Отже, реалізовуючи необхідність привести у відповідність позитивне право природному здійснена характеристика може бути застосована для подальших досліджень, як засіб диференціації відповідальності.

---

1. World Telecommunication/ICT Development Report. Measuring ICT for Social and Economic Development // International Telecommunication Union. – Geneva, 2006. – 189 p.

2. International Telecommunication Union [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.itu.int/home/sitemap.html – Дата доступу: 01.03.2012.

3. Державне підприємство «Український державний центр радіочастот». Офіційне інтернет представництво [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ucrf.gov.ua/uk/services/sitemap/ – Дата доступу: 01.03.2012.

4. Hertz // Wikipedia. The free Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://en.wikipedia.org/wiki/Hertz - Дата доступу: 01.03.2012.

5. Sound Pressure // Wikipedia. The free Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://en.wikipedia.org/wiki/Sound_pressure. – Дата доступу: 01.03.2012.

6. Code of Federal Regulation 47 Telecommunication, Containing a codification of documents of general applicability and future effect. Parts 0 to 19 - Part 80 to end / Office of the Federal Register National Archives and Records Administration. – Washington: U.S. Government Printing Office, 2010. – 3695 p.

ГУМЕНЮК Юлія Ігорівна,
здобувач кафедри кримінального права та кримінології
Львівського державного університету
внутрішніх справ

ЗАВІДОМО НЕЗАКОННІ АРЕШТ, ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕРЖАВ СНД

Питання відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою за кримінальним законодавством держав СНД не були предметом спеціального порівняльного дослідження. Даний злочин за родовим об'єктом відноситься до злочинів проти правосуддя.

Відсутність належної уваги з боку науковців до зазначених питань створює певний інформаційний вакуум, який не сприяє обміну законодавчим досвідом, а також певною мірою не дає правозастосовним органам достатніх можливостей використання зарубіжного досвіду для викриття винних у вчиненні злочинів, передбачених ст. 371 КК України.

Певним аспектам дослідження проблеми кримінальної відповідальності за вчинення розглядуваних злочинів у різні історичні періоди було присвячено роботи таких вчених, як М.І. Бажанов, О.Ф. Бантишев, В.К. Глістін, С.А. Денисов, Б.В. Здравомислов, В.Ф. Кириченко, Ю.І. Кулєшов, Ю.А. Мерзлов, В.О. Навроцький, А.А. Піонтковський, Ю.П. Попова, О.Б. Сахаров, О.Я. Свєтлов, В.І. Суботіна, І.М. Тяжкова, Фасхутдінова та ін.

В кримінальних кодексах держав СНД спостерігаються різні підходи до вирішення питань відповідальності за вказані злочинні діяння. За родовим об'єктом ці склади злочинів є подібні, однак спостерігаються і відмінності. Так, наприклад, у кримінальних кодексах Киргиської Республіки, Туркменістану, Республіки Таджикистан, Республіки Молдова, Російської Федерації, Республіки Вірменія, Республіки Узбекистан, Республіки Білорусь, Азербайджанської Республіки, Латвійської Республіки, Естонії, України зазначені склади злочинів відносяться до злочинів проти правосуддя. У кримінальному кодексі Республіки Казахстан родовий об'єкт дещо ширший і

включає злочини проти правосуддя та порядку виконання покарань.

З об'єктивної сторони злочин може проявлятись у незаконному: 1) затриманні, 2) приводі (ч. 1 ст. 371 КК України), 3) арешті, 4) триманні під вартою (ч. 2 ст. 371 КК України).

В кримінальних кодексах країн СНД спостерігаються деякі відмінності щодо заборони подібних суспільно-небезпечних діянь. Зокрема, в КК Республіки Казахстан, Республіки Білорусь, Туркменістану, Азербайджанської Республіки, Російської Федерації передбачено відповідальність за три діяння: 1) незаконне затримання, 2) незаконне взяття під варту (арешт), 3) незаконне тримання під вартою. У КК Киргизької республіки, Республіки Таджикистан, Республіки Вірменія, Республіки Узбекистан – за два незаконних діяння: 1) затримання, 2) взяття під варту; у КК Республіки Молдова, також, за два діяння: 1) незаконне затримання, 2) незаконний арешт. В кримінальному законодавстві Латвійської Республіки дані діяння передбаченні окремими статтями. У ст. 292 КК Латвійської Республіки передбачена відповідальність за завідомо незаконне взяття під варту (арешт), а в ст. 293 – за незаконне затримання та привід.

Варто зазначити, що види і обсяги покарання за вказані суспільно-небезпечні діяння значно відрізняються у КК всіх вище названих держав. В КК України завідомо незаконні затримання або незаконний привід – караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років (ч. 1 ст. 371 КК України). Якщо ці дії спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років (ч. 3 ст. 371 КК України). В КК Естонії ці ж діяння караються позбавленням волі на строк до трьох років (ст. 170 КК Естонії). Завідомо незаконне затримання в Туркменістані карається позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або виправними роботами на строк до двох років чи позбавленням волі на строк до одного року (ч. 1 ст. 195 КК Туркменістану); у КК Республіки Вірме-

нія – арештом на строк від двох років до трьох місяців або позбавленням волі на строк не більше двох років з позбавленням права займати певні посади і займатися певною діяльністю на строк не більше трьох років (ч. 1 ст. 348 КК); в КК Республіки Узбекистан – штрафом до п'ятдесяти мінімальних розмірів заробітної плати або арештом до шести місяців (ст. 234 КК); в КК Азербайджанської Республіки – обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років (ч.1 ст. 292 КК); у КК Російської Федерації – обмеженням волі на строк до трьох років, або арештом на строк від чотирьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права займати певні посади і займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого (ч.1 ст. 301); у КК Республіки Білорусь – позбавленням права займати певні посади або займатись певною діяльністю або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той же строк (ч.1 ст.397 КК). Майже ідентичними є санкції даної норми в КК Республіки Таджикистан й Казахстану: завідомо незаконне затримання, взяття під варту або тримання під вартою – караються обмеженням волі на строк до трьох років, або арештом на строк від чотирьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років чи без такого (ч.1 ст. 346). У КК Киргизької Республіки – штрафом в розмірі до п'ятдесяти мінімальних місячних заробітних плат, або позбавленням волі на строк до одного року з позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років (ч. 1 ст. 324 КК); в КК Республіки Молдова – позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років (ч. 1 ст. 308 КК). У КК Латвійської Республіки завідомо незаконні затримання або привід караються позбавленням волі на строк до одного року чи грошовим штрафом на строк до двадцяти мінімальних місячних заробітних плат (ст. 293 КК).

Значні відмінності видів і обсягів покарання описуваних діянь спостерігаються у всіх країнах СНД. Проте можна відзначити і деякі спільні риси. Наприклад за завідомо незаконне затримання, у кримінальних кодексах Азербайджанської Республіки, Республіки Білорусь, Російської Федерації, Республіки Таджикистан, Республіки Казахстан одним з основних покарань визначених у санкції статті, яка передбачає відповідальність за вказані діяння, є обмеження волі на строк до трьох років. У всіх країнах СНД, крім Естонії, санкція даної норми носить альтернативний характер. В Естонії ж вона є відносно визначеною.

КОВАЛЬЧУК Наталія Миколаївна,
аспірантка Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України

ДОСЛІДЖЕННЯ ФАКТОРА НАЦІОНАЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ У РАМКАХ АНТИМДЕПІНГОВИХ, АНТИСУБСИДИЦІЙНИХ ТА СПЕЦІАЛЬНИХ РОЗСЛІДУВАНЬ (НА ПРИКЛАДІ ОКРЕМИХ КРАЇН)

Використання інструментів торговельного захисту є одним з дозволених міжнародно-правовими нормами винятків з принципу недискримінації у торгівлі й ефективним засобом протидії нечесній торговельній практиці з боку іноземних підприємств, а також зростаючому імпорту. Застосуванню такого роду заходів передує проведення відповідного розслідування та дослідження в його рамках низки факторів економічного та правового характеру. Якщо за результатами розслідування встановлено факт демпінгового (субсидованого чи зростаючого) імпорту та факт заподіяння таким імпортом шкоди національному виробникові, уповноважені органи країни імпорту приймають рішення про застосування вказаних вище заходів. Однак, у законодавстві деяких країн міститься застереження (клаузула), яке передбачає можливість вжиття заходів тільки за умови їх відповідності національним інтересам. Складність виконання цієї умови по-

лягає в тому, що норми права не дають чіткого визначення поняттю «національні інтереси» та не встановлюють критеріїв його дослідження. Серед науковців єдиної думки стосовно доцільності включення до переліку обов'язкових умов застосування заходів торговельного захисту фактору «національних інтересів», а також щодо змісту й сутності цього поняття, наразі немає. Однак, значний внесок у розробку даної проблематики зробили такі дослідники: Б. Хіндлі, Т. Пруса, Е. Вермульст, Дж. Вінер та інші. З огляду на вказане, існує необхідність дослідити на прикладі окремих країн, яким чином у рамках проведення розслідувань вивчається фактор «національних інтересів» та який вплив цей фактор має на їх результати.

