

НАЦИОНАЛЬНАЯ АКАДЕМИЯ ПРАВОВЫХ НАУК УКРАИНЫ

ЕЖЕГОДНИК

УКРАИНСКОГО ПРАВА

Сборник научных трудов

Основан в 2008 году

№ 4/2012

Рекомендовано к печати Президиумом
Национальной академии правовых наук Украины
(Постановление № 79/5 от 7 декабря 2011 г.)

Е36 Ежегодник украинского права : сб. науч. тр. / отв. за вып. А. В. Петришин. – Харьков : Право, 2012. – № 4. – 576 с.

В научном издании «Ежегодник украинского права» собраны лучшие статьи, которые были опубликованы в 2011 году учеными Национальной академии правовых наук Украины и других учебных заведений и научных учреждений в области правоведения, по проблемам теории государства и права, государственно-правовых наук и международного права, гражданско-правовых наук, экологического, хозяйственного и аграрного права и уголовно-правовых наук.

Учредитель — Национальная академия правовых наук Украины
Издатель — Национальная академия правовых наук Украины

Редакционная коллегия:

В. Я. Таций (главный редактор), Ю. С. Шемшученко (заместитель главного редактора), А. В. Петришин (ответственный секретарь), Ю. В. Баулин, Ю. П. Битяк, В. И. Борисов, Л. К. Воронова, А. П. Гетьман, В. Н. Денисов, А. Д. Крупчан, В. В. Комаров, Н. С. Кузнецова, В. М. Литвин, В. К. Мамутов, В. Т. Нор, Е. П. Орлюк, П. М. Рабинович, А. В. Скрипнюк, А. Д. Святоцкий, Д. В. Табачник, В. П. Тихий

Ответственный за выпуск *А. В. Петришин*

Зарегистрирован Министерством Украины по делам прессы и информации (Свидетельство о Государственной регистрации печатного средства массовой информации. Серия КВ № 15596-4068 Р от 09.07.2009 г.)

Адрес редакционной коллегии: 61024, Харьков, ул. Пушкинская, 70, Национальная академия правовых наук Украины, тел. 704-19-01.

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ЩОРІЧНИК УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА

Збірник наукових праць

Заснований 2008 року

№ 4/2012

Рекомендовано до друку Президією Національної академії правових наук України
(Постанова № 79/5 від 7 грудня 2011 р.).

Щ92 **Щорічник українського права** : зб. наук. пр. / відп. за вип. О. В. Петришин. – Х. : Право, 2012. – № 4. – 576 с.

У науковому виданні «Щорічник українського права» зібрані найкращі статті, які були опубліковані у 2011 році науковцями Національної академії правових наук України та інших навчальних і наукових закладів у галузі правознавства, з проблем теорії держави і права, державно-правових наук і міжнародного права, цивільно-правових наук, екологічного, господарського та аграрного права і кримінально-правових наук.

Засновник — Національна академія правових наук України

Видавець — Національна академія правових наук України

Редакційна колегія:

В. Я. Тацій (головний редактор), Ю. С. Шемшученко (заступник головного редактора), О. В. Петришин (відповідальний секретар), Ю. В. Баулін, Ю. П. Битяк, В. І. Борисов, Л. К. Воронова, А. П. Гетьман, В. Н. Денисов, О. Д. Крупчан, В. В. Комаров, Н. С. Кузнецова, В. М. Литвин, В. К. Мамутов, В. Т. Нор, О. П. Орлюк, П. М. Рабінович, О. В. Скрипнюк, О. Д. Святоцький, Д. В. Табачник, В. П. Тихий

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації
(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової
інформації. Серія КВ № 15596-4068 Р від 09.07.2009 р.)

Адреса редакційної колегії: 61024, Харків, вул. Пушкінська, 70, Національна академія правових наук України, тел. 704-19-01.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	9
------------------	---

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Гончаренко В.

Правовой статус Президиума Верховного Совета УССР по Конституции Украинской ССР 1978 года.....	11
---	----

Колодий А.

Принципы права: генезис, понятие, классификация, место и роль в правовой системе Украины	23
---	----

Лемак В.

Форма правления в Украине: проблемы идентификации	36
---	----

Максимов С.

К вопросу об основаниях права: попытка систематизации	58
---	----

Оборогов Ю.

Месторазвитие в основании апологизации украинского права	70
--	----

Рабинович П.

Социально-естественная правовая система общества (попытка общетеоретической характеристики)	81
--	----

Румянцев В.

Конституция Украинской Народной Республики 29 апреля 1918 года	98
--	----

Скакун О.

Метатеоретические вопросы общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки	107
---	-----

Яковюк И.

Германский «имперский федерализм» как модель европейской интеграции: историко-теоретический анализ.....	123
--	-----

Ярмыш А.

Судебная власть как объект современных научных исследований.....	136
--	-----

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Барабаш Ю.

Демократические основы конституционного строя Украины.....	146
--	-----

Воронова Л.

Закон о Государственном бюджете Украины.....	164
--	-----

Гаращук В.

Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения	173
--	-----

Колесник В.	Конституционно-правовые основы регулирования языковых отношений и их воплощение при определении языка судопроизводства	181
Кучерявенко Н.	Правовая природа процессуального регулирования налоговых отношений	200
Лукашев А.	Методологические проблемы системы финансового права	217
Нижник Н., Муза О.	Актуальные вопросы дисциплинарной ответственности государственных служащих в Украине.....	234
Пришва Н.	Вопросы усовершенствования налогового законодательства Украины.....	243
Селиванов А.	Официальное толкование как важная составляющая исключительной юрисдикции Конституционного Суда Украины	258
Селивон Н.	Взаимодействие судебной власти с международным коммерческим арбитражем	274
Чапала Г.	Публичность как признак власти – подход к проблеме.....	285

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

Кузнецова Н.	Недействительность сделок (к вопросу об антисоциальных сделках и последствиях их совершения).....	293
Дзера А.	Некоторые вопросы гражданско-правовой конфискации по законодательству Украины	307
Майданик Р.	Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика	319
Кохановская Е.	К вопросу об общих положениях о праве интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе Украины	354
Стефанчук Р.	Семь нерешенных дел современного законодательства (по поводу 20-й годовщины независимости Украины).....	371
Довгерт А.	Научная концепция современной кодификации гражданского (частного) права Украины.....	381
Шевченко Я.		

Понятие юридической ответственности: объективный и субъективный аспекты	399
--	-----

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ, ХОЗЯЙСТВЕННОЕ И АГРАРНОЕ ПРАВО

Балюк Г.

Проблемы законодательной регламентации и реализации в Украине экологической составляющей концепции устойчивого развития.....	404
---	-----

Гетьман А.

Методологические принципы становления правовых основ охраны окружающей среды	415
---	-----

Мальшева Н.

Развитие экологического права Украины: 20 лет спустя	426
--	-----

Носик В.

Земельное право в системе частного и публичного права Украины: проблемы теории и практики.....	435
---	-----

Погребной С.

Защита права собственности на недвижимое имущество: вопросы судебной практики.....	448
---	-----

Шемшученко Ю.

Актуальные проблемы кодификации национального и международного экологического права	461
--	-----

Шульга М.

Земли сельскохозяйственного назначения – основа продовольственной безопасности Украины	469
---	-----

Щербина В.

История развития хозяйственной юрисдикции в Украине (1922–2011 годы)	475
--	-----

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

Таций В.

Десять лет Уголовному кодексу Украины: достижения и проблемы применения	487
--	-----

Борисов В., Гизимчук С.

Вопросы наказуемости преступлений в конституционном судопроизводстве (на примере замены смертной казни пожизненным лишением свободы).....	504
--	-----

Лобойко Л.

Предмет и границы реформирования уголовно-процессуального законодательства	517
---	-----

Шепитько В., Авдеева Г.

Иновации в криминалистике и их использование в деятельности органов досудебного следствия.....	525
Москвич Л.	
Общественное доверие к суду как индикатор эффективности судебной власти	531
Дрёмин В.	
Концептуальные основы теории институционализации криминальных практик как предмета институциональной криминологии	540
Бойко А.	
Проблемы системы правосудия в структуре детерминации коррупции в Украине.....	557
Коновалова В.	
Познавательная функция экспертных версий	563
Гель А., Витковская О.	
Изменение условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы в уголовно-исполнительном законодательстве Украины: проблемные аспекты.....	570

Предисловие

На сегодняшний день в Украине издается более 100 специализированных юридических журналов и сборников, в которых публикуются тысячи научных статей. Соответственно возникает проблема, как выявить среди них наиболее значимые для юриспруденции? Отсюда – необходимость опубликования в отдельном издании научных работ, в которых освещаются наиболее фундаментальные и приоритетные проблемы правоведения за определенный период.

Опытом обобщения правовой проблематики стала подготовка Национальной академией правовых наук Украины в 2008 году пятитомного общеакадемического издания «Правовая система Украины: история, состояние и перспективы» на украинском языке, над которым два года работали ведущие юристы Украины – академики и члены-корреспонденты Академии, сотрудники научно-исследовательских институтов. Впервые в истории украинской юриспруденции в одном издании был обобщен отечественный опыт построения национальной правовой системы, всех ее отраслей, современное состояние науки и законодательства, практика его реализации, очерчены перспективы их развития. В 2011 году

вышло второе издание пятитомной монографии¹, которое было переработано, дополнено и напечатано на русском языке. В данный момент Национальная академия правовых наук Украины совместно с журналом «Право Украины» проводят подготовку третьего издания, которое будет издано на английском языке.

В 2008 году решением президиума Академии было учреждено общенациональное научное издание – Ежегодник украинского права, в котором публикуются наиболее интересные статьи по юриспруденции академиков и членов-корреспондентов Национальной академии правовых наук Украины, а также научных сотрудников, которые работают в исследовательских учреждениях НАПрН Украины, НАН Украины, других ведущих научных и высших учебных заведениях городов Киева, Харькова, Донецка, Львова, Одессы.

Ежегодник имеет целью стать своеобразным маяком в море разнообразной научной информации, которая была напечатана в отечественных и зарубежных изданиях на протяжении предыдущего года. Ежегодник украинского права – уникальное юри-

¹ Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. – Харьков : Право, 2011.

дическое издание, посвященное широчайшему спектру проблем правовой науки, которое должно быть концентрированным источником современной научно-правовой мысли по актуальным вопросам теории и истории государства и права, конституционного, уголовного, гражданского, хозяйственного, международного и других отраслей права, которое не имеет аналогов в Украине. На страницах данного издания аккумулируются современные правовые концепции и теории дальнейшего развития Украины как демократического, социального, правового государства, наиболее интересные и актуальные идеи, подходы современной юридической науки.

Отбор статей проводят отделения Академии (теории и истории государства и права, государственно-правовых наук и международного права, гражданско-правовых наук, экологического, хозяйственного и аграрного права, уголовно-правовых наук), которые объединяют ведущих ученых-правоведов со всей Украины.

Данный выпуск является четвертым номером Ежегодника, который издается на русском языке. Главная цель данных изменений – дать возможность ученым из других стран, прежде всего Российской Федерации и государств СНГ, ознакомиться с проблемами, актуальными для украинской юридической науки как общетеоретическими, так и в различных отраслях права, современным законодательством Украины и практикой его применения.

Это издание будет интересным широкому кругу читателей: научным и педагогическим работникам, аспирантам, адъюнктам, студентам высших учебных заведений и всем тем, кто интересуется основными направлениями развития украинской юридической науки.

Главный редактор,
президент Национальной академии
правовых наук Украины
В. Я. Тацкий

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340.15(447)

В. Гончаренко, член-корреспондент НАПрН Украины, заведующий кафедрой истории государства и права Украины и зарубежных стран Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Правовой статус Президиума Верховного Совета УССР по Конституции Украинской ССР 1978 года

В 1977 году СССР, в состав которого на правах союзной республики входила Украинская ССР, произошло знаковое событие. Верховный Совет СССР принял новую Конституцию Союза ССР, которая была введена в действие 7 октября 1977 г.¹ С ее принятием утрачивала силу Конституция СССР 1936 г. Новый Основной Закон СССР внес определенные коррективы в организацию и деятельность центральных органов власти и управления как Союза ССР, так и союзных республик. Новации касались организации и деятельности Верховного Совета СССР, Верховных Советов союзных республик, Президиумов Верховных Советов союзных республик, в том числе и Украинской ССР.

¹ Внеочередная Седьмая сессия Верховного Совета СССР (девятый созыв). 4–7 октября 1977 г. : стеногр. отчет. – М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1977. – С. 471.

В УССР новая Конституция была принята Верховным Советом УССР и введена в действие 20 апреля 1978 г. Основной Закон УССР во многих случаях копировал положения Конституции СССР 1977 г., в частности те из них, которые касались органов власти и управления союзных республик. Так, ст. 138 Конституции СССР 1977 г. определяла: «Статья 138. Верховный Совет союзной республики избирает Президиум Верховного Совета – постоянно действующий орган Верховного Совета союзной республики, подотчетный ему во всей своей деятельности. Состав и полномочия Президиума Верховного Совета союзной республики определяются Конституцией союзной республики». Президиум Верховного Совета был предусмотрен и Конституцией УССР 1978 г. То есть новая Конституция республики сохранила это центральное учрежде-

ние, впервые предусмотренное Конституцией УССР 1937 г. За сорокалетний период деятельности Президиум Верховного Совета УССР накопил значительный опыт осуществления конституционных полномочий в разных сферах государственного, хозяйственного и социально-культурного строительства в УССР¹.

Статьи Конституции УССР 1978 г., которые определяли порядок формирования, состав, полномочия Президиума Верховного Совета УССР, структурно помещались в главе 12 Конституции, которая имела название: «Верховный Совет Украинской ССР». Тем самым подчеркивалась тесная связь Президиума с Верховным Советом УССР. Такая степень связи вытекала из определения Конституцией правового статуса Президиума Верховного Совета. В статье 106 Конституции определялось: «Статья 106. Верховный Совет Украинской ССР избирает Президиум Верховного Совета Украинской ССР – постоянно действующий орган Верховного Совета Украинской ССР, подотчетный ему во всей своей деятельности и осуществляющий в пределах, предусмотренных настоящей Конституцией, функции высшего органа государственной власти Украинской ССР в период между его сессиями»². Подобное со-

отношение между Верховным Советом УССР и Президиумом Верховного Совета УССР был характерным и для Верховного Совета СССР и Верховных Советов союзных республик. Так, в статье 119 Конституции СССР 1977 г. определялось: «Статья 119. Верховный Совет СССР избирает на совместном заседании палат Президиум Верховного Совета СССР – постоянно действующий орган Верховного Совета СССР, подотчетный ему во всей своей деятельности и осуществляющий в пределах, предусмотренных Конституцией, функции высшего органа государственной власти СССР в период между его сессиями»³. Статья 113 Конституции РСФСР говорила о Президиуме Верховного Совета РСФСР так: «Статья 113. Верховный Совет РСФСР избирает Президиум Верховного Совета РСФСР – постоянно действующий орган Верховного Совета РСФСР, подотчетный ему во всей своей деятельности и осуществляющий в пределах, предусмотренных настоящей Конституцией, функции высшего органа государственной власти РСФСР в период между его сессиями»⁴. Аналогичная формула использовалась и в конституциях других союзных республик относительно Президиумов Верховных Советов этих республик⁵. Сказанное дает

¹ Подробнее см.: Гончаренко В. Д. Правовой статус Президіи Верховної Ради УРСР за Конституцією УРСР 1937 року / В. Д. Гончаренко // Пробл. законності. – 2009. – Вип. 100. – С. 42–52.

² Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. Конституции (Основные Законы) Союзных Советских Социалистических Республик. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 107.

³ Сборник нормативных актов по советскому государственному праву. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 118.

⁴ Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. Конституции (Основные Законы) Союзных Советских Социалистических Республик. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 71.

⁵ Там же. – С. 141, 175, 211, 246, 284, 320–321, 355, 388, 423, 457, 491, 524–525, 559.

основание для учета при исследовании правового статуса Президиума Верховного Совета УССР научных трудов исследователей, которые изучали организацию и деятельность Президиума Верховного Совета СССР, Президиумов Верховных Советов союзных республик.

Следует отметить, что Президиумы Верховных Советов (как союзного, так и республиканского уровней) в соответствии с Конституцией СССР 1977 г. и конституциями союзных республик 1978 г. имели правовой статус, который отличался от правового статуса Президиумов, которые функционировали на основе Конституции СССР 1936 г. и конституций союзных республик 1937 г. Отметим, что сразу же после принятия этих конституций в советской юридической литературе начали обосновываться различные подходы к пониманию правовой природы Президиума Верховного Совета СССР, Президиума Верховного Совета союзной республики. Так, по мнению одних ученых, Президиум Верховного Совета – это повседневно действующий и контролирующий орган, подотчетный Верховному Совету¹. По мнению других, Президиум Верховного Совета был «комитетом по заведованию делами законодательного органа», «органом Верховного Совета», «органической составной частью Верховного Совета», который осуществлял функции высшего орга-

на власти². Высказывалась также мысль, в соответствии с которой Президиум Верховного Совета был высшим органом государственной власти, однако только в период между сессиями Верховного Совета³. Существовала точка зрения, что Конституция СССР 1936 г. и принятые на ее основе конституции союзных республик наделяли Президиум Верховного Совета статусом самостоятельного высшего органа государственной власти со своими специфическими функциями⁴. По мнению Л. Т. Кривенко, Конституция СССР 1936 г. и конституции союзных республик 1937 г. «устанавливали два высших органа государственной власти: Верховный Совет и Президиум Верховного Совета»⁵. Некоторые ис-

² См.: Кириченко М. Г. Высшие органы государственной власти в СССР / М. Г. Кириченко. – М. : Госюриздат, 1952. – С. 40; Кравцов Б. П. Верховный Совет СССР / Б. П. Кравцов. – М. : Госюриздат, 1954. – С. 78; Курс советского государственного права / А. И. Лепешкин, А. И. Ким, Н. Г. Мишин, П. И. Романов. – М. : Госюриздат, 1962. – С. 431.

³ См.: Керимов Д. А. Законодательная деятельность Советского государства (Основные принципы и организационные формы) / Д. А. Керимов. – М. : Госюриздат, 1955. – С. 100.

⁴ См.: Беспалый И. Т. Президиум Верховного Совета союзной республики / И. Т. Беспалый. – М. : Госюриздат, 1959. – С. 10, 11; Василенко П. Т. Органы Советского государства и их система на современном этапе / П. Т. Василенко. – М. : Из-во МГУ, 1967. – С. 161–162; Цветков В. В. Радянське державне право / В. В. Цветков, С. О. Макогон. – К. : Вид-во Київ. ун-ту, 1968. – С. 355.

⁵ Кривенко Л. Т. Конституция СССР и развитие законодательной деятельности Верховных Советов союзных республик (сравнительно-правовой анализ) / Л. Т. Кривенко. – Киев : Наук. думка, 1982. – С. 139.

¹ См.: Трайнин И. П. О главе государства / И. П. Трайнин // Сов. государство. – 1938. – № 1. – С. 90; Советское государственное право : учеб. для юрид. ин-тов / под общ. ред. А. Я. Вышинского. – М., 1938. – С. 314.

следователи считали, что Президиум Верховного Совета имел двойственную природу. С одной стороны, он был органом Верховного Совета, а с другой – самостоятельным органом власти¹.

Существование такого разнообразия мыслей относительно правового статуса Президиума Верховного Совета объясняется прежде всего недостаточной определенностью этого статуса Конституцией СССР 1936 г. конституциями союзных республик 1937 г. Так, если Конституция УССР 1937 г. называла Верховный Совет УССР «высшим органом государственной власти УССР» (ст. 20), «единственным законодательным органом УССР» (ст. 23), то Президиум Верховного Совета УССР такого четкого определения статуса не получил. Правовой статус Президиума Верховного Совета определялся учеными в зависимости от толкования ими статей Конституции СССР, конституций союзных республик 1937 г., которые относились к Президиуму Верховного Совета.

Конституция СССР 1977 г., конституции союзных республик 1978 г. несколько по-иному подошли к определению места Президиума Верховного Совета в системе центральных органов соответственно СССР, союзных республик. Теперь Президиум Верховного Совета получил более четкое по сравнению с предыдущим периодом определение. Как уже отмечалось, ст. 106 Конституции УССР

1978 г. устанавливала, что Президиум Верховного Совета УССР – это «постоянно действующий орган Верховного Совета Украинской ССР, подотчетный ему во всей своей деятельности и осуществляющий в пределах, предусмотренных настоящей Конституцией, функции высшего органа государственной власти Украинской ССР в период между его сессиями». Как видим, новая Конституция УССР, устанавливала двойкой статус Президиума Верховного Совета УССР. С одной стороны, Президиум – орган Верховного Совета, а с другой стороны – орган, наделенный правом осуществления функций высшего органа государственной власти УССР в межсессионный период. На двойственный характер Президиума Верховного Совета СССР обращал внимание, например, И. Н. Кузнецов². Такой двойкой конституционный статус Президиума Верховного Совета УССР (как и Президиума Верховного Совета СССР, Президиумов Верховного Совета союзных республик) обусловил появление различных мнений среди ученых-конституционалистов относительно места и роли Президиума Верховного Совета, определенных конституциями (Союза ССР 1977 г., союзных республик 1978 г.).

² Кузнецов И. Н. Новое в конституционном регулировании компетенции Верховного Совета СССР и его Президиума / И. Н. Кузнецов // Тр. Всесоюз. науч.-исслед. ин-та сов. законодательства. Проблемы совершенствования советского законодательства. Вып. 11. – М. : ВНИИ сов. законодательства, 1978. – С. 28.

¹ См.: Барабашев Г. В. Советское строительство / Г. В. Барабашев, К. Ф. Шеремет. – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 141–142.

Так, по мнению А. И. Лукьянова, согласно Конституции СССР 1977 г. единственным высшим представительным органом государственной власти страны выступал Верховный Совет СССР, который осуществлял свои полномочия как непосредственно на сессиях всем составом депутатов, так и через свои органы, среди которых на первом месте стоял Президиум Верховного Совета СССР¹. То есть исследователь считал, что главное предназначение Президиума Верховного Совета СССР состояло в том, чтобы быть органом Верховного Совета СССР. По мнению М. Р. Сафаровой, «главная особенность и своеобразие юридической природы Президиума Верховного Совета заключается в том, что согласно Конституция СССР 1977 г. и конституциям союзных республик 1978 г., он – орган Верховного Совета. Президиум входит в систему Верховного Совета, является его составной частью»². Автор особенно подчеркивает, что «наличие некоторых общих функций у Верховного Совета и его Президиума не влечет изменения статуса Президиума в межсессионный период». С ее точки зрения, «общность функций Президиума и Верховного Совета охватывает не все функции Верховного Совета, совокупность которых характеризует его в качестве

высшего органа власти союзной республики»³. Критически относилась к высказанной в юридической литературе точке зрения на Президиум как высший представительный орган государственной власти в период между сессиями Верховного Совета СССР Н. В. Онишко. По ее мнению, «ни политическое, ни юридическое, ни фактическое положение Президиума Верховного Совета СССР не дает оснований для такой характеристики даже при наличии смягчающего дополнения «в некотором смысле»⁴. Р. Н. Матчанов считает, что «своеобразие положения Президиума Верховного Совета состоит в том, что, с одной стороны, он выступает как самостоятельный орган, осуществляющий функции высшего органа государственной власти со своими полномочиями, со своей компетенцией, со своим правовым статусом и, во-вторых, он есть постоянно действующим органом Верховного Совета, осуществляющим ряд его функций в период между сессиями. Он избирается Верховным Советом, является его Президиумом, его органом, его представителем, осуществляющим в необходимых случаях его функции, но не заменяющим Верховный Совет, не подменяющим его»⁵. Ю. С. Шемшученко и О. В. Ба-

³ Там же. – С. 10.

⁴ Онишко Н. В. Президиум Верховного Совета СССР (статус и основные направления деятельности по Конституции СССР 1977 г.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Онишко. – М., 1989. – С. 12.

⁵ Матчанов Р. Н. Юридическая природа актов Президиума Верховного Совета союзной республики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. Н. Матчанов. – Ташкент, 1982. – С. 8.

¹ Лукьянов А. И. Развитие законодательства о советских представительных органах власти (Некоторые вопросы истории, теории и практики) / А. И. Лукьянов. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 188.

² Сафарова М. Р. Президиум Верховного Совета союзной республики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Р. Сафарова. – М., 1987. – С. 9.

танов отмечают: «Конституция УССР 1978 г. определенным образом новелизировала статус Президиума ВС УССР. Этот орган наделялся функциями постоянно действующего органа ВС и высшего органа государственной власти в УССР в период между сессиями Совета»¹. Сказанное выше дает основание утверждать, что и после принятия новых Конституций дискуссия относительно правовой природы Президиума Верховного Совета не прекратилась. Тем самым не оправдались ожидания некоторых ученых, что новые Конституции не дают повод для существования различных точек зрения относительно правового статуса Президиума Верховного Совета. Так, Р. Х. Мухамедова утверждала, что, по ее мнению, «в современный период в связи с безальтернативным решением вопроса Конституцией СССР 1977 г. относительно роли и места Президиума Верховного Совета отпала необходимость в дискуссии по этому вопросу»². Ранее подобное суждение было высказано А. И. Лукьяновым³. По нашему мнению, более убедительной является точка зрения тех специалистов, которые считают, что Президиум Верховного Совета по Конституции СССР 1977 г. и консти-

туциям союзных республик 1978 г. имел двойной правовой статус, а именно: как постоянно действующий орган Верховного Совета и как высший в межсессионный период орган государственной власти, наделенный соответствующим объемом полномочий, достойных его высокого положения в иерархии центральных органов государства.

Наделение Президиума Верховного Совета УССР функциями высшего органа власти не в последнюю очередь зависело от количественного состава и формы деятельности Верховного Совета УССР. Согласно ст. 98 Конституции УССР 1978 г. Верховный Совет имел в своем составе 650 депутатов, которые избирались гражданами Украинской ССР по избирательным округам с равным количеством населения. В советские времена трудно было представить, чтобы такое большое количество депутатов Верховного Совета УССР месяцами пребывало в Киеве и работало в помещении Верховного Совета УССР. Верховный Совет согласно ст. 100 Конституции УССР 1978 г. работал сессионно. Его сессии созывались Президиумом Верховного Совета УССР дважды в год. Многолетняя практика функционирования Верховного Совета УССР (как по Конституции УССР 1937 г., так и Конституции УССР 1978 г.) сложилась так, что каждая сессия Верховного Совета УССР длилась 2–3 дня. В юридической литературе краткий срок Верховного Совета СССР, Верховных Советов союзных республик объяснялся с учетом разных факторов. обстоятельное объяснение крат-

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. Т. 5: П. – 2003. – С. 68.

² Мухамедова Р. Х. Президиум Верховного Совета союзной республики / Р. Х. Мухамедова. – Ташкент : ФАН, 1980 – С. 19.

³ Лукьянов А. И. Развитие законодательства о советских представительных органах власти (Некоторые вопросы истории, теории и практики) / А. И. Лукьянов. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 189.

кости сессий Верховных Советов дал И. Т. Беспалый. Он, в частности, отмечал, что «депутаты Верховного Совета – работники социалистической промышленности и транспорта, сельского хозяйства, науки и культуры, общественных и государственных учреждений, активно участвующие в повседневной деятельности организаций, предприятий, учреждений, а не «профессиональные парламентарии». Необходимость участия депутатов в социалистическом строительстве, поддержания контакта с массами трудящихся, необходимость непосредственного проведения в жизнь принятых законов – явились первой причиной, обусловившей сессионный порядок работы Верховного Совета союзной республики. Второй причиной явилось то обстоятельство, что Верховный Совет призван решать лишь основные, важнейшие вопросы государственной жизни»¹. Сессионный, при этом кратковременный характер работы Верховного Совета требовал функционирования в межсессионный (и достаточно продолжительный) период авторитетного, достаточно полномочного органа власти, призванного на высшем уровне решать вопросы государственного, хозяйственного и социально-культурного строительства в УССР. Потому-то и был предусмотрен такой орган – Президиум Верховного Совета УССР. Правовой статус Президиума Верховного Совета УССР как высшего органа государственной власти

УССР в период между сессиями Верховного Совета УССР подтверждается рядом положений Конституции УССР 1978 г., иных нормативных актов, в частности Регламента Верховного Совета УССР от 1980 г.

Прежде всего следует обратиться к порядку формирования Президиума Верховного Совета УССР. Согласно ст. 107 Конституции УССР 1978 г. Президиум Верховного Совета УССР избирался из числа депутатов Верховного Совета УССР. То есть члены Президиума Верховного Совета и после избрания их в Президиум не утрачивали статус депутата Верховного Совета УССР и оставались в соответствии со ст. 92 Конституции УССР 1978 г. «полномочными представителями народа» в Президиуме Верховного Совета УССР. Таким образом, Президиум Верховного Совета УССР был по своему характеру представительным органом государственной власти республики, что сближало Президиум с самим Верховным Советом УССР. Согласно ст. 107 Конституции УССР 1978 г. Президиум Верховного Совета избирался Верховным Советом в составе Председателя Президиума Верховного Совета, трех заместителей Председателя, Секретаря Президиума и двадцати членов Президиума Верховного Совета УССР. То есть Президиум Верховного Совета УССР был коллегиальным органом, так же как и Верховный Совет УССР. Как видим, Президиум Верховного Совета УССР имел своего Председателя, так же как имел и своего собственного Председателя Верховный Совет УССР, уполномоченного

¹ Беспалый И. Т. Президиум Верховного Совета союзной республик / И. Т. Беспалый. – М. : Госюриздат, 1959. – С. 7–8.