Застереження щодо національних інтересів означає обов'язок уповноважених на проведення розслідувань органів досліджувати можливий вплив застосування заходів торговельного захисту на користувачів, кінцевих споживачів відповідного товару, та в цілому на конкуренцію. Як правило, така норма-застереження встановлюється на національному рівні, а положення міжнародних угод у сфері торговельного захисту, зокрема Угод СОТ, таких норм не передбачають, однак містять імператив щодо врахування у рамках розслідувань прав і законних інтересів усіх заінтересованих сторін. У законодавстві деяких країн (наприклад, у США) національні інтереси прирівнюються до інтересів заявників, тобто підприємств, які подають заяву чи скаргу про порушення відповідного розслідування. Тому якщо уповноваженим органом встановлено факт заподіяння шкоди таким заявникам внаслідок демпінгового (субсидованого чи зростаючого) імпорту, заперечення з боку споживачів товару, стосовно імпорту якого проводиться розслідування, не може бути перепоною для застосування заходів торговельного захисту. Разом з тим, у багатьох країнах (Канаді, ЄС, Австралії, Україні) механізм проведення розслідувань передбачає обов'язок уповноважених органів досліджувати фактор «національних інтересів», однак сутність даної категорії у законодавстві різник країн розкривається по-різному. Так, Європейською Комісією визначається, що інтереси Співтовариства охоплюють широке коло питань, однак найважливішими серед них є інтереси кінцевих споживачів і підприємств переробних галузей, а також необхідність збе-

реження конкуренції [1, с. 31]. За законодавством Канади аналіз цього фактору здійснюється не безпосередньо в ході проведення розслідування, а в процесі застосування заходів. Трибунал як уповноважений орган за власною ініціативою або за зверненням заінтересованої сторони може порушити окреме розслідування щодо відповідності застосованих заходів національним інтересам, і за результатами його проведення рекомендувати Міністру фінансів або зменшити розмір ставки особливого виду мита або взагалі його скасувати. У зверненні заінтересованої особи має надаватися інформація щодо впливу заходів на конкуренцію на внутрішньому ринку, можливість експорту товару з країн, які не підпадають під дію заходів, впливу заходів на діяльність переробних підприємств, на якість і ціну товару на внутрішньому ринку [2, с. 226].

Вітчизняним законодавством передбачено, що висновок з питання, чи потребують національні інтереси застосування відповідних заходів, повинен ґрунтуватися на оцінці всіх інтересів, включаючи інтереси національного товаровиробника, споживачів, вплив імпорту товару на зайнятість населення, інвестиції національного товаровиробника, споживачів, а також на міжнародні економічні інтереси України. При цьому, особлива увага має приділятися необхідності усунення впливу диспропорцій в торгівлі та відновленню конкуренції. Варто зазначити, що застереження щодо національних інтересів має незначний вплив на практичну площину, оскільки відсутні будь-які рекомендації стосовно того, яким чином порівнювати шкоду, заподіяну виробникам, та шкоду, що може бути заподіяна споживачам.

У зв'язку із цим вважаємо, що особи, на яких вжиття заходів потенційно справлятиме негативний вплив, повинні мати можливість захистити свої інтереси в ході розслідування шляхом надання коментарів, отримання доступу до інформації заявників (виробників) та іншої інформації. Фактор національних інтересів має досліджуватися не на завершальному етапі розслідування, а паралельно із дослідженням фактору шкоди та причинно-наслідкового зв'язку між демпінговим (субсидованим, зростаючим) імпортом та шкодою національним товаровиробникам. Проте, найголовнішим у зазначеному контексті є необхідність визначення критеріїв, за якими мають порівнюватися ін-

тереси національних товаровиробників та інтереси інших заінтересованих сторін.

---

1. Labastida E. Antidumping institutional design in the World Trade Organization, the European Community and the United States: its legal and discretionary power. – 2008. – 38 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.elenalabastida.com/publications.3.html

2. Evaluation of the European Unions Trade Defence Instruments: Final evaluation study. – 2012. – 506 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: trade.ec.europa.eu/doclib/html/149237.htm

ШЕВЧЕНКО Анна Василівна,
здобувач кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
суддя Київського окружного адміністративного суду

ПІДСТАВИ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ ТА САНКЦІЇ ЗА ПОРУШЕННЯ В УКРАЇНІ ТА РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ

Судді як носії судової влади при здійсненні правосуддя є незалежними від будь якого впливу, нікому не підзвітні і підпорядковуються лише закону.

Особливість статусу суддів має суттєвий вплив на визначення підстав виникнення дисциплінарної відповідальності суддів, органів, що правомочні вирішувати питання про дисциплінарну відповідальність суддів, санкції, які застосовуються за вчинення дисциплінарного проступку.

Прийнятим Законом України «Про судоустрій та статус суддів» законодавець змінив порядок притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності.

Зокрема, збільшивши перелік підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності законодавець пішов шляхом звуження кола санкцій, які можуть бути застосовані до порушника.

Так, стаття 32 Закону України «Про статус суддів» [1, с. 35], чинного до 30 липня 2010 року передбачала два види дисциплінарних стягнень-догану та пониження кваліфікаційного класу.

У статті 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що до суддів може застосовуватися дисциплінарне стягнення у виді догани [2, с. 43]. Як зазначають міжнародні експерти у цій нормі міститься «самий незвичайний елемент українського законодавства». Санкції повинні бути пропорційні порушенню, а тому необхідно мати їх гнучку систему. Принцип пропорції в Україні фактично використовується так, як це передбачено пунктом 2 статті 87, тільки у зв'язку з питанням, варто накладати санкцію або ні, але не відносно видів санкцій.

На цю обставину звертається увага в низці міжнародних документів. Так, у пункту 5.1. Європейської хартії про закон «Про статус суддів» [3, с. 94] закріплено, що шкала застосовуваних санкцій має бути визначена суддівським законом, а застосування цих санкцій має підлягати принципу пропорційності. Аналогічне положення міститься у пункту 77. vi) Висновку № 3 (2002) Консультативна рада європейських суддів [4, с. 107]. Рада вважає що санкції, які може застосовувати уповноважений орган у випадку встановлення вини судді, повинні бути визначені в якомога більш конкретних формулюваннях у законі, у статуті або основній хартії для суддів; вони повинні застосовуватися пропорційно шкоди від правопорушення. Так само визначено і в пункт 69 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів [5].

У Росії ж боротьба з схожими законодавчими проблемами вже почалася.

Так, Міністерство юстиції Російської Федерації розробило проект доповнень до закону про статус суддів, що конкретизують підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Перелік стягнень розширюється, законопроект також пропонує розрізняти «звичайний» і грубий проступок [6].

Конституційний Суд Російської Федерації дав відповідь на питання про те, чи можливо звільнити суддів за допущені ними в ході судочинства помилки. У своїй постанові він вказав, що суддю не можна притягувати «до дисциплінарної відповідальності за судову помилку, якщо він діяв в рамках суддівського розсуду і не допустив грубого порушення при застосуванні норм матеріального або процесуального права» [7].

Суд також вказав законодавцеві, що було б доцільно уточнити склади дисциплінарних проступків і підстави притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, оскільки існуюче законодавство «не дає вичерпної характеристики поведінки, яку можна було б вважати несумісною із званням судді або такою, що не відповідає його статусу».

Після того, як Конституційний Суд сформулював свою позицію з цього питання, уряд Російської Федерації прийняв рішення про розроблення проекту закону, що уточнює всі нюанси притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності.

Проектом передбачається по-новому прописати статтю 12 - 1 закону («Дисциплінарна відповідальність суддів»). Зокрема, Мін'юст пропонує чотири види дисциплінарного стягнення для судді: попередження, догана, пониження кваліфікаційного класу і дострокове припинення повноважень (зараз їх два – попередження і дострокове припинення повноважень).

При цьому передбачається, що дострокове припинення повноважень або відставка допускається лише в разі здійснення суддею грубого дисциплінарного проступку або неодноразового (два і більш за рік) вчинення «звичайного» дисциплінарного проступку.

Що стосується грубих дисциплінарних проступків, за які суддю може бути звільнено, то до них планується віднести здійснення суддею діяльності, несумісної із званням судді; винесення незаконного судового рішення, якщо його незаконність підтверджується вищестоящою судовою інстанцією; систематичне порушення процесуальних строків в наслідок недбалості або професійної некомпетентності судді; надання суддею завідомо недостовірних відомостей про своє фінансове положення.

У зв'язку з чим, можна дійти висновку, що вказаний приклад законодавчої ініціативи російських колег необхідно взяти на озброєння і розглянути питання розширення арсеналу можливих санкцій за дисциплінарні порушення, тому що існуючий перелік не дозволяє реагувати належним чином, дотримуючись вимог пропорційності.

---

1. Про статус суддів: Закон України від 15 грудня1992 року № 2862-XI // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 24.

2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI. – К.: Видавництво «Істина», 2010. – 173 с.

3. Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. – К.: Поліграф-Експрес, 2008. – 184 с.

4. Висновок № 3 (2002) Консультативної Ради європейських суддів для Комітету Міністрів Ради Європи про принципи й правила, що регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, етичні норми, несумісну з посадою поведінку та неупередженість від 19 листопада 2002 р. // Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. – К.: Поліграф-Експрес, 2008. – 184 с.

5. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р.) [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a38

6. Совет судей против законопроекта Минюста о дисциплинарной ответственности судьи за отмену его решения вышестоящей инстанцией [Електронний ресурс] // Сайт Право.ру. Режим доступу: http://pravo.ru/news/view/64042 Дата доступу: 11.11.2011.

7. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 2011 г. № 19-П/2011 // Офіційний сайт Конституційного Суду Російської Федерації. Режим доступу: http://www.ksrf.ru/Decision/Pages/default.aspx

МАРЬИНА Евгения Владимировна,
кандидат юридических наук,
старший преподаватель
кафедры уголовного процесса и криминалистики
Самарского государственного университета

К ВОПРОСУ О СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ХАРАКТЕРИСТИКЕ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА СОВЕРШЕНИЕ КОРРУПЦИОННЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

Традиционно коррупцию рассматривают в широком и узком смыслах. В широком значении всякая деятельность, направленная на незаконное приобретение выгоды от своего публично-правового (должностного или служебного) статуса, является

коррупционным поведением, поскольку препятствует нормальному общественному развитию. В таком значении коррупцию можно воспринимать как противоправное приобретение выгод с использованием служебных возможностей самыми различными категориями лиц, занимающими должности в организациях государственного, муниципального, общественного или частного характера [1, с. 10; 2, с. 8]. Российский законодатель также придерживается широкого понимания коррупции [4].

В узком смысле коррупция – синоним подкупа, т. е. получения служащим незаконной имущественной выгоды в связи с его служебной деятельностью [3, с. 11–14].

В большинстве уголовных кодексов зарубежных государств отсутствует самостоятельный состав преступления, предусматривающий ответственность за коррупцию, за исключением таких государств как КНР, Эстония, Киргизия. Те государства, которые в своих уголовных законах закрепляют самостоятельные статьи о коррупции, вкладывают различный смысл в определение данного явления.

За коррупционные преступления ответственность несет как лицо, предоставившее выгоду, так и получившее ее. Субъектом получения выгоды выступают лица, осуществляющие публичные функции в государственных органах. Каждый уголовный закон по собственному усмотрению определяет их круг, однако общая тенденция такова, что в большинстве правовых систем признаются виновными все государственные и муниципальные служащие, вне зависимости от наличия у них властных полномочий.

Во французском и испанском законодательстве субъектом ответственности за получение взятки помимо публичного должностного лица, может выступать частное лицо, при условии, если своими действиями оно воздействует на государственные органы.

Немецкий законодатель уголовную ответственность за получение взятки поместил в разные разделы уголовного закона, в зависимости от того, кто является субъектом преступления: должностное лицо или лицо, принявшее на себя обязанности, связанные с государственной службой, и служащий или уполномоченное лицо делового предпринимательства. К первой гру-

ппе помимо чиновников и служащих, обладающих публично-правовым статусом, относятся лица, осуществляющие свою деятельность в ассоциациях, предприятиях, корпорациях для выполнения функций административного управления и привлечены государственным органом или иной организацией. Ко второй группе относятся лица, осуществляющие деятельность в коммерческих и некоммерческих организациях, в том числе врачи, адвокаты, налоговые консультанты.

Шведский законодатель субъектом взяточничества признал всех служащих, вне зависимости от властных полномочий и сферы деятельности, причем выполнение тех или иных полномочий может быть фактическим, а не юридическим.

Что касается уголовного законодательства стран бывшего Союза ССР, то здесь ответственности преимущественно подвергаются должностные лица, осуществляющие функции представителя власти, либо выполняющие административно-хозяйственные или организационно-распорядительные функции. В некоторых странах должностное лицо понимается шире, и к данной категории относятся лица, обладающие властными полномочиями на предприятиях (УК Молдавии, Украины, Эстонии). В некоторых Уголовных кодексах введена ответственность не только должностных лиц, но и государственных служащих (УК Белоруссии), либо любых служащих (УК Таджикистана).

Согласно российскому уголовному закону, ответственность за получение взятки (которая является ядром коррупции) устанавливается в отношении должностных лиц, в том числе должностных лиц публичных международных организаций. Руководители государственных или муниципальных унитарных предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения или оперативного управления подлежат уголовной ответственности на основании положений, закрепленных в главе 23 УК РФ, то есть как лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации, а не как должностные лица. Государственные и муниципальные служащие, должностными лицами не являющиеся, ни к уголовной, ни к административной ответственности за получение незаконного вознаграждения привлечены быть не могут.

В заключении отметим, что, несмотря на кажущееся единство законодательного закрепления составов коррупционных правонарушений в правовых системах различных стран, принципиальная разница между ними выражается на уровне реализации соответствующих императивных предписаний диспозиций уголовно-правовых норм правоприменительными, в том числе правоохранительными органами. Многое в решении данного вопроса зависит от уровня развития соответствующей национальной правовой системы, последовательной реализации соответствующих положений закона, от правовой идеологии, а также – от уровня развития общественного правосознания и степени неприятия населением такого негативного явления как коррупция.

---

1. Максимов С.В. Коррупция. Закон. Ответственность. – М.: ЗАО «ЮрИнфор», 2008. – 255 с.

2. Волженкин Б.В. Коррупция. – СПб.: Санкт-Петербургский юрид. ин-т Генеральной прокуратуры РФ, 1998. – 44 с.

3. Егорова Н.А. Преступления против интересов службы. – Волгоград: ВЮИ МВД России, 1999. – 190 с.

4. Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 29 декабря 2008. – № 52 (ч. 1). – Ст. 6228.

СВИРИДЮК Наталія Петрівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ (Київ)

ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЇ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ ПЕРСПЕКТИВИ

Корупція є однією з найактуальніших соціальних проблем сучасності, розв'язання якої для багатьох країн є вкрай необхідною справою. Це стосується й України, високий рівень корумпованості якої визнано її керівництвом, вітчизняними та зарубіж-

ними аналітиками, відповідними міжнародними інституціями. Демократизація суспільних відносин, входження України у світове співтовариство потребує нового погляду на проблему державного управління відповідно до стандартів, принципів і норм, вироблених світовою спільнотою. [2, с. 110].

Отже метою цієї статті є висвітлення досвіду протидії корупції у зарубіжних країнах та визначення перспектив подолання цього негативного явища в Україні.

За результатами соціологічного дослідження корумпованості країн Європи, проведеного Міжнародною аудиторською компанією «Ernst & Young», Україна посіла друге місце в цьому рейтингові. Згідно аналітичним довідкам, 91% українських підприємців висловили думку, що майже кожний день стикаються з хабарництвом та свавіллям чиновників. В Росії цей показник склав 93%, а в країнах Європи – 62%.

На думку експертів, українці реально оцінюють проблему корупції: «беруть хабара з використання службового положення майже всі» – 12% опитаних; «беруть хабара більшість» – 49%; «дехто» – 29%. При цьому 45% респондентів визнали, що працюють у тіні, а їхній тіньовий капітал складає близько $ 40 млрд., нелегальний валютний обіг – $ 12 млрд., а за межі України вивезено понад $ 20 млрд.

За даними дослідження кампанії TNS Opinion & Social, європейці також вважають корупцію негативним явищем, яке суттєво впливає на розвиток їхніх країн - 75% респондентів (із 26856 представників країн-членів ЄС). Разом з цим 67% європейців не вважають що існування корупції в країні суттєво вплинуло на їх буденне життя. Лише 8% респондентів визнали, що змушені були давати хабара протягом 2011 р.

Шляхи корупційного збагачення та форми прояву корупції в Україні не відрізняються від світової корупційної практики: державні видатки, інвестиції, закупівлі, позабюджетні фонди тощо.

Можна додати, що корупція в Україні існує не лише на рівні вищої керівної ланки. У 2008 році співробітниками УБОЗ МВС України в Автономній Республіці Крим був затриманий селищний голова Партеніту за підозрою в отриманні хабара у сумі, еквівалентній 26 мільйонам гривень! Посівши «почесне»

перше місце у рейтингу найбільших хабарів, викритих МВС у 2008 році, цей хабар перевищив у 83 рази інші, розташовані прямо за ним. Звичайно, викриття незначної кількості фактів корупції серед перших осіб держави аж ніяк не означає цілковиту відсутність корупційних проявів «зверху». Але треба визнати, що мільйонні хабарі серед державних службовців середньої ланки, де середня заробітна плата не досягає і двох тисяч гривень на місяць, неприємно вражають [1, с. 5].

Відомо, що проблема протидії корупції є проблемою майже всіх країн сучасності, хіба що з різним рівнем гостроти. Тому, вивчення досвіду найбільш успішних у цьому питанні держав є кроком на шляху національного самовдосконалення України.

ФРН (14 місце у списку поширення корупції) вважається країною з некризовою економікою, що сприяє підтриманню режиму законності на належному рівні. Німецькі фахівці вважають, що за цих умов слід використовувати два способи – посилення відповідальності та загальна превенція. У Сполучених Штатах поступово складалися правила трудової етики і юридичних обмежень, які сьогодні обов'язкові для виконання всіма урядовими чиновниками. Нині їхня діяльність регулюється цілим набором моральних кодексів і законодавчих регламентів. Принципи етики урядових службовців містяться в 14 пунктах спеціального виконавчого наказу президента США [3, с. 65].

Французьке законодавство приділяє більше уваги адміністративним, ніж кримінальним покаранням, але при цьому переслідує запобігання «неналежного поєднання особистих фінансових інтересів і виконання посадових функцій державного службовця» [4, с. 284].

Канадські та британські закони, на відміну від американських, які перешкоджають конфлікту інтересів, практично не визначають більш суворого контролю за службовцями у виконавчій гілці влади, ніж за членами парламенту. Держслужбовці керуються адміністративними актами, а не законами [5, с. 429].

Світовий та вже власний український досвід, а також наукові розробки антикорупційного змісту дають можливість визначити ідеологічні й методологічні основи вдосконалення влади, зокрема: формування такої системи державного управління, щоб і виконавча влада, і приватні власники виконували свою

роботу в єдиному правовому полі; уникнення конфліктів завдяки досягнутому взаєморозумінню в політичному та економічному житті країни; формування відкритого суспільства, приватної власності, здорових ринкових відносин (включаючи конкуренцію), вільної торгівлі; розвиток культури, особливо духовної, та надання пріоритетності виконанню соціальних завдань.

---

1. Матеріали з підвищення кваліфікації працівників органів державної влади I–IV категорій посад. – Ч. II. «Державна служба України: правовий статус, стиль і методи роботи»: Зб. творчих робіт учасників щорічного всеукраїн. конкурсу «Кращий державний службовець» у номінації «Кращий спеціаліст» / за заг. ред. Т.В. Мотренка, В.К. Присяжнюка. – К.: Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, 2009. – 234 с.

2. Чемерис І.В. Зарубіжний досвід протидії корупції в системі державного управління // Стратегічні пріоритети. – 2009. – № 3 (12). – С. 110–117.

3. Gilman S. Presidential Ethics and the Ethics of the Presidency // Annals of the American Academy of Political and Social Science. – 1995. – No. 537. – P. 58–75.

4. Rohr J.A. Ethical Issues in French Public Administration // Public Administration Review. – 1991. – Vol. 51. – P. 283 – 297.

5. Stark A. Public Sector Conflict of Interest at the Federal Level in Canada and the U.S.: Differences in the Understanding and Approach // Public Administration Review. – 1992. – Vol. 52. – P. 427 – 437.

ВЕЙБЕРТ Софья Игоревна,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин
Уральского института Российской академии народного хозяйства
и государственного строительства (Екатеринбург)

КЛАССИФИКАЦИЯ ВИДОВ СОУЧАСТИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

В рамках развития уголовного права обращение к базовым категориям представляется наиболее приоритетным, по-

скольку позволяет уяснить отношение к ним законодателя той или иной страны, вовлеченной в международные отношения и вынужденной согласовывать свое внутреннее право с правом иностранных государств. В связи с объемом работы считаем возможным сознательно ограничить исследование, во-первых, отдельными странами – участниками Европейского союза, а во-вторых, только уголовным кодексом соответствующих стран, как нормативным актом, имеющим основополагающий характер.

Среди наиболее значимых работ, посвященных изучению уголовного законодательства отдельных стран Европейского союза, следует выделить исследования Крыловой Н.Е. и Серебренниковой А.В., однако заметим, что указанные авторы анализируют, как правило, законодательство таких стран, как Франция и ФРГ. Кроме того, исследованию законодательства отдельных стран посвящены работы Жалинского А.Э., Игнатовой М.А., Келиной С.Г., Козочкина И.Д., Кудрявцева В.Н., Кузнецовой Н.Ф., Решетникова Ф.М., Петера И.П.

Целью выступления является исследование особенностей формулирования возможных видов соучастия в законодательстве отдельных стран Европейского союза, их классификация, разработка рекомендаций по гармонизации норм законодательства в указанной сфере.

При изучении положений УК соответствующих стран, представляется необходимым выделить следующие особенности формулирования видов соучастия, в соответствии с которыми устанавливаются следующие виды соучастия:

- Совершение преступного деяния двумя лицами совместно. Такой вид соучастия предусмотрен УК Нидерландов, Дании, Франции, ФРГ (выделяются формулировки «вместе с другим лицом» § 224 УК ФРГ, «совершение деяния сообща несколькими лицами» § 176а, 177, 179 УК ФРГ), Швейцарии.
- Вид соучастия, предусматривающий совершение преступления по предварительному сговору, выделяется Республикой Болгария. Данный вид соучастия никак не раскрывается в УК Республики Болгария и имеет значение только в

качестве квалифицирующего признака в случаях, определенных законом.

- Банда. В соответствии с § 278 УК Австрии только организация банды является уголовно-наказуемой, а членство в банде выступает в качестве квалифицирующего признака отдельных составов (например, кража § 130, разбой § 143, сутенерство § 216 УК Австрии). Во Франции подчеркивается организованный характер банды, но не раскрывается общее определение банды. В ФРГ выделяются два вида банды: 1. банда, организованная для совершения одного из перечисленных в УК ФРГ деяний; 2. банда, организованная специально для совершения тех преступлений, в качестве квалифицирующего признака к которым указано совершение деяния как члена этой банды. УК Швейцарии устанавливает ответственность за совершение кражи, разбоя, отмывания денег в качестве члена банды, которая сорганизовалась для постоянного совершения этих преступлений.

- Преступная организация. УК Австрии устанавливает ответственность за организацию и членство в преступной организации, выделяя достаточно значительное количество признаков, характеризующих таковую (§ 278а УК Австрии). В Республике Болгария за организацию, руководство и членство в группе, образованной с целью совершения преступлений в стране или за границей, установлена самостоятельная уголовная ответственность, а также данная форма соучастия встречается в тексте УК Республики Болгария в качестве квалифицирующего признака отдельных преступлений. В Италии наказуема организация и участие в преступном сообществе, а также отдельно выделяется сообщество типа мафии. Франция устанавливает ответственность за участие в организации злоумышленников, а ФРГ – за создание или участие в качестве члена, поддержку или вербовку в преступное объединение. Швейцария – за участие в деятельности преступной организации и поддержку такой организации в ее преступной деятельности, а также отмывание денег в качестве члена преступной организации.

- Вооруженные формирования. Этот вид соучастия выделяется Австрией, Данией (участие в любой незаконной военной организации или группе; участие или предоставление поддержки военному корпусу), Франции (боевая группа), ФРГ (поддержка разными способами вооруженной группы).
- Участие в толпе. Такую формулировку дает Республика Болгария. В Дании – незаконное собрание, в Швейцарии – сборище лиц.
- Представляет интерес выделение террористических объединений в ФРГ и противоправных объединений в Швейцарии.

Таким образом, на основе анализа нормативных предписаний УК Отдельных стран Европейского союза, можно сделать следующие выводы:

1. Вопросы соучастия в совершении преступного деяния урегулированы законодательством стран Европейского союза в соответствии с принятыми в системе континентального права положениями, не включающими понятие соучастия и не дающими четкий перечень видов соучастия.

2. Виды соучастия закрепляются в нормах, устанавливающих наказуемость конкретных преступных деяний, то есть в Особенной части УК. Исключение составляет ч. 12 ст. 93 УК Республики Болгария, дающей понятие соисполнительства.

3. Законодатель страны использует два подхода для формулирования видов соучастия, устанавливая совершение преступного деяния при наличии определенного вида соучастия в качестве квалифицирующего признака, либо вынося в отдельную норму определенный вид соучастия в качестве отдельного состава. Относительно видов соучастия общих предписаний, как правило, не установлено.

4. Ни в одной из исследуемых стран законодатель не выделяет классификацию видов соучастия, а нормы, устанавливающие ответственность за совершение преступных деяний в рамках одного из видов соучастия, как правило, разбросаны по тексту УК.

ДЕНИСОВ Сергій Федорович,
доктор юридичних наук,
професор кафедри кримінального права
Інституту права ім. В. Сташиса
Класичного приватного університету (Запоріжжя)

КОПИЛЯН Вадим Анатолійович,
суддя Феодосійського міського суду АР Крим

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ЗАХИСТУ ТВАРИН ВІД ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ З НИМИ

В останні два десятиріччя відбулися істотні зміни в політичному, соціальному та економічному житті нашої держави. В Україні поступово встановлюється верховенство демократичних принципів. Тому значно змінилося законодавство, яке регулює сферу гуманного ставлення до тварин та моральності в загалі.

З набранням новим Кримінальним кодексом України чинності 1 вересня 2001 року з'явилася нова редакція норми, яка встановлює кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з тваринами.

Так, розділ XII «Злочини проти громадського порядку та моральності» Особливої частини Кримінального Кодексу України включає в себе ст. 299 «Жорстоке поводження з тваринами». Законодавець не випадково включив вказану норму у цей розділ, він таким чином вказав на важливість захисту правовідносин гуманного поводження з тваринами, поставив визначення моральності особи на більш високий рівень людських стосунків. Існування громадського порядку неможливе без суспільної моральності [1, с. 877].

Гуманне ставлення до тварин є однією із важливих сторін діяльності суспільства, яке стосується інтересів й почуттів багатьох людей, віддзеркалює на морально-етичному, соціальному й економічному житті нашого соціуму.