руководить заседаниями Верховного Совета УССР и ведать его внутренним распорядком (ст. 99 Конституции). Таким образом, Председатель Верховного Совета был сам по себе, а Председатель Президиума Верховного Совета – сам по себе. Такая обособленность Председателя Президиума Верховного Совета является одним из подтверждений статуса Президиума Верховного Совета УССР как институции с функциями высшего органа государственной власти УССР в период между сессиями Верховного Совета УССР. О высоком статусе Председателя Верховного Совета свидетельствует, в частности, норма ст. 19 Регламента Верховного Совета УССР от 2 марта 1980 г., в которой определялось, что заседания Президиума Верховного Совета УССР созывал и вел Председатель Президиума Верховного Совета, а Председатель Верховного Совета УССР мог принимать участие в заседаниях Президиума Верховного Совета УССР только с правом совещательного голоса¹. Весомая роль Председателя Президиума Верховного Совета УССР, а вместе с тем и возглавляемого им органа власти подтверждается и тем, что в советские времена получила распространение практика, когда Председатели Президиумов Верховных Советов союзных республик избирались заместителями Председателя Президиума Верховного Совета СССР. Так, на заседании Шестой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва (состоялась 16–17 июня 1977 г.) в своем выступле-

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1980. – № 15. – Ст. 268.

нии депутат А. Н. Аксенов относительно избрания заместителя Председателя Верховного Совета СССР от Белорусской ССР отметил: «Товарищи депутаты! В настоящее время в составе Президиума Верховного Совета СССР нет заместителя Председателя Верховного Совета ССР от Белорусской Советской Социалистической Республики. По сложившейся традиции, заместителями Председателя Президиума Верховного Совета СССР избираются депутаты Верховного Совета СССР, являющиеся Председателями Президиумов Верховных Советов союзных республик. Хочу доложить в связи с этим, что Верховный Совет Белорусской ССР избрал Председателем Президиума Верховного Совета республики депутата Полякова Ивана Евтеевича вместо трагически погибшего Сурганова Федора Анисимовича. По поручению депутатов Верховного Совета СССР от Белорусской ССР, партийных и советских органов республики вношу предложение избрать заместителем Председателя Президиума Верховного Совета СССР Председателя Президиума Верховного Совета Белорусской ССР депутата Полякова Ивана Евтеевича»². Депутат В. Е. Поляков был единогласно избран заместителем Председателя Президиума Верховного Совета СССР³. Практика избрания Председателей Президиумов Верховных Советов союзных республик

² Заседания Верховного Совета СССР девятого созыва. Шестая сессия (16–17 июня 1977 г.) : стеногр. отчет. – М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1977. – С. 8–9.

³ Там же. – С. 9.

в Президиум Верховного Совета СССР имела место и в последующий период. Делалось это во время первой сессии вновь избранного Верховного Совета СССР, как это и предусматривалось ст. 18 Регламента Верховного Совета СССР от 19 апреля 1979 г.¹ Так, Первая сессия Верховного Совета СССР десятого созыва (18—19 апреля 1979 г.) избрала 15 заместителей Председателя Верховного Совета СССР. Все они были Председателями Президиумов Верховных Советов союзных республик². От УССР заместителем Председателя Верховного Совета СССР был избран Председатель Президиума Верховного Совета УССР А. Ф. Ватченко³. Первая сессия Верховного Совета СССР одиннадцатого созыва (11—12 апреля 1984 г.) также избирала 15 заместителей Председателя Верховного Совета СССР. Все они без исключения были Председателями Президиумов Верховных Советов союзных республик⁴. От УССР заместителем Председателя Верховного Совета СССР вновь был избран А. Ф. Ватченко — Председатель Президиума Верховного Совета УССР⁵. Высокий статус Президиума Верховного Совета СССР как второго

после Верховного Совета СССР органа государственной власти СССР подчеркивался и тем, что Председателем Президиума Верховного Совета СССР избирался Генеральный секретарь ЦК КПСС. Так, Шестая сессия Верховного Совета СССР девятого созыва избрала 16 июня 1977 г. Председателем Президиума Верховного Совета СССР Генерального секретаря ЦК КПСС Л. И. Брежнева, приняв в связи с этим соответствующее постановление⁶. Л. И. Брежнев был избран Председателем Президиума Верховного Совета СССР и на Первой сессии Верховного Совета СССР десятого созыва 18 апреля 1979 г.⁷ Первая сессия Верховного Совета СССР одиннадцатого созыва избрала 11 апреля 1984 г. Председателем Президиума Верховного Совета СССР Генерального секретаря ЦК КПСС К. У. Черненко⁸. Генеральные секретари ЦК КПСС Ю. В. Андропов и М. С. Горбачев в свое время также избирались Председателями Президиума Верховного Совета СССР. Ясное дело, что такая личность, как Генеральный секретарь ЦК КПСС, не случайно занимал должность Председателя Президиума Верховного Совета СССР. Это было

¹ Відом. Верхов. Ради СРСР. — 1979. — № 17. — Ст. 272.

² Первая сессия Верховного Совета СССР (десятый созыв). 18—19 апреля 1979 г. : стеногр. отчет. — М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1979. — С. 40—41.

³ Там же. — С. 40.

⁴ Первая сессия Верховного Совета СССР (одиннадцатый созыв). 11—12 апреля 1984 г. : стеногр. отчет. — М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1984. — С. 115—116.

⁵ Там же. — С. 40.

⁶ Заседания Верховного Совета СССР девятого созыва. Шестая сессия (16—17 июня 1977 г.) : стеногр. отчет. — М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1977. — С. 174.

⁷ Первая сессия Верховного Совета СССР (десятый созыв). 18—19 апреля 1979 г. стеногр. отчет. — М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1979. — С. 39.

⁸ Первая сессия Верховного Совета СССР одиннадцатого созыва. 11—12 апреля 1984 г. : стеногр. отчет. — М. : Изд. Верхов. Совета СССР, 1984. — С. 115.

связано с высоким статусом Президиума Верховного Совета СССР в системе государственных органов Союза ССР. Аналогично высокий правовой статус имел Президиум Верховного Совета союзной республики в системе ее государственных органов.

В пользу утверждения о статусе Президиума Верховного Совета УССР как институции, которая осуществляла функции высшего органа государственной власти в период между сессиями Верховного Совета УССР, свидетельствует и содержание нормы ст. 111 Конституции УССР 1978 г. В ней указывалось, что по истечению полномочий Верховного Совета УССР «Президиум Верховного Совета Украинской ССР сохраняет свои полномочия вплоть до образования вновь избранным Верховным Советом Украинской ССР нового Президиума» (ч. 1 ст. 111). В части второй этой же статьи Конституции определялось, что «вновь избранный Верховный Совет Украинской ССР созывается Президиумом Верховного Совета Украинской ССР прежнего состава не позднее чем через два месяца после выборов». Таким образом, Президиум Верховного Совета УССР мог сохранять свои полномочия после окончания каденции Верховного Совета УССР, который его избрал, максимум два месяца. То есть в УССР могла сложиться ситуация, когда не функционировал Верховный Совет ни предыдущего созыва, ни вновь избранный. В этот период функционировал Президиум Верховного Совета УССР предыдущего созыва, который и был призван осуществлять функции

высшего органа государственной власти УССР. Для этого у него было вполне достаточно полномочий, предусмотренных Конституцией УССР 1978 г., иными законодательными актами УССР.

Конституция УССР наделяла Президиум Верховного Совета УССР некоторыми полномочиями, осуществлять которые он мог при условии последующего представления своих решений на утверждение очередной сессии Верховного Совета УССР. Так, ст. 109 Конституции УССР к таким полномочиям Президиума Верховного Совета УССР относил право внесения в случае необходимости изменений в действующие законодательные акты Украинской ССР; образование областей; по предложению Совета Министров Украинской ССР образование и ликвидацию министерств и государственных комитетов Украинской ССР; по представлению Председателя Совета Министров Украинской ССР освобождение от должности и назначение отдельных лиц, которые входили в состав Совета Министров Украинской ССР¹.

Среди предметов ведения Президиума Верховного Совета УССР можно выделить те из них, которые раскрывают юридическую природу Президиума как постоянно действующего органа Верховного Совета УССР и как органа, наделенного полномочиями осуществлять функции высшего органа власти в межсессионный период. Так, например, назначение

¹ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 146–147.

выборов в Верховный Совет УССР, созыв сессий Верховного Совета УССР, координация деятельности постоянных комиссий Верховного Совета УССР, уведомление заранее депутатов Верховного Совета УССР о времени созыва и месте проведения сессий Верховного Совета УССР, а также о вопросах, которые вносились на его рассмотрение и некоторые другие, отражали природу Президиума Верховного Совета УССР как постоянно действующего органа Верховного Совета УССР.

Правовую природу Президиума Верховного Совета УССР как постоянно действующего органа Верховного Совета УССР отображали и полномочия Президиума, связанные с содействием депутатам Верховного Совета УССР в эффективном осуществлении последними своих полномочий.

Среди предметов ведения Президиума Верховного Совета УССР, перечисленных в ст. 108 Конституции УССР, были и такие, которые принадлежали Президиуму как высшему органу государственной власти в межсессионный период. К ним относились, например, толкование Президиумом законов УССР, осуществление руководства деятельностью местных Советов народных депутатов. Конституция наделяла Президиум Верховного Совета УССР как высший орган государственной власти правом осуществлять функции в области законодательства и контроля. Речь идет о праве Президиума Верховного Совета УССР на осуществление полномочий, предусмотренных ст. 109 Конституции УССР 1978 г.

В юридической литературе отмечалось, что Президиум Верховного Совета СССР, а вслед за ним и Президиумы Верховных Советов союзных республик наделялись правом осуществлять полномочия, которые Верховными Советами не осуществлялись. Это, например, такие полномочия, как контроль за соблюдением Конституции, установление и присвоение почетных званий, назначение и отзыв дипломатических представителей, ратификация и денонсация международных договоров, разрешение вопросов гражданства, помилование осужденных и т. д. Такие полномочия Президиума Верховного Совета в юридической литературе называют типичными для «главы государства»¹, коллективного главы государства², коллегиального главы государства³, коллегиального президента республики⁴, института главы

¹ Кузнецов И. Н. Новое в конституционном регулировании компетенции Верховного Совета СССР и его Президиум / И. Н. Кузнецов // Тр. Всесоюз. науч.-исслед. ин-та сов. законодательства. Проблемы совершенствования советского законодательства. Вып. 11. – М.: ВНИИ сов. законодательства, 1978. – С. 28.

² Лукьянов А. И. Развитие законодательства о советских представительных органах власти (Некоторые вопросы истории, теории и практики) / А. И. Лукьянов. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 189.

³ Онишко Н. В. Президиум Верховного Совета СССР (статус и основные направления деятельности по Конституции СССР 1977 г.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Онишко. – М., 1989. – С. – 16.

⁴ Матчанов Р. Н. Юридическая природа актов Президиума Верховного Совета союзной республики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. Н. Матчанов. – Ташкент, 1982. – С. 21.

государства¹. Можно согласиться с выводом М. Р. Сафаровой, что многие из указанных вопросов государственной жизни относились к исключительному ведению Президиума Верховного Совета союзной республики и выделялись вследствие распределения труда по осуществлению верховного государственного руководства между Верховным Советом и Президиумом².

¹ Мухамедова Р. Х. Президиум Верховного Совета союзной республики / Р. Х. Мухамедова. – Ташкент : ФАН, 1980. – С. 17.

² Сафарова М. Р. Президиум Верховного Совета союзной республики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Р. Сафарова. – М., 1987. – С. 19.

В пределах правового статуса, определенного Конституцией УССР 1978 г., и действовал Президиум Верховного Совета УССР, стабильно и последовательно осуществляя предусмотренные законодательством УССР полномочия.

Опубліковано: Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 2. – С. 55–66

Принципы права: генезис, понятие, классификация, место и роль в правовой системе Украины

Принципы права постоянно привлекают к себе внимание ученых-правоведов, однако из-за их изменчивости, философской сущности, абстрактности абсолютное большинство аспектов понимания принципов права требуют исследования и доработки. Одним из таких аспектов и является вопрос о генезисе, понятии, классификации, их месте и роли в правовой системе Украины.

Безусловно, любые принципы, в том числе и принципы права, являются продуктом человеческой деятельности, результатом которой они выступают и интересы которой удовлетворяют. Принципы являются социальными явлениями как по источнику возникновения, так и по содержанию: их возникновение предопределяется потребностями общественного развития и в них отображаются закономерности общественной жизни. Без учета таких существенных моментов невозможно объяснить и понять особенное значение этих принципов для последо-

вательного согласования человеческой деятельности с требованиями объективных социальных закономерностей. Все это в полной мере касается и принципов права – специфического проявления определенной части общесоциальных принципов в правовой системе. Тем более важно подчеркнуть то, что общесоциальная природа юридических принципов не всегда получает соответствующее признание при характеристике последних, что касается, в частности, и их генезиса.

Следовательно, с самого начала своего возникновения принципы права существуют как модифицированные и приспособленные к правовой сфере определенные общесоциальные принципы, которые находятся в диалектическом единстве. Главными источниками этих принципов являются политика, экономика, мораль, идеология, социальная жизнь.

Безусловно, рассматривая проблему генезиса принципов права, не-

обходимо подчеркнуть особенную роль и их место в создании морали. Общеизвестно, что исторически право возникает значительно позже морали, с появлением новых процессов в сфере общественной жизни, которые обуславливают необходимость новых типов социального урегулирования. Однако нельзя назвать практически ни одну сферу общественных отношений, в которой в «чистом» виде действовали бы те или иные виды социальных норм. Взаимодействие социальных регуляторов неминуемо в любой сфере жизнедеятельности людей. Но, выделяя относительно самостоятельное поле действия моральных норм и принципов, не следует забывать об их важных свойствах – универсальности, способности проникать в самые разные сферы общественных отношений, в том числе и правовую. Это обусловлено тем, что моральные нормы ориентированы на такие категории, как добро, честь, совесть, достоинство, справедливость и т. п., а они выступают критериями оценки поведения людей во всех сферах их деятельности. Это свойство морали – способность проникать в самые разнообразные социальные отношения, в том числе экономические, политические, правовые – является определяющим. Отсюда общая, тесная взаимосвязь норм и принципов права с нормами и принципами морали, которая определяется приблизительноным единством сфер их регуляции.

Важным источником формирования принципов права является политическая сфера. Чтобы убедиться

в этом, можно обратиться как к политической практике, так и к политической теории. Последнее становится очевидным, если прибегнуть к анализу истории политических и правовых учений. Так, Платон в «Государстве», конструируя модель идеального справедливого государства, обосновывает принцип равенства мужчины и женщины¹, в «Законах» – отстаивает принцип законности руководства обществом². Аристотель, исследуя проблему управления обществом, в ее основу закладывает принцип справедливости, а о праве (и естественном и волеустановленном) говорит только как о политическом праве, то есть таком, которое возможно и имеет место лишь в государстве (принцип властного обеспечения)³. Становление принципов права в то время просматривается даже в осуждении и наказании Сократа, который выступил с требованием соблюдения принципов индивидуальной свободы и автономной личности.

Экономические факторы формирования права просматриваются в первую очередь сквозь принцип частной собственности, который постепенно становится важнейшей идеей права. Собственность объявляется естественным правом человека, источником его воли и равенства с другими людьми. При этом органическая связь между юридической формой и собственностью просматрива-

¹ Платон. Сочинения / Платон. – М., 1970. – С. 238.

² Там же. – С. 351.

³ Аристотель. Сочинения : в 4 т. / Аристотель. – М. : Мысль, 1983. – Т. 4. – С. 159.

ется в течении всей истории их существования. Так, Платон в «Государстве» выдвигает план ликвидации частной собственности среди правителей и военных, то есть первых двух слоев. «Прежде всего никто не должен иметь какой-то частной собственности... Потом, ни у кого не должно быть жилья или амбара, куда бы не имел доступа всякий желающий¹».

Идеология также является источником принципов права, поскольку любые умные действия человека преследуют определенную цель, а идеология – это вербальная модель, которая предусматривает цель и, исходя из этого, оценку деяний человека, государства, других социальных субъектов, с точки зрения общесоциальных интересов. Источники идеологии лежат в потребности обеспечить выживание и развитие человека. Они возникли еще на ранних этапах ее развития (возможно, даже стадных). Именно отсюда берут начало такие принципы: не убей своего; заботься о детях; уважай старших; объединяйся для защиты от врагов и добывания пищи под руководством вождя и др. Позже, с развитием умственных способностей человека, появлением речи, появляются разные виды идеологии, мораль, о значении которой в возникновении принципов права уже говорилось, религия и т. п. Именно религия и провозгласила принципы, которые позже стали в то же время и правовыми: не убей; не кради; не ври; не завидуй; не прелюбодействуй;

¹ Платон. Государство / Платон // Соч. : в 3 т. – М. : Мысль, 1971. – Т. 3. – Ч. 1.

уважай родителей своих, работай и др.

Таким образом, можно утверждать, что сначала содержание принципов права намечается самой жизнью, спонтанно, в общественных социальных отношениях, которые складываются в реальной жизни и получают позже регламентацию и защиту со стороны государства в комплексах субъективных прав участников правоотношений. Возникновение принципов права как общесоциальных является необходимым условием дальнейшего их закрепления в виде юридических принципов и норм, потому что свидетельствует об их актуальности для общества и о необходимости их юридического оформления. При этом главная роль в выявлении и конструировании таких принципов принадлежит не правотворчеству, в частности правообразованию, а более конкретной юридической практике, которая по своей природе призвана оперативно реагировать на изменения, происходящие в области права. В связи с вышеизложенным представляется, что процесс создания руководящих положений права можно рассмотреть таким образом.

Общеизвестно, что эффективность правового регулирования общественных отношений прямо зависит от его соответствия объективным закономерностям их существования и развития. Первоочередное значение при этом имеет способность законодателя своевременно распознать основные тенденции, магистральные направления их постепенного развития и отобразить последние в содер-

жании коренных элементов системы права – ее принципов. Однако известно и другое: законодательное закрепление указанных тенденций по объективным и субъективным причинам всегда отстает и, видимо, будет отставать от реального изменения фактических общественных отношений, которые уже сложились или только складываются.

В то же время потребности и интересы общества вызывают необходимость урегулирования новых общественных отношений, исходя из единственного мерила, которое бы отображало в своем содержании присущие им закономерности. То есть системность, комплексность и цикличность социальной жизни объективно предусматривают такое его правовое опосредование, которое наиболее отвечает бы сущности происходящих процессов, что возможно лишь в том случае, когда это опирается на соответствующие принципы.

Именно поэтому юридическая практика в процессе правореализационной и правоохранительной деятельности первой встречается с указанными проблемами. В то же время она не может жить, когда законодатель обнаружит и сформулирует необходимые руководящие положения. Именно жизнь вынуждает ее открывать существенные закономерности в общественных отношениях и отображать полученные результаты сначала в виде индивидуальных требований, которые предъявляются к поведению участников правоотношений, а в последующем они приобретают общий характер. Это позволяет дать правовому

регулированию нужное единообразие, стабильность и эффективность, связать правотворчество, правореализацию и охрану права. Важное значение имеют, в данном понимании, обобщения судебной и административной практики, другие виды юридической деятельности. Именно так внутри гражданского общества, в пределах правообразования, с помощью юридической практики рождаются новые юридические принципы, которые эволюционно отменяют действие устаревших, неактуальных принципов.

В современной отечественной юридической литературе, и той, которая досталась нам в наследство, существуют много разных дефиниций принципов права. Безусловно, это предопределяется тем, что принципы права – не однообразное и не однозначное явление, к исследованию которого можно и нужно подходить с разных сторон. Однако, по моему мнению, желательно внести в понятие и определение принципов, которые действуют в правовой сфере, какое-то единообразие в той мере, в которой оно возможно в юридической науке.

С гносеологической точки зрения важно подчеркнуть то, что категория «принцип» очень тесно связана с категориями «закономерность» и «сущность». Однозначный характер этих понятий дает основания определять правовые принципы через закономерности развития общества (общесоциальные принципы) и права (юридические принципы), а также через сущность и основное содержание последнего.

Следует также подчеркнуть, что термин «принцип» происходит от латинского слова «*principium*», которое означает основные, самые общие, исходные положения, средства, правила, определяющие природу и социальную сущность явления, его направленность и наиболее существенные признаки.

К наиболее существенным признакам принципов права нужно отнести, в первую очередь, их регулятивность. Нормативно-регулятивный характер принципов права видится в том, что принципы, зафиксированные в праве, приобретают значение общих правил поведения, которые имеют общеобязательный, властный характер. При этом такой характер становится присущим как непосредственно нормам-принципам, так и принципам, которые выводятся из норм. «Принципы регулируют постольку, поскольку регулирует само право»¹, – утверждает В. М. Семенов.

Под объективной обусловленностью принципов права следует понимать их соответствие характеру общественных отношений, экономическим, политическим, идеологическим процессам, которые происходят в обществе. Иными словами, принципы права – это такие правовые явления, которые непосредственно связывают содержание права с его социальными основами – теми закономерностями общественной жизни, на которых данная правовая система построена и которые она закрепляет.

¹ Семенов В. М. Принципы советского гражданского процессуального права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. М. Семенов. – Свердловск, 1965. – С. 8–18.

Принципы права – идеологическая категория, а это значит, что они, как и право в целом, являются формой общественного сознания, которое осуществляет идейное, информационно-воспитательное влияние общего характера, то есть выполняет функцию общего закрепления общественных отношений, что и дает возможность рассматривать их с позиции определенных идей, руководящих основ. Так, признание приоритета общечеловеческих интересов, несомненно, в наиболее общем виде, повлияет на правовую систему в целом, на механизм правового регулирования, его типы и методы.

Важным признаком принципов права является способ их материализации в праве. Общеизвестно, что различают два способа выражения принципов права: непосредственное формулирование их в нормах права (текстуальное закрепление) и выведение принципов права из содержания нормативно правовых актов (содержательное закрепление). Проблема формирования гражданского общества и правового государства настоятельно требует, чтобы общеправовые принципы текстуально выражались в Конституции Украины, межотраслевые и отраслевые, а также соответствующие принципы структуры права – в кодификационных и инкорпорационных актах, принципы юридического института – в актах, которые касаются этого института. Вторым способом выражения принципов права является их содержательное закрепление, то есть выведение принципов из содержания норм права. Такие принципы более

абстрактны, с их помощью можно регулировать наиболее общие общественные отношения. Они выражают преимущественно общие направления, тенденции правового регулирования. Однако ни в коем случае нельзя преуменьшать их роли.

Следующим признаком принципов права является то, что принципы всех, в том числе и правовых явлений – исторические. Это значит, что исторические условия развития общества и государства выдвигают соответствующие принципы: они такие, какими является эпоха, люди и их потребности, образ жизни, общественные отношения.

Таким образом, мы пришли к выводу, что категория «принципы права» должна использоваться во всех случаях, когда идет речь об отправных идеях и положениях, которые относятся к юриспруденции. Термин «принципы» может лишь уточняться и детализироваться в зависимости от того, какой является сфера его существования и функциональная направленность. В этом понимании можно говорить об общесоциальных и юридических принципах. Последние следует дифференцировать на принципы системы (общеправовые, межотраслевые, отраслевые, принципы институтов) и принципы структуры (публичного и частного, охранительного и регулятивного, материального и процессуального, субъективного и объективного) права. Принципы правообразования, правореализации и охраны права, а также системные и структурные принципы права следует объединять в принципы правового регулирования. Таким образом,

понятием юридического (правового) принципа охватываются как общесоциальные, так и специфические юридические основы.

Следовательно, принципы права – это такие отправные идеи его бытия, которые выражают важнейшие закономерности и основы данного типа государства и права, являются однопорядковыми с сущностью права и образуют его основные черты, отличаются универсальностью, высшей императивностью и общезначимостью, отвечают объективной необходимости построения и укрепления определенного общественного строя. Принципы права направляют и обеспечивают синхронность всего механизма правового регулирования общественных отношений, совершеннее других раскрывают место права в общественной жизни и его развитию. Именно принципы права являются критерием законности и правомерности действия граждан и должностных лиц, административного аппарата и органов юстиции, и при определенных условиях имеют большое значение для роста правосознания населения, его культуры и образования.

Образуя главное содержание права, юридические принципы перебирают на себя все его свойства и функции. А это значит, что: а) они нормативно-регулятивные, всеобщие, обязательные, объективно-обусловленные, исторические и идейно-политические категории; б) их социальной функцией является регулирование и охрана общественных отношений; в) они являются самостоятельной юридической категорией, то есть име-

ют отличающие от других признаки. Так, от юридических норм их отличает императивность и безусловность, концентрированное отображение в них важнейших закономерностей данного общества. Принципы права вносят единообразие во всю систему юридических норм и обеспечивают единство правового регулирования общественных отношений, цементируют все компоненты юридической надстройки. Это их внутривидовая функция.

Принципы права имеют также самостоятельное влияние на общественные отношения. При этом речь идет как о нормах-принципах, так и о принципах-программах, принципах-задачах, которые являются даже самостоятельными законодательными актами. К таким с полной уверенностью можно отнести «Декларацию о государственном суверенитете Украины» от 16 июля в 1990 г. и «Акт провозглашения независимости Украины» от 24 августа в 1991 г. Направляющее влияние этих положений не вызывает сомнений. Однако эти принципы не содержат в себе модели прав и обязанностей, правоотношений, вариантов поведения, а потому можно вести речь о программирующей функции этих принципов права.

Рассматривая вопрос о классификации принципов права, ее критериях и видах, следует отметить, что, во-первых, общеправовые принципы права, которые имеют всеобщий характер, находят свое более конкретное воплощение в принципах каждой отрасли. Во-вторых, основные принципы права получают специфическую

модификацию в отраслях права и в сферах правообразования, правореализации и охраны права. А потому в сфере правообразования может идти речь об относительно автономных принципах правотворчества, а среди них и законотворчества, в правореализации – прежде всего о принципах правоприменения, в охране права – о принципах правосудия, юридической ответственности и т. п. В-третьих, именно основные принципы дифференцируются на общесоциальные и специально-юридические (системные и структурные), а среди общесоциальных достаточно четко выделяются политические, экономические, социальные, идеологические, моральные основы права.

Важно также подчеркнуть, что к общеправовым принципам права не следует относить только те положения, которые прямо сформулированы в Конституции Украины. Следует преодолеть узконормативистское толкование права и формальное понимание его принципов в том смысле, что, продолжая исследовать уже указанную разницу между направляющими идеями правосознания и главными принципами собственно права, необходимо признать, что некоторые общеправовые принципы могут формироваться, совершенствоваться и действовать не будучи до определенного времени четко закрепленными в законодательстве. Они могут функционировать в сфере судебной практики и правовых обычаев (традиций), в сфере комплексов субъективных прав и конкретных (особенно саморегулирующихся) правоотношений, ко-

торые складываются, то есть быть преимущественно общесоциальными, общеправовыми принципами права. Конечно, оптимальный вариант видится в полном закреплении главных источников в конституционном законодательстве, которое придает им стабильности и универсальности, но нельзя забывать и обо всем изложенном выше.

Хотелось бы также подчеркнуть, что выделение структурных принципов и в целом новый теоретический взгляд на принципы права стал возможным в результате объединения таких компонентов, как положение общей теории систем, идея механизма правового регулирования, но не как категории, которая охватывает все правовые явления, а как механизма жизни права в общественных отношениях и концепции о двойной природе права, которая видится в утверждении о том, что право, с одной стороны, является элементом надстройки (информационной подсистемой), а с другой – элементом, средством, которое образуется из объективного права в процессе урегулирования конкретного варианта поведения.

Таким образом, принципы права должны рассматриваться не только как основополагающие идеи, руководящие принципы права, а как отображение в праве главных связей, которые реально существуют в правовой системе. С другой стороны, принципы остались практически единственным информационным компонентом системы права, относительно которого нет попыток найти онтологический аналог в правовой действительности.

Хотя, если опять-таки рассматривать принципы как явления, от которых зависят все другие отношения внутри системы, то неизменно приходишь к выводу о существовании у принципов права объективной основы в виде принципов-отношений.

Это подтверждается тем, что все сформулированные на данное время принципы права (за исключением фиктивных) можно отнести к принципам-связям, то есть у каждого правового принципа есть принцип-отношение, на котором он базируется. Так, отраслевые принципы основываются на трех группах правовых связей: во-первых, связей, которые существуют в предмете отрасли; во-вторых, связей, которые существуют в методе отрасли; в-третьих, связей в механизме отраслевой правовой регуляции, то есть между средствами правового влияния на предмет. Хотя при их анализе и выделении все эти связи будто сливаются. Например, важной структурной связью в механизме правового регулирования является правовая связь между субъектами, то есть правовые отношения. В то же время предмет отрасли пронизывает именно правовая структура, то есть система правовых отношений. Такой является диалектика соотношения правовой системы и структуры.