Жорстокість відносно тварин веде до формування у громадян, особливо у підлітків і молоді, почуття байдужості до страждань живих істот, нерідко закріплює у них низькі спо-

нукання, які породжують агресивність до оточуючих, вандалізм, глум над людьми.

Як свідчить судова практика різних країн світу, особи, які вчиняли насильницькі злочини: вбивство вчинене з особливою жорстокістю, тяжкі тілесні ушкодження, хуліганство, як правило, в малолітньому або неповнолітньому віці неодноразово знущалися, мордували або бездумно заподіювали шкоду тваринам, при цьому отримували певне задоволення.

В порядку законодавчої ініціативи 28.02.2012 р. на розгляд Парламенту народними депутатами України Стретовичем В.М., Головатим С.П., Притикою Д.М. та Шишкіною Е.В. був внесений проект Закону України № 10126 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» в якому пропонується доповнити кодекс статтею 11-2. Кримінальний проступок, згідно якого це діяння, за яке передбачене покарання у виді громадських робіт, або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У зв'язку з чим у даному законопроекті пропонується у статті 299 КК України у абзаці другому ч. 1 слова «арештом на строк до шести місяців» замінити словами «громадськими роботами від п'ятдесяти до ста годин»; у абзаці другому ч. 2 слова «обмеження волі на строк до двох років» замінити словами «громадськими роботами на строк від ста до трьохсот годин». Тобто, на часі, йдеться мова про гуманізацію покарання за жорстоке поводження з тваринами.

На нашу думку, слід залишити чинну норму санкції даної статті і не відносити, даний злочин до кримінальних проступків.

Не обминув цю тему увагою український вчений В. Навроцький, який виокремлює умови, за яких за заподіяну тваринами шкоду може наставати кримінальна відповідальність: 1) особа була зобов'язана контролювати поведінку тварини, будучи її власником, або за родом роботи (дресирувальник, доглядач), або внаслідок попередньої поведінки (наприклад, дикі чи безпритульні тварини прикормлювались особою) тощо; 2) шкода заподіяна не самому винному, а іншим особам; 3) особа мала можливість контролювати поведінку тварини (тримати її на прив'язі, відігнати від потерпілого тощо); 4) порушені писані або неписані

правила утримання тварин; 5) агресивна поведінка тварини не була спровокована потерпілим [2, с. 590–591].

При цьому слід на законодавчому рівні вивчати механізми реального виконання прийнятих законів, оскільки досвід Польського парламенту, який у вересні 2011 р. ухвалив закон про охорону фауни, Парламентську групу за ухвалення нового закону про охорону тварин очолювала депутат Сейму Йоанна Муха, за її словами, ухвалити новий закон було нелегко, оскільки великий опір чинило так зване мисливське лобі. А мисливців, каже вона, в польському Сеймі чимало. Згідно прийнятого закону заборонено тримати тварин більше 12 годин на прив'язі, живу рибу не можна продавати на базарі без води, купити собі цуценя або кошеня можна лише в спеціально зареєстрованих розплідниках. У такий спосіб борються з нелегальним розведенням тварин, а за знущання над звірами удвічі збільшили тюремний термін, де можна сісти за грати на три роки або заплатити до 40 тисяч доларів штрафу, при цьому політики незадоволені новим законом, говорять, що його нелегко буде виконувати, оскільки наразі нема відповідних механізмів [3].

Таким чином, з огляду на різноманітність і суперечливість поглядів, щодо доцільності та ґрунтовності заміни кримінального покарання за жорстоке поводження з тваринами з арешту та в ч. 2 ст. 299 КК України вчинення тих самих дій у присутності малолітнього з обмеження волі на громадські роботи, існує цілком реальна можливість для того, що винні особи уникатимуть справедливого покарання, а тому запропонований підхід до побудови санкцій за жорстоке поводження з тваринами, повинен мати системний характер і стосуватися як запровадження основних так і додаткових законопроектів.

---

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка – 9-те вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с.

2. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

3. Польский парламент принял закон об охране животных [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://podrobnosti.ua/podrobnosti/2011/09/16/791878.html

КОРОТКИЙ Тимур Робертович,
кандидат юридичних наук, доцент
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ЗУБЧЕНКО Надія Ігорівна,
магістрант Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ТВАРИН

Дедалі більший розвиток у сучасному співтоваристві одержує етика «благоговіння перед життям» А. Швейцера, в якій немає поділу на вище і нижче чи на більш цінне і менш цінне життя. Для глибоко моральної людини кожна форма життя є священною. Особливу увагу А. Швейцер приділяв подоланню антропоморфної обмеженості своїх попередників, поширенню біблійної заповіді «не убий» за межі міжлюдських відносин. Ці моральні категорії знайшли закріплення в міжнародному праві й законодавстві ряду розвинених держав. Так, у Німеччині права тварин одержали конституційне закріплення.

Закріплення вказаних моральних категорій у міжнародному праві і законодавстві деяких держав складають систему сформованих на світовому рівні стандартів у сфері захисту тварин. Ці стандарти знайшли відображення у Європейській конвенції про захист хребетних тварин, що використовуються для дослідних та інших наукових цілей 1986 р. і Європейській конвенції про захист домашніх тварин, 1987 р. У зв'язку з підписанням Україною у 2011 р. Європейської конвенції про захист домашніх тварин, 1987 р., значно зріс інтерес зоозахисних організацій та широкої спільноти до проблеми гуманного ставлення до бездомних тварин в Україні, до дотримання міжнародних стандартів у сфері захисту тварин, що обумовлює актуальність дослідження іноземного досвіду у цій сфері.

Об'єктом даного дослідження є порівняльний аналіз законодавчого регулювання поводження з тваринами та захисту їх від жорстокого поводження.

У Австрії у 2005 році набрав чинності Акт про захист тварин [1]. Зокрема, він забороняє умертвіння тварин без анестезії, продаж котів та собак у магазинах, використання диких тварин у цирках, а також створення батарейних птахофабрик і таке інше. Кримінальний кодекс Австрії 1974 р. передбачає відповідальність за жорстоке поводження з тваринами у вигляді позбавлення волі на строк до одного року.

Законодавство у Канаді діє на двох рівнях – рівень загальнодержавний (федеральний) та рівень провінцій, та містить норми, які направлені на забезпечення добробуту тварин. На федеральному рівні діє Білль про жорстокість до тварин, що деталізує Кримінальний кодекс; також діє Акт про здоров'я тварин. Щодо рівня провінцій – кожна з них має Акт про захист тварин та водночас дотримується федерального законодавства. Зокрема, такими актами передбачені стандарти піклування за тваринами, права та обов'язки господарів, роль суспільства у забезпеченні добробуту тварин, також відповідальність за порушення та наслідки цього.

У Німеччині в Основному Законі 1949 р. був закріплений принцип, що тварини мають власні невід'ємні права [2]. Закон про захист тварин передбачає, що самовільне знищення, вигнання на вулицю (тварини можуть бути передані в притулки згідно Закону) караються великим штрафом (близько 25 000 євро). Забороняється утримання собак на ланцюзі та в умовах, що не відповідають їх виду; купірування вух та хвоста; знищення здорових тварин, вилов та утримання диких тварин та птахів; навчання тварин з використанням знущань; проведення боїв і т.п. Також Закон передбачає умови утримання тварин, їх лікування, реєстрації (обов'язкової), страхування (щодо власників собак), а також податок на володіння собакою, що складає близько 100–150 євро у середньому.

Індією ще у 1960 році був прийнятий Акт про захист тварин від жорстокого поводження. Він передбачає: визначення загального значення терміну «жорстоке поводження»; регулювання експериментів над тваринами та створення спеціальних контрольних органів щодо цього виду діяльності; визначення основних видів порушень, що можуть бути скоєні щодо тварини. Протягом періоду з 1960 по 2010 рр. урядом Індії було видано

декілька десятків Правил, що стосуються окремих аспектів регулювання добробуту тварин. Зокрема, можна назвати Акт про експерименти над тваринами, Правила транспортування тварин, Правила регулювання чисельності тварин (собак) та інші.

У Нідерландах було прийнято ряд законів щодо повної заборони звіроводства, частина яких вже набрала чинності, частина вступить в силу у найближчий час.

В Швейцарії був прийнятий один з найпрогресивніших законів щодо тварин – Закон про права тварин, що вступив в законну силу з 1 січня 2008 р. Закон регламентує поводження із дикими та домашніми тваринами. Закон деталізується Актом про благополуччя тварин 2009 року [3].

У статті 245 Кримінального кодексу РФ від 13 червня 1996 р. встановлена відповідальність за жорстоке поводження з тваринами [4].

В Україні регламентація поводження з тваринами та захист їх від жорстокого поводження міститься у декількох нормативних актах – Законах України «Про захист тварин від жорстокого поводження», «Про тваринний світ», «Про охорону навколишнього природного середовища», а також актами, що стосуються відповідальності за жорстоке поводження з тваринами – Кримінальним кодексом України (ст. 299) та Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст. 89).

Таким чином, внутрішньодержавне законодавство характеризується великою різноманітністю форм та засобів правового регулювання захисту тварин від жорстокого поводження. Можливо виділити наступні особливості законодавчого регулювання захисту тварин від жорстокого поводження: закріплення прав тварин; застосування положень щодо врахування інтересів тварин під час правочинів щодо них; впровадження багаторівневої структури регулювання (на прикладі Канади); встановлення законодавчих обмежень щодо володіння тваринами та правом розпоряджатися ними.