Отсюда можно утверждать, что в праве необходимо выделять принципы, которые право содержит как отображение объективно существующих связей в правовом регулировании общественных отношений (принципы системы) и принципы, свойственные структурной организации

системы права. В этом случае речь идет уже о связи между его важнейшими частями – публичным и частным, материальным и процессуальным правом, отдельными отраслями права и т. п. Здесь несомненная взаимосвязь принципов структурной организации права и принципов, которые право получает, как регулятор общественных отношений. Обусловленность последних принципами-связями между всеми правовыми средствами и связями в предмете и методе отдельной отрасли создает определенную цепь закономерностей, которые выступают объективной основой построения и совершенствования системы и структуры законодательства.

Следовательно, исходя именно из этого можно утверждать реальность существования общесоциальных и юридических, публичных и частных, охранительных и регулятивных, материальных и процессуальных, объективных и субъективных принципов, а в соответствии с этим и отраслей права.

К общесоциальному праву относят совокупность наиболее понятных, общезначимых принципов, которые формируются гражданским обществом, возникают стихийно на основе непосредственного взаимодействия субъектов в пределах правообразования. Производным от него является право юридическое, которое рассматривается как совокупность общеобязательных, формально-определенных норм и принципов, материально выраженных в нормативно-правовых актах. Именно последнее и может быть дифференцировано на публич-

ные и частные, охранительные и регулятивные, материальные и процессуальные отрасли права, а в соответствии с этим и законодательства.

Исходя из этого можно утверждать, что следует выделять: 1) принципы правосознания; 2) принципы правообразования; 3) принципы правотворчества, а среди них законотворчества и нормотворчества; 4) принципы системы права: а) общеправовые (основные); б) межотраслевые; в) отраслевые; г) принципы институтов права; 5) принципы структуры права: а) общесоциального и юридического; б) публичного и частного; в) регулятивного и охранительного; г) материального и процессуального; д) объективного и субъективного; б) принципы правореализации, а среди них принципы правоприменения; 7) принципы правоохраны, а среди них, особенно, принципы правосудия и юридической ответственности. Принципы системы и структуры права, которые преобразуются в принципы правообразования, правореализации и охраны права, можно назвать принципами правового регулирования, признавая при этом особенную роль общеправовых (основных) принципов.

Исследуя роль и место принципов права в правовой системе Украины, стоит в первую очередь отметить, что в соответствии с законами системного подхода под правовой системой необходимо понимать совокупность всех взаимосвязанных материальных и нематериальных, объективных и субъективных, статических и динамических правовых явлений, которые функционируют в обществе относи-

тельно создания, реализации и охраны права. То есть правовая система – это чрезвычайно широкое понятие, которое охватывает ее взаимодействие с другими общественными системами (политической, экономической, духовной), – внешнесистемный подход, процесс создания, реализации и охраны права в деятельности государственных и негосударственных органов и организаций (институциональная сторона), материю права (органическая сторона), процесс влияния права, на общественные отношения (функциональная сторона), отношение общества, коллективов людей и отдельных личностей к праву (идеологическая сторона), связи, которые объединяют ее стороны и делают систему единым целым (коммуникативная сторона), – внутрисистемный подход.

Внешнесистемный подход к правовой системе предопределяет существование и необходимость выделения в ней таких ее сторон, как: 1) цели и интересы, которые преследуются построением и функционированием правовой системы. Они могут быть основополагающими и ситуативными, первичными и вторичными и т. п.; 2) материальную базу, охватывающую все средства, которые тратятся на надлежащее содержание определенных структур, органов и организаций правовой системы; 3) нормативную основу, под которой следует понимать всю совокупность международных и отечественных нормативно-правовых актов, юридических традиций, юридического наследия; 4) духовную основу, как подсистему наиболее общих отправных идей, положений,

принципов; 5) организационную структуру, включающую всю совокупность государственных и негосударственных органов и организаций, которые функционируют для создания, реализации и охраны права.

Внутрисистемный подход к правовой системе обуславливает существование таких ее сторон: 1) институциональной – включает всю совокупность государственных и негосударственных только юридических органов и организаций, которые функционируют для создания, реализации и охраны права; 2) органической – то есть нормы и принципы, которые образуют собственно право, а также правовые традиции и обычаи, мораль и эстетику правовой жизни; 3) функциональной – это процесс и процедура создания, действия и охраны права. Сюда необходимо относить правотворчество, правовые отношения, правореализацию и охрану права; 4) идеологической, под которой понимают отношение общества к праву, отражающееся в правовых взглядах, сознании и культуре; 5) коммуникативной – это связи, которые объединяют ее стороны и делают систему единым целым.

Названные стороны правовой системы выступают ее подсистемами и являются разноуровневыми относительно их объема и роли в правовой системе, а потому следует сразу же обратить внимание на то, что и действия, и мероприятия по их реформированию могут быть разными по своему объему, мерилу и значению, но полноценно совершенствовать любую систему можно только улучшая все ее подсистемы и составляющие элементы.

Упомянутые подсистемы и элементы правовой системы объединены ее принципами, которые в ней выступают главными структурными связями. Принципы в правовой системе выполняют функцию системообразующего фактора. Именно они вместе с нормами права занимают в ней центральное место, обеспечивая взаимодействие между правовой системой в целом и ее сторонами, а также взаимодействие между правовой системой и другими социальными системами. Они пронизывают внутреннюю структуру правовой системы, составляют ее главное содержание, а потому приобретают высшую императивность и общезначимость.

При этом совсем не обязательно, чтобы принципы правовой системы всегда закреплялись в законах или других нормативных актах. Аккумулируя самые главные сущностные закономерности права, принципы могут и не иметь языкового выражения в правовых нормах, при этом определяя направления и характер правотворческой или правоприменительной деятельности и даже развитие правовой системы в целом.

В свою очередь, правовая система воплощает в принципах и нормах, во-первых, общие социально-исторические закономерности, которые отвечают существующему общественному строю в целом; во-вторых, свои внутренние закономерности как специфического социального явления; в-третьих, закономерные связи первых со вторыми. Именно поэтому взаимодействие между сторонами и отдельными элементами правовой си-

стемы намного более крепкое, более стабильное, чем между сторонами и элементами других социальных систем. Этот вывод имеет особенное значение относительно современного Украинского государства в связи с построением в нем правового государства и гражданского общества. Обеспечение взаимосогласованности сторон и элементов его правовой системы становится чуть ли не самым главным заданием нашего государства в области права. Во всяком случае, сбалансированность, консолидированность и взаимодействие сторон и компонентов правовой системы являются одними из главных условий ее эффективности.

В то же время следует признать, что некоторые внешние и внутренние противоречия в правовой системе являются объективными. Они присущи любой правовой системе. Это, например, противоречие между юридическими нормами, как одинаковым мерилом поведения, которое применяется к людям, и индивидуальными особенностями этих людей, а также тех ситуаций, в которые они попадают. Противоречие существует между объективным и субъективным в праве; тенденцией к унификации правовых норм и необходимостью учета разного уровня особенностей (например, отраслевых, общегосударственных, местных); постоянной тенденцией к дифференциации законодательства и его интеграцией.

Отсюда можно утверждать, что принципы правовой системы, в том числе и в Украине – это объективно обусловленные ее истоки, в соответствии с которыми она развивается

и которые лежат в основе ее системности. Это элементы правовой системы, которые имеют наиболее общее содержание, фиксируют важнейшие направления и способы ее действия. Они в наибольшей мере соединяются с объективными законами развития общества, с общими принципами организации и функционирования общественных отношений. Диалектическое единство принципов правовой системы с принципами других социальных систем общества – экономическими, политическими, моральными, религиозными – позволяет утверждать, во-первых, о тесной взаимосвязи этих систем и во-вторых, о взаимном, но, безусловно, не абсолютном опосредствовании сторон и отдельных элементов – в целом и принципов – в частности в этих системах.

Такой диалектикой, кстати, определяется динамика принципов правовой системы. Они существуют, действуют, развиваются не сами по себе, а в совокупности с общественными отношениями. Изменение последних всегда вызывает необходимость их пересмотра, но в то же время принципы правовой системы в наибольшей мере связывают новый ее вариант с предыдущим.

Таким образом, можно утверждать, что к принципам правовой системы, в том числе и правовой системы Украины, можно относить все вышперечисленные принципы. Если рассмотреть их в соответствии со сформулированной теорией правовой системы, то следует подчеркнуть, что они относятся к ее разным сторонам

и состоят из всех известных юридических принципов.

Конструктивный аспект принципа системного подхода к правовой системе должен быть использован, в первую очередь, для того, чтобы в соответствии с теоретической моделью правовой системы отработать концепцию правовой реформы в Украине.

По моему мнению, будущая Концепция правовой реформы в Украине должна состоять из трех разделов. В первом разделе, который можно было бы назвать «Общие положения», следует обосновать актуальность, понятие, цель, направления, методологические подходы ее исследования и разработки. Здесь следует указать, что с принятием Конституции Украины возник правовой фундамент, который дает возможность реформировать государство и общество на демократической, долгосрочной, планомерной основе. Составной частью такого реформирования является правовая реформа, для осуществления которой Конституция Украины должна стать основой. Задание заключается в том, чтобы четко определить цель, направления, подходы, методологию этой правовой реформы.

Во втором разделе, который можно было бы назвать «Внешнесистемные принципы осуществления правовой реформы», необходимо отметить то, что он означает, что Концепция разрабатывается, а правовая реформа осуществляется с четким пониманием функционирования правовой системы в тесной связи с другими социальными системами (политической, эконо-

мической, духовной). Так, материальная база правовой системы создается экономической системой, ее цель и институции, которым надлежит ею заниматься, определяются политической системой, а принципы – культурой, духовной жизнью общества.

В третьем разделе, который целесообразно назвать «Внутрисистемные принципы осуществления правовой реформы», необходимо указать, что последний освещает структуру правовой системы, а потому обеспечивает комплексное реформирование подсистем (составных элементов) правовой системы. Ведь любая система – это целое, состоящее из частей, взаимодействие которых обеспечивает новое качество.

К внутрисистемным главным направлениям реформирования отечественной правовой системы следует отнести ее институционную, организационную, функциональную, идеологическую и коммуникативную стороны.

В заключение хотелось бы заметить, что реформирование права в со-

ответствии с понятием правовой системы, является чрезвычайно важным и длительным процессом, но в его пользу свидетельствуют его системность и комплексность. Ведь даже на уровне здравого смысла понятно, что эта реформа должна включать реформирование государственно- и негосударственно-правовых институтов, систему и структуру права и законодательства, процесс его возникновения, действия и охраны, общественную оценку и отношение к нему. Правовая реформа и ее Концепция должны охватить наибольший круг правовых явлений, только при таком условии она будет способна обеспечить построение правового государства и гражданского общества в Украине.

Опубликовано: Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. Т. 1 : Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины. – Х. : Право, 2011. – С. 802–818.

В. Лемак, член-корреспондент НАПрН Украины, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Ужгородского национального университета

Форма правления в Украине: проблемы идентификации

Теоретические замечания. Форма правления в рамках континентальной (романо-германской) правовой системы выступает одной из основных понятийных характеристик современного государства. При этом следует признать, что, несмотря на некоторое количество исследований, уровень разработки этого понятия в украинской правовой науке остается явно недостаточным.

Когда говорят о форме государственного правления, речь идет, как нам кажется, об определенной плоскости теоретико-правового анализа современного государства, в котором акцентируется внимание на системе институционально-правовых отношений в сфере формирования, организации и осуществления высшей публичной власти в обществе.

Действительно, форма правления касается властных отношений «высшего» уровня, то есть речь идет о «национальном правительстве» (в широком понимании), другими словами – о публичной власти, организованной на на-

циональном уровне. В институциональном аспекте она отражает прежде всего совокупность властных институтов – органов государственной власти (глава государства, правительство, парламент). В специальных исследованиях справедливо отмечается, что форма государственного правления – «это отображенный в Основном Законе способ организации государственной власти, удостоверяющий особенности компетенционных взаимосвязей между высшими органами государства, прежде всего теми, которые соотносены с законодательной и исполнительной властью»¹.

Вместе с тем в организации власти собственное место занимают не только органы публичной власти, но и другие субъекты политической системы (коалиция депутатских фракций в парламенте, например). В динамическом аспекте данное понятие отражает систему отношений, субъектами которых высту-

¹ Шаповал В. М. Форма держави в конституційному праві / В. М. Шаповал // Вісн. Конституц. Суду України. – 2003. – № 2. – С. 49.

пают названные институты, причем данные отношения имеют политико-правовой характер. Последнее означает, что их содержание (права и обязанности субъектов) определяются как источниками права (конституциями, законами), так и политическими документами (соглашениями между политическими субъектами, их программами и т. п.). Причем понятием формы правления охватываются не только «образцы отношений», но и собственно реальные общественные отношения, которые отображаются в практическом взаимодействии между высшими органами государственной власти.

Необходимо при этом отметить, что форма правления выявляет взаимосвязь между соответствующими правоотношениями с участием названных выше субъектов и результатами политического процесса (например, результатами выборов или изменением расстановки политических сил в парламенте). В этом аспекте следует согласиться, что форма правления в Украине была существенно скорректирована по результатам выборов Президента 2010 г. и последующей консолидации политических сил в Верховной Раде, даже без учета следующих конституционных изменений, имевших место 30 сентября 2010 г. в связи с решением Конституционного Суда¹. Этому же учит и опыт

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Офіц. вісн. України. – 2010. – 1 жовт. (№ 72/1). Спец. вип. – 2010. – № 77. – С. 7. – Ст. 2597.

других стран. Так, например, после января 2004 г. форма правления в Российской Федерации была существенно скорректирована в результате победы в ходе выборов в Государственную думу политической силы «Единая Россия», которая более чем на две трети сформировала нижнюю палату парламента. Изменение баланса сил между президентом и парламентом в этой стране свидетельствовало не только об организационных передвижениях внутри парламента, но и о «масштабных сдвигах в институциональном пространстве, где функционируют президент и парламента», при этом, действительно, «эти процедуры не являются результатом изменения самой Конституции или базовых парламентских процедур»². Указанные изменения стали следствием именно политического процесса.

Кроме того, форма государственного правления отражает один из главных механизмов решения общественных конфликтов в целом и особенно – противостояний между субъектами публично-правовых отношений. Уровень эффективности формы правления влияет на ее способность нейтрализовать такие противостояния, предоставляя им характер «конституционно-правовых споров»³.

² Ремингтон Т. Федеральное Собрание Российской Федерации (1994–2004) / Томас Ремингтон // Сравнит. конституц. обозрение. – 2005. – № 4 (53). – С. 40–41.

³ Див. : Брежнев О. Конституционно-правовые споры как явления современной действительности (генезис, содержание, порядок разрешения) / О. Брежнев // Сравнит. конституц. обозрение. – 2005. – № 4 (53). – С. 3–4.

Иными словами, форма государственного правления призвана создать механизм перевода возможных (и вероятных) политических конфликтов в русло «правового спора», который решается на основании и по процедурам, предусмотренным правовыми нормами.