---

1. Federal Act on the Protection of Animals (Animal Protection Act) 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_2004_1_118/ERV_2004_1_118.html

2. Basic Law for the Federal Republic of Germany 23 May 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.btg-bestell service.de/pdf/80201000.pdf

3. Animal Welfare Report 2009 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.bvet.admin.ch/themen/tierschutz/index.html?lang= en&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ad1IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCFd3t2f2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A

4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. N 63-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.consultant.ru/popular/ukrf/10_35.html#p4364

КАТКОВА Тетяна Василівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального процесу та криміналістики
Харківського національного університету
внутрішніх справ

ПРОЕКТ КПК УКРАЇНИ: СПРОЩЕНИЙ ПОРЯДОК СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЧИ «УГОДА ПРО ВИЗНАННЯ ВИНИ»?

Україна, виконуючи регламентації Кабінету міністрів Ради Європи № R 87(18) «Про спрощення кримінального правосуддя» 1987 р, ще у 2001 р. прийняла зміни на доповнення до чинного КПК, якими у кримінальний процес була уведена нова – спрощена форма судового розгляду у випадках згоди підсудного не досліджувати у судовому засіданні докази тих фактичних обставин та розміру цивільного позову, які ні ким не оспорюються (ч. 3 ст. 299 КПК України).

Застосування цієї нової для кримінально-процесуального законодавства України форми судового розгляду викликало неоднозначні оцінки науковців та практиків, оскільки положення ч. 3 ст. 299 КПК не узгоджуються з іншими статтями чинного КПК (із ст. 257, ст. 323, ч. 1 ст. 334), та сама процедура розгляду кримінальної справи визначена лише в загальних рисах.

Питання необхідності та доцільності уведення цього процесуального інституту розглядалась в роботах В.Г. Гончаренка,

Ю.М. Грошевого, Л.М. Лобойко, В.Л. Льовкіна, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленка, Т.М. Мірошниченко, В.О. Попелюшко, П.В. Пушкаря, В.М. Тертишника, В.В. Шумова та інших. Більшість вчених, роботи яких ґрунтуються на даних судової статистики, яка свідчить про те, що майже половина усіх кримінальних справ розглядається судами України із застосуванням спрощеної форми судового розгляду, вважають, що саме така форма має право на існування, але потребує певної доробки. Це обумовлює актуальність обговорення і вирішення проблемних питань.

У дисертаційному дослідженні В.В. Шумова «Вирок суду при спрощеній формі судового розгляду кримінальних справ» 2011 р. запропоновані конкретні пропозиції щодо удосконалення процедури застосування спрощеної форми судового розгляду у випадках, коли підсудний визнає свою вину і не оспорює фактичні обставини вчиненого їм злочину [1].

Але, розробники Проекту КПК України № R 9700 від 13.01.2012 року у розділі VI «Особливі порядки кримінального провадження» запропонували інші за своєю правовою суттю форми спрощення судочинства – кримінальне провадження на підставі угод.

Так, п. 2 ч. 1 ст. 468 Проекту КПК передбачає можливість укладення угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості. Стаття 469 – ініціювання і укладення угоди, ст. 470 – обставини, що враховуються прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості, ст. 473 – наслідки укладення та затвердження угоди; ст. 474 – загальний порядок судового провадження на підставі угоди, ст. 475 –вирок на підставі угоди, ст. 476 – наслідки невиконання угоди.

В основу цього процесуального інституту розробники цього проекту поклали класичну американську «угоду про визнання вини», яка за своїм змістом суттєво відрізняється від відомих в усьому світі процедур спрощення судового розгляду у випадках визнання вини.

Сутність американської «угоди про визнання вини» полягає в тому, що обвинувачений і його захисник домовляються із прокурором про приємні для обох сторін умови вироку, які викладаються в угоді. Ця угода представляється ними для затвердження судді.

Угоди про визнання вини за законодавством США включають три види перемов між сторонами обвинувачення і захистом:

1. перемови про вину: зменшення об'єму обвинувачення в обмін на визнання вини по менш тяжкому злочину;

2. перемови про вирок – зменшення міри покарання в обмін на визнання пред'явленого обвинувачення;

3. перемови про факти – визнання певних фактів в обмін на те, що деякі факти не будуть представлені в суді як докази [2, с. 1–2].

У європейських країнах та країнах СНД (Російській Федерації, Білорусі, Молдові та ін.) застосовуються дещо інші за своєю суттю процедури спрощення судочинства у випадках визнання підсудним пред'явленого обвинувачення, в яких основу складають не угоди між сторонами захисту та обвинувачення, а компроміс вирішення правових конфліктів.

Російські вчені Х. Алікперов, М. Зейналов та К. Курбанова, досліджуючи відмінності особливого порядку прийняття судового рішення у зв'язку із визнанням вини, передбаченого главою 40 КПК Російської Федерації (аналогічного спрощеній формі за ч. 3 ст. 299 КПК України) вважають, що він не є копією «угоди про визнання вини», а має суттєві відмінності. Головними відмінностями є те, що:

- «угода про визнання вини» допускає засудження винного і при відсутності достатніх доказів його вини і без дотримання усіх процедур збирання, дослідження, і оцінки доказів, тоді, як компроміс є допустимим із особою, вина якої встановлена на підставі доказів, зібраних у точній відповідності із вимогами і процедурами встановленими у КПК;

- інститут компромісу із винним не допускає зміни обвинувачення або звуження цього об'єму, а припускає лише можливості звільнення від відповідальності або зменшення покарання, у той же час «угода про визнання вини» допускає широкі межі розсуду прокурора, який може змінити кваліфікацію злочину (наприклад, розбійний напад кваліфікувати, як звичайну крадіжку), так і об'єм пред'явленого обвинувачення (наприклад, за кілька вбивств пред'явити обвинувачення лише одного) [3, с. 85–87].

Ці пропозиції російських вчених варто врахувати при обговоренні і прийнятті нового КПК України. Тому в новому КПК України слід передбачити не складання угоди про визнання вини, а удосконалити норми існуючого в Україні впродовж більш ніж 10 років інституту спрощеного порядку судового розгляду, в якому передбачити:

- що такий порядок може бути лише застосований при розгляді кримінальних справ про злочини, за які передбачене покарання не більше 5 років позбавлення волі;
- випадки, коли така форма не може біти застосована;
- право обвинуваченого заявляти клопотання про спрощений порядок судового розгляду під час ознайомлення із матеріалами кримінальної справи, попереднього розгляду справи суддею та у підготовчий частині судового розгляду;
- право судді у будь-який момент розгляду справи за спрощеною формою повернутися до звичайного порядку;
- обов'язкову участь захисника;
- обов'язкову участь підсудного і його допит стосовно висунутого обвинувачення і його добровільну згоду на спрощений порядок дослідження доказів;
- згоду потерпілого на застосування спрощеної форми судового розгляду;
- про можливість оскарження вироку суду, постановленому при спрощеній формі судового розгляду, в апеляційному порядку без будь-яких обмежень.

Ці положення ґрунтуються на національному досвіді використання спрощеної форми судового розгляду відповідають європейським стандартам в галузі прав людини.

---

1. Шумов В.В. Вирок суду при спрощеній формі судового розгляду кримінальних справ: Дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. – Х., 2010.

2. Plea bargaining // Everyday law encyclopedia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.enotes.com/everyday-law-encyclopedia/ plea-bargaining

3. Аликперов Х., Зейналов М., Курбанова К. Задачи института компромисса в борьбе с преступностью // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 85–87.

СТАРОДУБОВА Галина Викторовна,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного процесса
Воронежского государственного университета

ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ (ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, УКРАИНЫ И РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

Деятельность суда, прокурора, следователя, дознавателя и других участников уголовного процесса по расследованию, рассмотрению и разрешению уголовных дел производится в установленной законом процессуальной форме. Общее требование единообразия уголовно-процессуальной формы сочетается с ее дифференциаций, что прослеживается в законодательстве РФ, РБ и Украины.

Для РФ характерна вариативность некоторых требований и для досудебного производства, и для стадии судебного разбирательства. Наряду с предварительным следствием досудебное производство по отдельным категориям уголовных дел может вестись в форме дознания (им и исчерпываться), которое характеризуется сокращением сроков, отсутствием процедуры предъявления обвинения и т.д. Процессуальная форма судебного разбирательства уголовных дел меняется как в сторону ее усложнения (производство с участием присяжных заседателей – гл. 42 УПК РФ), так и в сторону упрощения (напр., особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (гл. 40)). Позже в УПК РФ была введена гл. 40.1 «Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве» [1]. Упрощение процессуальной формы судебного разбирательства, в первую очередь, происходит за счет упразднения исследования и оценки доказательств в судебном следствии.

Уголовно-процессуальное законодательство РБ и Украины, не устанавливая самостоятельных особых процедур для судебного разбирательства, закрепляют право суда ограничить судебное следствие исследованием только тех доказательств, на

которые укажут стороны, либо которые они оспаривают (ст. 286, 326 УПК РБ [3]; ст. 299, 301 УПК Украины [4]). Такого рода правила в большей мере отвечают реализации права обвиняемого на защиту в условиях процессуальной экономии, чем полный запрет на исследование доказательств, за исключением характеризующих личность обвиняемого, принятый в особом порядке судебного разбирательства по УПК РФ.