Наконец, форма государственного правления, отражая организацию высших органов публичной власти, по сути, очерчивает механизм легитимации публичной власти в обществе. Дело в том, что объем этой категории включает средства и способы получения (подтверждения) полномочий органами публичной власти, с одной стороны, а с другой стороны, указывает на механизм осуществления народного суверенитета (народовластия) в обществе, в том числе средства обеспечения его верховенства (в демократических государствах).

Другими словами, форма государственного правления в значительной мере отвечает на вопрос: каким образом общество легитимирует публичную власть? На этот аспект уже обращено внимание в специальной литературе, в частности, аргументируется, что способ формирования высших государственных органов отражает степень участия граждан (или подданных) в их образовании (наследовании, избрании, назначении) и указывает на способы легитимации государственной власти и ее основания¹. При этом следует понимать во-

¹ Протасова В. Є. Парламентсько-президентська республіка : сутність, особливості, різновиди : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – С. 8.

площенную в форме государственного правления легитимность в двух видах: как исходящую и как итоговую. Разделение легитимности на исходящую и итоговую разрабатывалось в последние годы Ф. Шрафтом. Исходящая легитимность, которая проявляется в момент конституирования формы государственного правления (например, через одобрение новой конституции), основана на народном суверенитете, правлении большинства и непосредственном участии граждан в управлении делами государства, их привлечении к принятию решений на государственном уровне, а итоговая – связана с принципами разделения властей и верховенства права, которые выступают гарантией от посягательств на свободу и превышения властных полномочий, и измеряется эффективностью и результативностью власти². Необходимо согласиться, что отказ от суверенитета народа является неприемлемым, даже если решение об этом принимается с помощью демократических и квазизаконных процедур³.

Подчеркнем в этой связи, что создание (корректировка) системы публичной власти в современном государстве за пределами механизмов реализации народом учредительной власти (прямо или косвенно) уже само по себе непосредственно касается

² Танчев Е. Вино и мехи, или легитимация Европейского Союза путем принятия писаной конституции / Е. Танчев // Сравнит. конституц. обозрение. – 2005. – № 1 (50). – С. 131.

³ Петришин О. Народовладдя – основа демократичної, правової, соціальної держави / О. Петришин // Право України. – 2009. – № 6. – С. 8.

природы не только государственного режима, но и формы правления.

Изложенное позволяет приступить к теоретическому анализу соответствующего эмпирико-правового материала в Украине, который позволил бы ответить на вопрос: «какая форма государственного правления функционирует в современной Украине?». Отметим, что подобная проблема идентификации существует и в других государствах – например, в Российской Федерации, где даже в диссертационных исследованиях ее определяют и как «суперпрезидентскую республику», и как «президентскую республику» или даже как «смешанную республику». Поэтому обоснованный анализ требует предварительного выяснения критериев такой идентификации, четкого определения эмпирической базы, подлежащей учету, а также опыт идентификации формы правления в других странах. Название формы правления как результат ее идентификации не является «игрой слов» или даже конституционных определений – отдельные авторы сожалеют по поводу того, что Основной Закон не назвал модификации формы правления в Украине, ограничившись определением государства как «республики» (часть первая статьи 5). Если бы даже Конституция прямо указала на некую разновидность республиканского правления (как в некоторых странах), то и в таком случае это не устранило бы научной проблемы ее идентификации.

Если говорить о критериях идентификации форм государственного правления, то речь идет об определен-

ных признаках организации публичной власти, ее институционально-правовых характеристиках, которые выражаются в: 1) правовых нормах и принципах, определяющих статус органов публичной власти, закрепленных преимущественно в Конституции Украины, других законодательных актах; 2) государственно-властных институтах (структурах), их специфике, организационной форме; 3) стиле деятельности органов публичной власти, которые отражают, в свою очередь, уровень и качество их взаимодействия, эффективность деятельности как отдельных органов публичной власти, их систем (ветвей власти), так и властной модели (формы правления) в целом.

Конкретизируя указанные характеристики, считаем, что институционально-правовые характеристики публичной власти (правовые нормы + институты + стиль деятельности) с целью идентификации формы правления необходимо приложить к следующим показателям: 1) степень и способ участия народа в создании формы правления (роль народа как суверена) и в осуществлении власти, формировании органов государственной власти и осуществления контроля за ними (роль народа как субъекта властных отношений); 2) конституционные позиции главы государства, в том числе его институциональная форма и степень участия в осуществлении исполнительной и законодательной власти; 3) способ получения полномочий главой государства; 4) способ формирования правительства; 5) роль правительства и отдель-

но главы правительства в формировании и осуществлении государственной политики; 6) порядок и характер ответственности правительства; 7) соответствие реальных властных центров модели, закрепленной конституцией и законами.

В связи с двукратным изменением формы правления в Украине за последние пять лет проблема ее идентификации стала еще более актуальной. Сначала, после одобрения Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины» от 8 декабря 2004 г., большая часть которого вступила в силу с 1 января 2006 г.¹, распространенными стали утверждения о «переходе от президентско-парламентской к парламентско-президентской республике». После 30 сентября 2010 г. в связи с восстановлением силы первичной редакции Конституции Украины, принятой 28 июня 1996 г., стали выдвигаться оценки относительно возвращения к «президентско-парламентской республике» – в этом, к сожалению, проявилась единодушие как субъектов политического процесса, так и специалистов. Правда, такие понятийные суждения не подтверждаются как эмпирическим материалом, так и по результатам элементарного сравнения с классическими смешанными республиками. При этом следует заметить, что в континентальной Европе царят парламентские формы правления (парламентские республики и монархии), однако все же функционируют несколько смешанных республик, в том числе Французская

¹ Конституція України // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Республика (ее модель считается «классической»), Польская Республика и Румыния.

Анализ признаков (с последующей идентификацией) формы правления в Украине предлагаем осуществить на двух уровнях: а) на уровне конституционной модели; б) на уровне эмпирически-правовой реальности (законов, состояния законности и т. д.).

Формирование конституционной модели современной формы государственного правления в Украине началось со вступлением в силу Конституции 28 июня 1996 г., реализацией ее норм и образованием предусмотренных ею органов государственной власти. Позже отдельные элементы этой модели корректировались решениями Конституционного Суда. По состоянию на первую половину 2011 г. имеется возможность выделения следующих институционально-правовых характеристик формы государственного правления в Украине.

1. *Исключительно сильные конституционные позиции Президента Украины.* Кроме того, что Президент Украины избирается путем прямых выборов, такая характеристика конституционного статуса главы государства проявляется в разных плоскостях.

Первое. Президент определяется «гарантом государственного суверенитета, территориальной целостности Украины, соблюдения Конституции Украины, прав и свобод человека и гражданина» (часть вторая статьи 102 Конституции). Следует согласиться, что «гарант соблюдения Конституции» – это не только общая фраза,

которая закреплена конституционной нормой. Определение Президента гарантом по отдельным сферам государственной деятельности указывает на такие специфические функции, которые «аккумулируют» содержание его полномочий¹.

Настолько расширенная формулировка позиций Президента как «гаранта» позволяет ему принимать меры по обеспечению «соблюдения Конституции Украины», самостоятельно при этом определять признаки ситуации, в которой нарушено (реально или мнимо) нормальное функционирование институтов конституционной системы. Осуществляя свою роль «гаранта соблюдения Конституции Украины» на практике, глава государства выбирает средства, направленные на прекращение неконституционной ситуации, возвращение политического процесса в конституционные рамки.

Для сравнения: в отличие от Конституции Украины, в статье 16 Конституции Французской Республики конкретизируются основания, цели и процедуры реализации президентом функций «гаранта» конституционного правопорядка следующим образом: «Когда институты Республики, независимость нации, целостность ее территории или выполнение ее международных обязательств оказываются под серьезной и непосредственной угрозой, а нормальное функционирование конституционных государственных

властей прекращено, Президент Республики принимает меры, диктуемые этими обстоятельствами, после официальной консультации с премьер-министром, председателями палат, а также с Конституционным советом». Формулируются также цели «принятия таких мер»: «Эти меры должны быть продиктованы стремлением обеспечить в кратчайшие сроки конституционным государственным властям средства для выполнения их задач». То есть, если во Франции для «гарантирования» конституции, хотя и в более узком диапазоне, действия президента четко ограничены конституционными средствами, то для Президента Украины они не предусмотрены Основным Законом. Подчеркнем, главы государств в других европейских стран обычно не наделены подобной конституционно закрепленной ролью, чаще всего «гарантом» Конституции определяются судебные органы (как правило, конституционные суды).

Второе. Конституция предусматривает высокий уровень участия Президента в осуществлении исполнительной власти. Хотя Президент Украины не «председательствует» на заседании правительства, как президент Французской Республики, однако арсенал его средств организационного и правового воздействия на Правительство и другие органы исполнительной власти существенно выше. Речь идет о следующих полномочиях главы государства: а) он играет доминирующую роль в процессе формирования Кабинета Министров Украины, которую необходимо также рассма-

¹ Білак (Тесленко) М. Президент України як гарант Конституції України / М. Білак (Тесленко) // Право України. – 2007. – № 11. – С. 11.

тривать в контексте полномочия Президента принять решение об отставке Премьер-министра (часть вторая и третья статьи 114 Конституции); б) назначает членов Кабинета Министров Украины, руководителей других центральных органов исполнительной власти, а также председателей местных государственных администраций и прекращает их полномочия на этих должностях, хотя и по «представлению Премьер-министра Украины» (пункт 10 части первой статьи 106); в) издает указы, которые являются «обязательными к выполнению на территории Украины», в том числе которыми «руководствуется в своей деятельности» Правительство и другие органы исполнительной власти (часть третья статьи 106, часть третья статьи 113); г) отменяет решения Правительства во внесудебном порядке (пункт 16 части первой статьи 106); д) осуществляет непосредственное руководство в сфере обороны, национальной безопасности и внешней политики; э) образует, реорганизует и ликвидирует министерства и другие центральные органы исполнительной власти (также по представлению Премьер-министра Украины), действуя в пределах средств, предусмотренных на содержание органов исполнительной власти (пункт 15 части первой статьи 106 Конституции).

Названные полномочия Президента в сфере исполнительной власти с большой натяжкой позволяют говорить о «дуалистическом» (двойственном) характере исполнительной власти, что вообще характерно для смешанной республики.

Третье. Президент наделен конституционными средствами влияния на судебную и правоохранительную систему. Он не только делает «первое назначение на должность профессионального судьи сроком на пять лет» (статья 128), но и «создает суды в определенном законом порядке» (статья 106). Согласно статье 126 Конституции судьи, назначенные впервые Президентом, и освобождаются от должности им же по довольно нечетким конституционным основаниям, среди которых – «нарушение судьей присяги». При этом определение «нарушение присяги судьей» согласно статье 32 Закона «О Высшем совете юстиции» действительно является «нечетким и абстрактным, имеет значительный массив неопределенных понятий»¹.

Кроме того, Президент в соответствии со статьей 122 Конституции назначает с согласия Верховной Рады Украины и освобождает самостоятельно (без согласия Парламента) Генерального прокурора, который возглавляет прокуратуру, составляющую, в свою очередь, «единую», жестко централизованную систему.

Отмеченное необходимо дополнить указанием на объем неприкосновенности главы государства. Конституционный Суд в решении от 10 декабря 2003 № 19-рп по делу о неприкосновенности и импичмента установил, что «право неприкосновенности Прези-

¹ Тищенко О. Проблеми правового регулювання припинення трудових відносин із державними службовцями на підставі порушення присяги / О. Тищенко // Право України. – 2011. – № 1. – С. 225.

дента не может быть отменено, приостановлено или ограничено путем возбуждения против него уголовного дела и преследования в порядке уголовного судопроизводства», а также то, что «корректировка содержания этого права невозможна без внесения соответствующих изменений в Конституцию»¹. Иными словами, если для членов Парламента право неприкосновенности означает особую процедуру их привлечения к юридической ответственности, то для главы государства оно невозможно в принципе (право абсолютного иммунитета) на период пребывания его в должности.

Другие характеристики организации публичной власти в Украине фактически подчеркивают исключительно высокую роль института президента в конституционной системе власти.

II. *В формировании Кабинета Министров Украины принимают участие и Президент, и Верховная Рада Украины, однако роль Президента в этом процессе является доминирующей.* Части вторая и третья статьи 114 Конституции определяют, что «Премьер-министр Украины назначается Президентом Украины с согласия более половины от конституционного состава Верховной Рады Украины», а «персональный состав Кабинета Министров Украины назначается Президентом Украины по представлению Премьер-министра Украины». С одной стороны, из изложенного

проявляется, что парламент «дает согласие» на назначение только кандидатуры Премьер-министра Украины, однако и эту норму необходимо понимать во взаимосвязи с нормой, установленной пунктом 9 части первой статьи 106 Конституции, которая предусматривает дискреционное полномочие Президента – «прекращает полномочия Премьер-министра Украины и принимает решение о его отставке». Такой подход конституциедателя исключает гипотетическую возможность для депутатского большинства консолидироваться вокруг кандидатуры Премьер-министра. Изложенное, кроме того, не предусматривает учет Президентом конфигурации политических сил в парламенте по результатам последних парламентских выборов, как это принято в европейских государствах. Поэтому формат политической структуризации парламента не находит своего проявления в персональном составе правительства. Последнее имеет и обратный эффект, так как не стимулирует парламентские силы к формированию более или менее стабильного большинства с участием партийных фракций. Обычно депутатское большинство формируется в формате поддержки (или оппонирования) Президенту. Подчеркнем и тот факт, что упомянутая конституционная процедура формирования Правительства не предусматривает получение поддержки (легитимации) со стороны парламента: а) для всего его состава (согласие на назначение Премьер-министра предоставляется без учета такого состава); б) для Программы деятельности Правительства. Хотя

¹ Рішення Конституційного Суду України від 10 грудня 2003 р. № 19-рп у справі щодо недоторканності та імпідменту // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 51, т. 1. – Ст. 2704.

такая программа упоминается в нескольких нормах Конституции, необходимо уточнить – ее одобрение со стороны парламента не является необходимым условием для начала деятельности вновь сформированного Кабинета Министров Украины. Практика показывает, что большинство составов правительств в Украине после вступления в силу Конституции Украины осуществляло деятельность вообще без одобренной парламентом программы.

Говоря о назначении других членов Правительства (министров), отметим, что даже «представление Премьер-министра» не является обязательным для Президента. Согласно части шестой статьи 9 Закона Украины «О Кабинете Министров Украины» установлено: «По результатам рассмотрения представления Премьер-министра Украины Президент Украины принимает решение о назначении внесенных кандидатур на должности членов Кабинета Министров Украины или поручает Премьер-министру Украины внести новое представление относительно персонального состава Кабинета Министров Украины или по кандидатурам на отдельные должности членов Кабинета Министров Украины. Новое представление вносится Премьер-министром Украины в определенный Президентом Украины срок с соблюдением требований, предусмотренных настоящей статьей»¹.