Протокольная форма досудебной подготовки материалов по УПК Украины изменяет общие требования к порядку установления обстоятельств преступления: фактические данные, используемые для доказывания события преступления и виновности лица в его совершении, формируются в ходе проверки информации о преступлении до возбуждения уголовного дела и отражаются в протоколе, на основании которого принимается решение о возбуждении уголовного дела, предъявляется обвинение и дело направляется в суд (ст. 425-431).

Тезису о дифференциации процессуальной формы в законодательстве РБ отвечает закрепление комплексного ускоренного производства при очевидности факта преступления, известности лица его совершившего и признания им вины. Предполагается использование в доказывании материалов, полученных до возбуждения уголовного дела, рассмотрение дела судом без участия государственного обвинителя, ограничение судебного доказывания допросом отдельных участников (гл. 47 УПК РБ).

Следующим шагом российского законодателя по пути дифференциации процессуальной формы в сторону ее упрощение может стать закрепление в УПК РФ главы 51.1 «Сокращенная форма уголовного судопроизводства» [2], в некоторой мере сходной с вышеприведенными правовыми институтами, нашедшими отражение в УПК РБ и Украины. Законопроект также предусматривает комплексное упрощение досудебного производства по уголовному делу и стадии судебного разбирательства: условием применения будет признание подозреваемым своей вины и его согласие с правовой оценкой деяния, приведенной в постановлении о возбуждении уголовного дела. Срок предварительного расследования ограничивается 15 сутками. Доказыванию подлежат только событие преступления, виновность лица, харак-

тер и размер причиненного потерпевшему вреда. Идея сокращенной процессуальной формы предполагает активное использование в доказывании материалов, полученных при рассмотрении сообщения о преступлении, без их проверки путем производства соответствующих следственных действий. Проверка доказательств, как элемент процесса доказывания, как таковая становится факультативной: проверять доказательства нужно будет только при их оспаривании участниками. Приговор предполагается постановлять без представления и исследования доказательств в судебном следствии, но на основании оценки сведений, содержащихся в обвинительном постановлении. Нынешний вариант законопроекта, бесспорно, требует доработки, в том числе и с учетом зарубежной правоприменительной практики, но само его появление наряду с уже состоявшимися изменениями в УПК РФ свидетельствует о последовательно проводимой политике дифференциации процессуальной формы путем ее упрощения для отдельных категорий уголовных дел в рамках проводимой в России судебной реформы.

---

1. Федеральный закон от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 29 июня 2009. – № 26. – Ст. 3139.

2. Законопроект № 632173-5 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс РФ в связи с введением института сокращенной формы уголовного судопроизводства» [Электронный ресурс] // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. Режим доступа: http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent& RN=632173-5&11

3. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З [Электронный ресурс] // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. Режим доступа: http: //www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=hk9900295&p2={NRPA} Дата доступа: 29.03.2012.

4. Кримінально-процесуальний Кодекс України (від статті 237 до статті 485) від 28.12.1960 [Электронный ресурс] // Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт. Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1003-05 Дата доступа: 29.03.2012.

АРХИПОВ Алексей Сергеевич,
адъюнкт кафедры уголовного процесса
Московского университета МВД России

РАЗУМНЫЙ СРОК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА НА СУДЕБНЫХ СТАДИЯХ: ПРАВО ОБВИНЯЕМОГО ИЛИ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПРИНЦИП?

Быстрота является важной характеристикой досудебного производства по уголовному делу. В советском законодательстве она признавалась средством обеспечения раскрытия, расследования преступлений, неотвратимости наказания (ст. 2 УПК РСФСР 1960 г.). Такое значение скорости развития процессуальных отношений признается в нормативных актах многих стран СНГ (ч. 1 ст. 7 УПК Республики Беларусь, ст. 2 УПК Украины, ч. 1 ст. 8 УПК Республики Казахстан и др.). В исследованиях таких ученых, как А.П. Гуляев [3, с. 67-68], П.Ф. Пащкевич [6, с. 77], Р.Х. Якупов [7], скорости осуществления досудебного производства придавалось значение еще и средства обеспечения процессуальной экономии, защиты интересов участников судопроизводства. Многообразие полезных последствий ускорения протекания стадий процесса, предшествующих судебному разбирательству, позволяет охарактеризовать быстроту в качестве одного из ключевых принципов досудебного производства. В данном выступлении предпринимается попытка оценить возможность реализации в указанных стадиях российского судопроизводства требования быстроты уголовно-процессуальной деятельности во всех ее проявлениях.

Международными нормативными актами, закрепляющими статус личности в уголовном процессе, предусматривается право обвиняемого на разумный срок судопроизводства (ч. 3 ст. 9 Международного Пакта 1966 г. «О гражданских и политических правах» ч. 3 ст. 5, ч. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.). Важная роль принятых на международном уровне принципов и норм, для функционирования национальных правовых систем закреплена

в Конституциях и отраслевых правовых актах многих государств (например, в ч. 3 ст. 4 Конституции Республики Казахстан, ч. 1 ст. 8 Конституции Республики Беларусь). В связи с этим, право обвиняемого на разумный срок уголовного судопроизводства, практика его реализации в деятельности межгосударственных судебных органов продолжают оказывать существенное влияние на внутригосударственное законодательство и правоприменение.

В Уголовно-процессуальный кодекс России право обвиняемого на разумный срок судопроизводства было имплементировано путем включения статьи 6.1 с одноименным названием. Законодательная новелла актуализировала исследования в области ускорения процессуальной деятельности на основе данной нормы. До ее появления УПК РФ, в отличие от нормативных актов большинства других стран СНГ, не обладал требованием быстроты досудебного производства, в какой бы то ни было форме. В связи с тем, что положение о разумном сроке сразу получило статус принципа, в научной среде стали высказываться о возможности в процессе его реализации достижения комплексного эффекта ускорения возбуждения и предварительного расследования уголовного дела. Так, О.А. Малышева говорит об оптимизации на основе данного принципа всего досудебного производства [4], Н.Н. Апостолова – о необходимости защиты с его помощью интересов всех участников процесса, а не только обвиняемого [2], М.В. Махмутов видят в требовании ст. 6.1 УПК РФ проявление принципа процессуальной экономии [5].

Реализация составляющих правовую основу принципа разумного срока требований, казалось бы, позволяет обеспечить необходимую активность должностных лиц, отвечающих за длительность досудебного производства, в соответствии с международным стандартом. Однако, нормы, предусмотренные ч. 2 и 3 ст. 6.1, взятые в единстве с понятием уголовного преследования, указанным в п. 55 ст. 5 УПК РФ, распространяют действие принципа разумного срока только на правоотношения, в которых участвует подозреваемый или обвиняемый, что ущемляет интересы потерпевшего, сводит требование

о разумном сроке лишь к субъективному праву главного представителя стороны защиты.

Так, Верховный Суд РФ в своем решении указал, что, несмотря на возможную длительность стадии возбуждения уголовного дела (в данном деле она продолжалась с 27 сентября 2004 г. по 20 мая 2005 г.), эта стадия не регулируется требованием о разумном сроке судопроизводства [1]. Данное обстоятельство, а также отсутствие других правовых средств обеспечения быстроты досудебного производства в российском уголовном процессе не позволяют потерпевшему в полной мере использовать свое право, предусмотренное ст. 46 Конституции РФ, на доступ к правосудию. Устранение препятствий и создание возможности на основе принципа разумного срока обеспечить воплощение всех полезных свойств ускорения досудебного производства делает актуальной такую модификацию норм, составляющих содержание исследуемого принципа, которое позволило бы распространить его на все уголовно-процессуальные отношения с момента их фактического возникновения.

---

1. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 22.03.2011 N 78-Г11-15 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс].

2. Апостолова Н.Н. Разумный срок уголовного судопроизводства // Российская юстиция. – 2010. – № 9.

3. Гуляев А.П. Быстрота уголовного судопроизводства // Вопросы борьбы с преступностью. – Вып. 18. – М., 1973.

4. Малышева О.А. Направление совершенствования института процессуальных сроков в досудебном уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. – 2011. – № 5.

5. Махмутов М.В. Принцип процессуальной экономии - начало положено // Законность. – 2010. – № 12.

6. Пашкевич П.Ф. Проблема процессуального обеспечения оперативности и быстроты судопроизводства // Вопросы борьбы с преступностью. – Вып. 14. – М., 1971.

7. Якупов Р.Х. Процессуальные сроки в советском уголовном судопроизводстве (в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования): автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – М., 1972.

НАЗИМКО Єгор Сергійович,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу організації наукової роботи
Донецького юридичного інституту МВС України

ВИМОГИ ДО ВИКОРИСТАННЯ КОМПАРАТИВІСТСЬКОГО МЕТОДУ ПІД ЧАС ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПОКАРАННЯ

Кримінальне право як наука розвивається не тільки накопичуючи нові знання про свій предмет, а й формулюючи нові напрями наукових досліджень, серед яких останніми десятиліттями виділяється кримінально-правова компаративістика. Як зазначає В.О. Навроцький, все більшу роль в Україні грає використання позитивного зарубіжного досвіду кримінально-правової регламентації. Перш за все це виявляється в наукових дослідженнях, де компаративістика займає провідні позиції [1].