III. *Слабая конституционная модель Кабинета Министров Украины.*

¹ Про Кабінет Міністрів України : Закон України // Офіц. вісн. України. – 2010. – 25 жовт. (№ 79). – С. 8. – Ст. 2792.

Конституционно Кабинет Министров Украины определяется как «высший орган в системе органов исполнительной власти» (часть первая статьи 113). Однако в действительности такая роль Правительства не подтверждается даже при анализе конституционных норм, определяющих его статус.

Начать следует с анализа первого конституционного полномочия Правительства, которое предусматривает, что он «обеспечивает государственный суверенитет и экономическую самостоятельность Украины, осуществление внутренней и внешней политики государства, исполнение Конституции и законов Украины, актов Президента Украины» (пункт 1 части первой статьи 116 Конституции Украины). Кабинет Министров Украины, следовательно, осуществляет внутреннюю и внешнюю политику государства, обеспечивая выполнение при этом не только законов, но и актов Президента Украины. Обязательность актов Президента Украины для Правительства подчеркивается и другой конституционной нормой – часть третья статьи 113 Конституции четко установила: «Кабинет Министров Украины в своей деятельности руководствуется настоящей Конституцией и законами Украины, а также указами Президента Украины и постановлениями Верховной Рады Украины, принятыми в соответствии с Конституцией и законами Украины».

При этом конституционные рамки полномочий Президента не ограничивают влияние его актов на Правительство, так как в сфере исполнительной власти полномочия этих

органов государственной власти нередко имеют конкурентный характер. Дело в том, что, по существу, в соответствии с Конституцией Президент является «гарантом» или «осуществляет руководство» в той управленческой сфере и в тех вопросах, которые Правительство практически «обеспечивает» или по которым «осуществляет меры». Это касается и государственного суверенитета, и национальной безопасности, и обороны, и соблюдения прав и свобод граждан и внешнеполитической деятельности государства. Поэтому конституционная норма о «руководстве» Правительством в своей деятельности указами Президента предоставляет главе государства безусловный приоритет во всех сферах «конкурентной компетенции».

Вследствие этого своими указами Президент имеет возможность направлять деятельность Правительства. Нормотворческая деятельность Кабинета Министров Украины контролируется Президентом еще в одной форме – в соответствии с пунктом 16 части первой статьи 106 Конституции глава государства «отменяет акты Кабинета Министров Украины и акты Совета министров Автономной Республики Крым». Подчеркнем, Президент наделен полномочиями отменять акты Правительства дискреционно, т. е. не только по мотивам их незаконности, но также по мотивам политической целесообразности. Более того, согласно части второй статьи 2 Закона «О Кабинете Министров Украины»: «Кабинет Министров Украины по инициативе Президента Украины или по собственной инициативе

осуществляет подготовку проектов актов Президента Украины, вносит их на рассмотрение Президенту Украины, обеспечивает выполнение выданных Президентом Украины актов, предоставленных Президентом Украины поручений, реализацию программ Президента Украины»¹. Иными словами, для Правительства обязательны не только акты, но также и «поручения» Президента.

Несоответствие статуса Правительства его конституционной роли «высшего органа в системе органов исполнительной власти» выявляется еще в одном – в его «ответственности» перед Президентом (часть вторая статьи 113 Конституции). Такая ответственность не является символической и подкрепляется уже упомянутым полномочием Президента принимать решение об отставке Премьер-министра, что влечет за собой отставку всего состава Правительства. Часть шестая статьи 115 Конституции по этому поводу указывает: «Премьер-министр Украины обязан подать Президенту Украины заявление об отставке Кабинета Министров Украины по решению Президента Украины или в связи с принятием Верховной Радой Украины резолюции недоверия». Подчеркнем, ни в одном европейском государстве со смешанной формой республики правительство не является ответственным перед президентом в таком объеме.

Хотя часть вторая статьи 113 Конституции устанавливает, что «Каби-

¹ Про Кабінет Міністрів України : Закон України // Офіц. вісн. України. – 2010. – 25 жовт. (№ 79). – С. 8. – Ст. 2792.

нет Министров Украины ответственен перед Президентом Украины и подконтролен и подотчетен Верховной Раде Украины в пределах, предусмотренных в статьях 85, 87 Конституции Украины», в целом из содержания Конституции вытекает, что Кабинет Министров Украина ответственен перед двумя субъектами: и Президентом и Верховной Радой, так как последняя наделена полномочием принять «резолюцию недоверия» Правительства (часть первая статьи 87 Конституции).

Правительство, кроме того, лишено права неотложной законодательной инициативы (такое право принадлежит Президенту) и в области создания законов ведет себя слишком «скромно» – в течение, например, седьмой сессии Верховной Рады Украины VI созыва из общего количества 1003 зарегистрированных законопроектов, Правительство выступало инициатором лишь 174. Такая практика не отвечает европейскому пониманию роли правительства. В государствах Европейского Союза правительства ведут активную законопроектную работу, отталкиваясь от понимания того, что ни одну значимую общественную проблему невозможно решить на уровне подзаконных актов.

Подчиненное Президенту положение Правительства проявляется и в других моментах. Так, например, согласно части первой статьи 10 Закона Украины «О Кабинете Министров Украины» предусмотрено, что «Программа деятельности Кабинета Министров Украины базируется на предвыборной программе Президента

Украины»¹. Эти положения Закона Украины логически не согласуются с нормами Конституции, которые предусматривают одобрения правительственной программы Парламентом.

Подытоживая, отметим, что во Франции президент также обладает значительным организационным влиянием на правительство, однако последнее не является ему ответственным и он не вправе произвольно отменять его акты. Согласно статье 20 Конституции Французской Республики правительство «определяет и проводит политику Нации», «распоряжается администрацией и вооруженными силами», и «несет ответственность перед Парламентом»².

Исходя из этого, авторитетный украинский ученый В. Аверьянов отмечал, что «самая главная проблема в разграничении полномочий между Президентом и Правительством заключается в недопущении необоснованного расширения дискреционных (т. е. осуществляемых по свободному усмотрению) полномочий главы государства, что может угрожать, в итоге, потерей должной самостоятельности и действенности правительства как «высшего органа в системе органов исполнительной власти»³.

¹ Про Кабінет Міністрів України : Закон України // Офіц. вісн. України. – 2010. – 25 жовт. (№ 79). – С. 8. – Ст. 2792.

² Конституция Французской Республики // Конституции зарубежных стран / сост. В. В. Маклаков. – Перераб. и доп. – М., 2002. – С. 37.

³ Авер'янов В. Організація виконавчої влади : необхідність усунення внутрішніх суперечностей / В. Авер'янов // Право України. – 2009. – № 5. – С. 33.

Отдельно хочется отметить конституционный статус Премьер-министра Украины. Части четвертая и пятая статьи 114 Конституции определяют, что «Премьер-министр Украины руководит работой Кабинета Министров Украины, направляет ее на выполнение Программы деятельности Кабинета Министров Украины, одобренной Верховной Радой Украины», а также то, что он «входит с представлением к Президенту Украины о создании, реорганизации и ликвидации министерств, других центральных органов исполнительной власти в пределах средств, предусмотренных Государственным бюджетом Украины на содержание этих органов». Часть вторая статьи 117 устанавливает, кроме того, подписание им актов Правительства. Других конституционных функций руководитель Правительства в Украине не имеет. Отсюда возможно утверждение: Премьер-министр Украины конституционно ограничен в полномочиях по сравнению с французским премьером, который «обеспечивает выполнение законов», при соблюдении некоторых условий «осуществляет регламентарные полномочия и назначает на гражданские и военные должности» и «несет ответственность за национальную оборону» (ст. 21 Конституции Французской Республики). В Украине, наоборот, и так ограниченный конституционный статус Премьер-министра дополняется уже упомянутым Законом «О Кабинете Министров Украины», который «уточнил статус Премьер-министра как исполнителя воли и решений Президента Украины». Послед-

нее еще раз подчеркивает условность определения формы правления в Украине как смешанной республики¹.

IV. *Слабые конституционные позиции парламента.* Парламент – Верховная Рада Украины – находится в крайне противоречивом положении. Играя минимальную роль в формировании Правительства (дача согласия на назначение Премьер-министра), тем не менее, согласно части первой статьи 87 Конституции, «Верховная Рада Украины по предложению не менее одной трети народных депутатов Украины от ее конституционного состава может рассмотреть вопрос об ответственности Кабинета Министров Украины и принять резолюцию недоверия Кабинету Министров Украины большинством от конституционного состава Верховной Рады Украины» – это одно из самых весомых полномочий Парламента. Однако сдерживающим фактором для реализации этого полномочия является все тот же конституционный порядок формирования Правительства, в котором роли Президента и Парламента является далеко не паритетными.

Парламент в Украине лишен ряда полномочий, которые органично являются свойственными для института парламентаризма в условиях демократической политической системы, однако, с другой стороны, он наделен некоторыми конституционными полномочиями, которые не свойственны

¹ Мартинюк Р. Компетенційний дуалізм виконавчої влади : державно-правовий досвід П'ятої Французької Республіки та України / Р. Мартинюк // Право України. – 2011. – № 1. – С. 206–207.

для парламента демократического государства – к таким относятся, в частности, «выражение недоверия Генеральному прокурору Украины, что влечет его отставку с должности» (пункт 25 части первой статьи 85 Конституции). При этом речь идет не об импичменте (на основании правонарушения), а о «высказывании недоверия» в политическом смысле, что, конечно, политизирует систему прокуратуры.

Слабость Верховной Раде Украины придает и отсутствие такого элемента ее конституционного статуса, который бы предусматривал механизм выхода из парламентско-правительственного кризиса, связанного с низким уровнем структуризации депутатского корпуса, следствием чего является неодобрение жизненно важных решений (например, формирование правительства, ежегодного закона о бюджете, законодательная поддержка важных решений и программ правительства, злоупотребления полномочиями относительно выражения недоверия Правительству и т. п.). Речь идет о полноценном институте досрочного прекращения полномочий Парламента и назначения внеочередных выборов. В демократических государствах он воспринимается не как «наказание» для депутатов парламента (или отдельной палаты), а именно как механизм выхода из политического кризиса.

В ходе подготовки Конституции 1996 г. существующее в то время депутатское большинство считало главным для себя создание гарантий от произвольных решений Президента относительно досрочного прекращения пол-

номочий Верховной Рады Украины – и такие гарантии были получены в виде части второй статьи 90 Конституции, которая предусматривает довольно нереальную ситуацию: «Президент Украины может досрочно прекратить полномочия Верховной Рады Украины, если в течение тридцати дней одной очередной сессии пленарные заседания не могут начаться». Практическая невозможность досрочного прекращения полномочий парламента в Украине считается «сильным» элементом его конституционного статуса, хотя в действительности она существенно занижает позиции и авторитет института парламентаризма.

Особенности деятельности Верховной Рады Украины, в частности, такие «эпизоды» как несвоевременное одобрение ежегодного закона о бюджете, отсутствие у правительства поддержки его законодательных инициатив у парламента, неодобрение программы деятельности Правительства – в западных европейских государствах, независимо от существующих в них форм правления, такие ситуации считаются «политическим кризисом», выход из которого – внеочередные парламентакие выборы. Если судить такими критериями деятельность Верховной Рады Украины, ее взаимоотношения с Правительством (независимо от политического состава последнего), то возможно утверждать о наличии перманентного политического кризиса в Украине.

Помимо отсутствия механизма представления депутатского большинства в составе Правительства,

Парламент отличается крайне слабым осуществлением парламентского контроля в сфере исполнительной власти. Даже предусмотренные Конституцией средства парламентского контроля (право на депутатский запрос, образование временных следственных комиссий, Счетная палата, Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека) используются крайне неэффективно (в частности, относительно представления «ежегодных докладов» указанных парламентских органов). Норма, которая предусмотрена пунктом 13 части первой статьи 85 Конституции с содержанием – «осуществление контроля за деятельностью Кабинета Министров Украины соответственно этой Конституции» – не только ограничивает объект парламентского контроля за «деятельностью Кабинета Министров Украины» (не включая в него ни Президента, ни другие звенья системы исполнительной власти), но и, кроме того, по сути, не позволяет Верховной Раде Украины расширить его с помощью принятого закона Украины. Даже относительно Правительства парламентский контроль не обеспечен конституционными средствами. Как верно отмечается в литературе, «на конституционном уровне не установлено право парламента осуществлять контроль над выполнением правительством программы деятельности», в частности, «заслушать отчет о выполнении Кабинетом Министров Украины программы его деятельности»¹.

¹ Майданник О. Парламентський контроль за функціонуванням виконавчої влади в Україні / О. Майданник // Право України. – 2010. – № 5. – С. 105.

V. *Институт контрассигнации актов Президента*. Часть четвертая статьи 106 Конституции предусматривает институт контрассигнации актов Президента по определенным полномочиям, которые «скрепляются подписями Премьер-министра Украины и министра, ответственного за акт и его выполнение». Подлежат контрассигнации акты главы государства, «изданные в пределах полномочий, предусмотренных пунктами 3, 4, 5, 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24 настоящей статьи». Полномочия Президента, которые предусмотрены указанными пунктами статьи 106 Конституции, касаются ряда важных вопросов в трех сферах:

1) представительство государства в международных отношениях, осуществление руководства внешнеполитической деятельностью государства, назначение и увольнение глав дипломатических представительств Украины в других государствах и при международных организациях;

2) организационные (учредительные) полномочия, в том числе прекращение полномочий Верховной Рады Украины, если в течение тридцати дней одной очередной сессии пленарные заседания не могут начаться, назначение по представлению Премьер-министра Украины членов Кабинета Министров Украины, руководителей других центральных органов исполнительной власти, а также председателей местных государственных администраций и прекращение их полномочий на этих должностях, назначение на должности и освобождении от должностей с согласия Верховной Рады

Украины Председателя Антимонопольного комитета Украины, Председателя Фонда государственного имущества Украины, Председателя Государственного комитета телевидения и радиовещания Украины, образование, реорганизация и ликвидация по представлению премьер-министра Украины министерств и других центральных органов исполнительной власти, действуя в пределах средств, предусмотренных на содержание органов исполнительной власти; назначение трети состава Конституционного Суда Украины; образования судов в определенном законом порядке;

3) руководство в сферах национальной безопасности и обороны государства, в том числе осуществление функций Верховного Главнокомандующего Вооруженных Сил Украины, назначение на должности и освобождение от должностей высшее командование Вооруженных Сил Украины, других военных формирований; возглавление Совета национальной безопасности и обороны Украины и др.