Зрозуміло, що наука жодної країни не може розвиватися лише на основі інформації, що утримується у межах власної правової системи. Порівняльне правознавство виводить правову науку з партикулярного становища, що перешкоджає її розвитку, на міжнародний рівень [2, с. 19]. Компаративістський метод є багатофункціональним. Його можна застосовувати як на теоретичному, так і на емпіричному рівнях пізнання. Компаративістський метод має два різновиди: синхронічний (коли порівнянню піддаються об'єкти, локалізовані у певний момент часу, з метою виявлення їх типових, загально значимих рис) і діахронічний (або порівняльно-історичний – коли об'єкт досліджується в історичному плані, і завдяки цьому створюється уявлення про еволюцію змісту того чи іншого правового феномену) [3, с. 25].

Компаративістське дослідження є аксіологічним, оціночним. Тому його застосування має бути чітко вивіреним. Дослідник, що використовує цей метод, має критично ставитись до результатів проведеного порівняння. Критерії такого критичного ставлення, за К. Цвайгертом, необхідні для обґрунтування найбільш доцільного і правильного рішення [4, с. 74].

У разі необґрунтованого зловживання цим методом, у дослідників може скластись хибне усвідомлення того, що резуль-

татом проведення компаративістського дослідження є лише запозичення більш ефективних, на їх думку, правових норм (якщо говорити простіше, введення конкретних запозичених норм у текст національного законодавства).

Під час проведення компаративістського дослідження інституту покарання мають бути враховані національні правові відмінності, встановлення та аналіз яких надасть змогу визначити конкретні шляхи подолання існуючих недоліків та протиріч у національному кримінально-правовому законодавстві.

Правові відмінності можуть бути різними. Так, залежно від об'єктивних причин їх можна поділити на постійні (що викликані історичним розвитком людства, динамікою суспільних відносин); тимчасові (що викликані тимчасовою зміною певних обставин за певних умов (зміна рівня соціального та економічного стану, політична нестабільність тощо); відносно стабільні, що характеризуються історичною зумовленістю, виявляються при дослідженні різних джерел права, правопорядків різних часів тощо. В залежності від суб'єктивних причин правові відмінності можна поділити на професійні, (викликані певним рівнем законодавчої та правозастосовної діяльності; політико-правові (обумовлені напрямком діяльності та компетенцією вищих органів державної влади в правовій сфері) [5, с. 150–151]. В контексті дослідження інституту покарання необхідно також враховувати відмінності у існуючих концепціях покарання; сутності, принципів та засобів діяльності щодо виконання покарань тощо.

Тому, до проведення компаративістських досліджень мають висуватись певні вимоги. Вважаємо, що до застосування компаративістського методу дослідження інституту покарання мають ставитись поряд із зазначеними ще й таки вимоги: 1) предмет дослідження має порівнюватись з подібними за їх призначенням, ознаками, сутністю та властивостями; 2) співставлення має бути системним та підпорядкованим загальній меті – отримання обґрунтованого та істинного результату; 3) мають досліджуватись не окремі випадкові деталі, нюанси, фрагменти тощо, а типові, достовірні факти в рамках предмета порівняльно-правового аналізу; 4) застосування цього методу має бути поєднане з гармонічним використанням інших методів наукового пізнання.

Дотримання цих вимог, з нашої точки зору, може забезпечити високу ефективність застосування компаративістського методу дослідження інституту покарання. Порівняння має бути чітко структурованим за такими елементами: об'єктом; предметом; властивостями, за якими вони порівнюються; висновками проведеного дослідження.

---

1. Навроцький В. Кримінальне право України в епоху глобалізації // Геополітика України: історія і сучасність. – 2010. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Geopolityka/2010_2/PDF/Navrotskiy.pdf
2. Корчевна Л. Українське право і романо-германська традиція // Право України. – 2004. – № 5. – С. 19-22.
3. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Київський нац. ун-т внутр. справ. – К., 2007. – 557 с.
4. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – М.: Международные отношения, 1998. – Т.1: Основы. – 480 с.
5. Бигич О.Л. Порівняльне правознавство: природа та методологічне значення: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2002. – 208 с.

ГОВОР Юрій Олександрович,
кандидат юридичних наук,
викладач кафедри кримінально-правових дисциплін
Львівський державний університет
внутрішніх справ

ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕТОДІВ ЗАПОБІГАННЯ СІМЕЙНОМУ НАСИЛЬСТВУ НА ПРИКЛАДІ РОБОТИ ПОЛІЦІЇ НЬЮ-ЙОРКА

Сім'я – це особливий суспільний механізм, що передбачає стосунки між чоловіком і дружиною, батьками і дітьми, родиною, які пов'язані не лише спільністю побуту, але й засновані на взаємній моральній відповідальності і взаємодопомозі.

Разом з тим, в умовах економічної, соціальної кризи, девальвації моральних цінностей, інститут сім'ї також зазнає згубних впливів і може перетворитися в осередок насильства. Правоохоронні органи й, зокрема, органи внутрішніх справ, не завжди виявляють готовність до ефективного реагування в умовах сімейних конфліктів з метою запобігання насильницьким злочинам.

Істотними умовами які стають на перешкоді дієвому впровадженню органами внутрішніх справ заходів спрямованих на протидію насильству є недосконале законодавство та неналежний рівень професійної підготовки багатьох працівників ОВС, які за функціональними обов'язками займаються зазначеними питаннями.

Для переважної більшості працівників ОВС розкриття злочинів домінує над впровадженням заходів із їх попередження. Тому працівниками міліції надзвичайно мало у повсякденній службовій діяльності використовуються дієві форми та методи запобігання насильства в сім'ї, що пройшли апробацію в зарубіжних країнах та показали свою високу ефективність. Зокрема, низька роль у такій роботі відводиться потенціалу психологів кризових центрів та соціальних служб, які чи не найкраще знають причини та умови виникнення конфліктів у сімейному середовищі та можливі шляхи їх подолання.

Заслуговує на увагу проект, який мав місце в минулому столітті у США, де в 1965 р. у Нью-Йорку під керівництвом психолога було реалізовано програму спеціальної підготовки поліції із втручання в сімейні кризи. У зв'язку з цим 18 співробітників поліції, з понад трирічним досвідом роботи, прослухавши 140-годинний спецкурс, увійшли до «підрозділу із втручання у сімейні кризи». Згодом, упродовж двох років, тривав експеримент, суть якого полягала в порівнянні результатів роботи поліцейських дільниць, де функціонував новостворений підрозділ, та інших дільниць, де це не було передбачено. За підсумками експерименту було встановлено, що на дільницях, де функціонував спецпідрозділ поліції із втручання у сімейні кризи реагування на насильство в сім'ї відбувалося на більш високому професійному рівні, у резуль-

таті чого істотно скоротилася кількість вчинених тяжких злочинів на ґрунті сімейних конфліктів [1, с. 180–185].

Закордонний досвід свідчить, що вдосконалення системи запобігання насильницьким злочинам у сім'ї повинно здійснюватися зокрема в напрямку спеціалізації співробітників правоохоронних органів з метою їх більш професійного реагування на сімейні конфлікти, залучення до врегулювання конфліктів у сім'ї психологів, які здатні професійно та грамотно врегулювати суперечності, що породжують та стають причинами протиріччя у сімейному середовищі.

Передовий зарубіжний досвід запобіганню насильства в сім'ї починає запроваджуватися і у навчальних закладах системи ОВС, де створюються інтерактивні класні кімнати в яких майбутні та діючі працівники міліції набуватимуть в ході тренінгів, рольових ігор заснованих на новітніх науково обґрунтованих методиках необхідні практичні навички та вміння із протидії сімейному насильству.

І тому вбачається доцільність під час навчання та підготовки не лише дільничних інспекторів міліції та працівників кримінальної міліції у справах дітей, але й усіх без винятку працівників органів внутрішніх справ, запозичувати кращі зразки апробованого зарубіжного досвіду з метою вироблення чіткого алгоритму дій, що стане запорукою професійного вирішення сімейних конфліктів та сприятиме усуненню детермінант насильства у сім'ї.

---

1. Кларк Р. Преступность в США. – М., 1975. – 209 с.

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО:
сучасний стан і перспективи розвитку

Збірник наукових праць

За редакцією
Ю.С. Шемшученка, В.П. Тихого,
М.М. Цимбалюка, І.С. Гриценка

Упорядники: О.В. Кресін, І.М. Ситар

Художнє оформлення
В.С. Жиборовський

Комп'ютерна верстка
Г.І. Пастушок

Друк
А.М. Ходачок

Здано до набору 17.04.2012 р. Підписано до друку 25.04.2012 р.
Формат 60×84/16. Папір офсетний. Умовн. друк арк. 36,04.
Тираж 200 прим. Зам. № 78-12.

Львівський державний університет внутрішніх справ
Україна, 79007, м. Львів, вул. Городоцька, 26.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції.
Серія ДК № 2541 від 26 червня 2006 р.