На первый взгляд, конституционно предусмотренная необходимость для актов Президента из числа указанных полномочий контрассигнации является серьезным механизмом ограничения дискреции главы государств в сфере этих полномочий. Но при этом необходимо системно подходить к анализу Конституции и институт контрассигнации надо воспринимать во взаимосвязи с уже упомянутым полномочием Президента относительно принятия решения об отставке Премьер-министра. Такое дискреционное полномочие главы го-

сударства делает институт контрассигнации «неработающим» в конституционной системе Украины. Практика показывает, что большая часть указов Президента из выше названных полномочий выдается Президентом без их контрассигнации вообще.

Существующую конституционную модель власти зачастую называют «президентско-парламентской республикой», однако такие признанные конституционной теорией европейские «смешанные республики», как Франция или Польша своими властными моделями существенно отличаются от украинской формы правления. Так, например, форма правления во Франции, которую чаще называют «президентско-парламентской республикой», отличается от украинской модели, по крайней мере, такими признаками: а) Президент назначает референдумы только по представлению парламента и правительства (ст. 11 Конституции Французской Республики); б) Президент может после консультаций с премьер-министром и председателями Палат объявить о роспуске Национального собрания (ст. 12); в) генералов, ректоров, префектов, директоров центральных ведомств, послов назначает Правительство (ст. 13); г) Премьер-министр ставит перед Национальным собранием вопрос об ответственности правительства в связи с программой деятельности или политической декларацией (ст. 49); если Национальное собрание не одобрит программы деятельности Правительства, он подает заявление об отставке (ст. 50); д) имеет место полноценный институт

контрассигнации актов Президента со стороны Премьер-министра (статья 19); е) наконец, Президент во внесудебном порядке не может отменять решения правительства и самостоятельно принять решение об отставке Премьер-министра и всего правительства¹.

Вышеизложенное позволяет констатировать существенные различия французской модели власти от украинского аналога, с одной стороны, и главное – не позволяет делать вывод о функционировании в Украине «президентско-парламентской республики». Определение смешанной (полупрезидентской) республики в доктрине лишь частично находит свое выражение в конституционных реалиях Украины. Известный французский ученый М. Дюверже, например, считает, что «правление можно считать полупрезидентским, если конституция объединяет три элемента: 1) президент республики избирается путем всеобщих выборов; 2) он обладает довольно значительными полномочиями; 3) в противовес ему есть правительство, который, однако, остается у власти только в том случае, когда парламент не выражает ему свое недоверие». Вторит ему и ирландский исследователь Роберт Элджи, предлагающий следующее определение: смешанной можно назвать такую форму правления, где избранный народом на определенный срок президент существует наряду с премьер-мини-

стром и кабинетом, которые ответственны перед парламентом². Очевидно, что в конституционной системе Украины отсутствует правительство, которое «в противовес» главе государства «остается у власти только в том случае, когда парламент не выражает ему свое недоверие», учитывая влияние Президента на Кабинет Министров Украины.

Другой пример – итальянец Дж. Сартори предлагает следующие признаки «полупрезидентской республики»: 1) глава государства (президент) избирается на основе всеобщих выборов, прямым или косвенным голосованием на определенный срок; 2) глава государства разделяет исполнительную власть с премьер-министром таким образом, что это приводит к структуре двойственной власти, три определяющих критерия которой следующие: а) президент независим от парламента, однако он не уполномочен управлять один или непосредственно, поэтому его воля должна передаваться и осуществляться его правительством; б) и наоборот, премьер-министр и его кабинет независимы от президента в том, в чем они являются зависимыми от парламента: они являются субъектами или парламентарского доверия, или недоверия (или обоих), но в любом случае кабинету необходима поддержка большинства в парламенте; в) структура двойственной власти при полупрезидентской форме прав-

¹ Див. : Конституция Французской Республики // Конституции зарубежных стран / сост. В. В. Маклаков. – перераб. и доп. – М., 2002. – С. 32–58.

² Див. : Машталер О. В. Змішана форма державного правління : теоретична модель та її практичне застосування / О. В. Машталер // Наук. зап. НАУКМА. – 2006. – Т. 57 : Політичні науки. – С. 79–80.

ления допускает различные виды равновесия, а также изменение преимуществ полномочий в рамках исполнительной власти при строгом выполнении условия, что существует потенциал автономности каждого элемента исполнительной власти. Примерами стран с полупрезидентским правлением, согласно Дж. Сартори, являются Финляндия, Франция, Шри-Ланка¹. Авторитетные носители конституционной и политологической доктрины, тем не менее, не включают в понимание «смешанной республики» такие признаки, как ответственность и прямая подчиненность правительства перед президентом или возможность для последнего реорганизовать судебную власть. Более того, такие характеристики полупрезидентства Дж. Сартори, как «президент независим от парламента, однако он не уполномочен управлять один или непосредственно», «глава государства разделяет исполнительную власть с премьер-министром», «премьер-министр и его кабинет независимы от президента в том, в чем они являются зависимыми от парламента», «строгое выполнение условия, что существует потенциал автономности каждого элемента исполнительной власти» – все они не касаются конституционной модели и реального функционирования публичной власти в Украине.

Практика функционирования формы государственного правления. Сформирована на основе Кон-

¹ Сартори Дж. Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів / Дж. Сартори. – К. : Артек, 2001. – С. 125.

ституции 1996 г. форма правления в Украине функционирует в таком виде более десяти лет (в период 1996 – 2006 годов и начиная с 30 сентября 2010 г.), что позволяет выделить соответствующий эмпирико-правовой материал относительно «практики» ее внедрения. Последнее считаем отдельным (и важным) критерием для адекватной идентификации властной модели.

Действительно, сущность той или иной смешанной формы правления определяется не арифметическими подсчетами качеств, которые отличают ее от других современных форм правления, при этом «важнейшим является соотношение конституционных и реальных полномочий в сфере исполнительной власти, которыми владеют президент и премьер-министр»². Выделяем две составляющие анализа соответствующей государственно-правовой практики: с одной стороны, речь идет о «реальности» функционирования составляющих вышеизложенной конституционной модели власти, а, с другой стороны, их взаимозависимость с основными демократическими институтами, закрепленными в Конституции. Для такого анализа предлагаем выделить следующие показатели:

1. *Уровень обеспечения формы государственного правления на уровне законов Украины.* Этот уровень остается крайне низким. По состоянию на февраль 2011 ситуация имеет следующий вид. Институт президент-

² Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн : підручник / В. М. Шаповал. – К. : Артек, Вища шк., 1997. – С. 88.

ства (в том числе Администрация Президента) – полностью лишен регулирования на уровне специальных законов. Формально действующий закон «О Президенте» 1991 г. не может быть применен, так как фактически не отвечает действующей Конституции. Деятельность Парламента после длительного промедления урегулирована соответствующими законами о Регламенте, о статусе народных депутатов и о комитетах Верховной Рады Украины, но отсутствие закона «О временных следственных комиссиях, специальной временной следственной комиссии и временной специальной комиссии Верховной Рады Украины» делает невозможным осуществление эффективного парламентского контроля. Деятельность Правительства урегулирована законом о Кабинете Министров Украины. Главное другое – структура Правительства, перечень министерств и ведомств и в дальнейшем произвольно определяется на подзаконном уровне главой государства. Особенно примечательным в этом плане есть указ Президента от 9 декабря 2010 г. «Об оптимизации системы центральных органов исполнительной власти», которым были образованы, ликвидированы и реорганизованы, с соответствующим перераспределением функций, десятки министерств и ведомств¹. Хотим при этом подчеркнуть, что для урегулирования столь значимых пуб-

¹ Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 09. 12. 2010 № 1085/2010 // Офіц. вісн. України. – 2010. – 17 груд. (№ 94). – С. 15. – Ст. 3334.

лично-правовых отношений не требовалось принятия закона – и в этом уникальность ситуации.

Более того, решениями Конституционного Суда эта проблема была существенно затруднена, так как своими правовыми позициями, он, в сущности, блокировал возможность более широкого законодательного урегулирования полномочий Президента и Верховной Рады Украины. Под предлогом недопущения «расширения» полномочий главы государства за пределы конституционных рамок, было, в сущности, запрещено предоставление ему и его «вспомогательным» органам законодательного статуса².

В свою очередь, отсутствие целостной системы норм законодательного уровня (при ограниченном конституционном регулировании) в сфере отношений между властными институтами высшего уровня свидетельствует как о неэффективности формы правления в целом, так и о высоком уровне дискреционности, особенно со стороны Президента. Отсутствие предусмотренных законом конкретизированных полномочий позволяет главе государства самостоятельно их «продолжить» на подзаконном уровне. Так, например, указом Президента от 28 декабря 2010 г. № 1245/2010 определяется: «...2. Установить, что генеральный директор государственного хозяйственного объединения “Укроборонпром” назна-

² Рішення Конституційного Суду України від 7 квітня 2004 р. № 9-рп у справі про Координаційний комітет // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 16. – Ст. 1122. – С. 163.

чается на должность по представлению Премьер-министра Украины и освобождается от должности Президентом Украины»¹. При этом глава государства «отталкивается» только от пункта 15 части первой статьи 106 Конституции, которым устанавливается, что Президент «образует, реорганизует и ликвидирует по представлению Премьер-министра Украины министерства и другие центральные органы исполнительной власти, действуя в пределах средств, предусмотренных на содержание органов исполнительной власти». Президент своими прерогативами «заполняет» законодательный «вакуум» практически по всем вопросам – например, назначает не только министров, руководителей других ведомств, но и их заместителей – хотя Основным Законом это не предусмотрено (в актах главы государства нередко отсутствуют ссылки как на норму Конституции, так и на законы Украины).

2. *Использование Президентом своих функций как «гаранта» Конституции.* Указанный статус, предусмотренный частью второй статьи 106 Конституции, позволяет Президенту широко вмешиваться в любой вопрос государственной и общественной жизни, несмотря на конституционные полномочия, под предлогом защиты одного из объектов «гарантирования» соблюдения: а) самой Конституции (фактически – всего конституционного правопорядка); б) государственного суверенитета; в) территориальной

целостности; г) прав и свобод человека и гражданина. Причем последний из названных объектов понимается вне его конституционного закрепления (и так слишком широкого). Иллюстрацией такого подхода выступает выданный 16 сентября 2010 г. Указ Президента «О недопущении нарушений закона во время предвыборной агитации», мотивировочная часть которого содержит: «...руководствуясь частью второй статьи 102 Конституции Украины и нормами Гражданского кодекса Украины относительно гарантий защиты личных неимущественных прав лица»². Учитывая то, что реальное или потенциальное нарушение (несоблюдение) любых законов Украины приводит или потенциально может привести к нарушениям прав человека, предусмотренными этими законами, такое видение объема конституционных прерогатив Президента фактически устраняет любые правовые рамки его компетенции. Подтверждением этому стало и то, что Президент Украины 2 апреля 2007 г. обосновывал свой указ о досрочном прекращении полномочий парламента не соответствующими «основаниями» для такого решения, а именно частью второй статьи 106 Конституции, где закреплена его роль как «гаранта»³.

² Про недопущення порушень закону під час передвиборної агітації : Указ Президента України від 16. 09. 2010 № 910/2010 // Офіц. вісн. України. – 2010. – 27 верес. (№ 71). – С. 12. – Ст. 2556.

³ Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України : Указ Президента України від 02. 04. 2007 № 264/2007 // Офіц. вісн. Президента України. – 2007. – 2 квіт. (№ 1). – Ст. 1.

¹ Про заходи щодо підвищення ефективності діяльності оборонно-промислового комплексу України : Указ Президента України від 28. 12. 2010 № 1245/2010 // Офіц. вісн. України. – 2010. – 10 січ. (№ 101). – С. 99. – Ст. 3622.

3. *Ответственность Правительства перед Президентом и Парламентом.* Предусмотренная Конституцией возможность принятия решения, которое влечет за собой отставку Правительства, для двух субъектов (Президента и Парламента), фактически в течение десяти лет применялась ими неоднократно. Причем, если глава государства самостоятельно принимал решения, игнорируя парламентское большинство, то Верховная Рада Украины одобряла резолюцию недоверия Правительству только в особых условиях. Первый раз такое полномочие парламентом было применено 26 апреля 2001 г., в условиях сформированного «устойчивого парламентского большинства», политически ориентированного на Президента. Вторично решение принималось парламентом в конце ноября 2004 г. в условиях политической нестабильности и завершения полномочий действующего Президента. В третий раз Верховная Рада Украины приняла постановление «Об отставке Премьер-министра Украины, членов Кабинета Министров Украины» 10 января 2006 г. (вместо резолюции недоверия), ошибочно полагая, что конституционные нормы относительно новелл в форме правления (и формирования правительства) уже получили силу, а потому впоследствии (25 июля 2006) это постановление после обращения президента было отменено задним числом. Хотя уже на тот момент полномочия Правительства должны были быть получены на основе внесенных в Конституцию изменений, которые уже вступили в силу.

4. *Президент активно использует конституционное полномочие от-*

носителю «создания судов». Причем Закон «О судоустройстве и статусе судей» расширяет указанное полномочие, определяя в части первой статьи 19, что «суды общей юрисдикции создаются и ликвидируются Президентом Украины по представлению Министра юстиции Украины на основании предложения председателя соответствующего высшего специализированного суда». Интересно, что «основаниями» для таких действий главы государства является «изменение определенной этим Законом системы судов, потребность улучшить доступность к правосудию или изменение административно-территориального устройства» (часть третья статьи 19 Закона)¹. Формулировка таких «оснований» позволяет произвольно и многократно реорганизовывать судебную систему. Так, например, в этом направлении лишь одним из многих выступает указ от 14 сентября 2010 г. № 900/2010 «О ликвидации военных апелляционных и военных местных судов», которым было ликвидировано одновременно полтора десятка судов. Надо при этом понимать два момента: во-первых, судебная система (в частности, административные суды) является единственной институциональной системой, которая наделена компетенцией обеспечивать законность в сфере деятельности Президента и Правительства (к сожалению, 13 октября 2008 г. имел место случай ликвидации суда, который несколькими днями ранее «остановил» действие одного из указов

¹ Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 41–42, 43, 44–45. – Ст. 529.

Президента), во-вторых, возможность ликвидации судов со стороны Президента не согласуется с конституционными гарантиями относительно независимости судов (и судей).

Конституционное правосудие, к слову, также не готово исполнять роль ограничителя деятельности Президента с точки зрения конституционности его актов. По свидетельству в конце 2000 г. Председателя Конституционного Суда В. Скоморохи, в первые четыре года деятельности этого суда (1997–2000 гг.) им не было признано неконституционным ни одного указа Президента полностью и всего лишь 10 отдельных положений указов, тогда как в отношении законов результаты были несколько другие – 2 закона полностью и 43 статьи законов¹.

5. Высокий уровень латентности в организации публичной власти. Упомянутое институционализированное влияние на суды создает пространство, лишенное контроля за законностью актов и действий органов публичной власти, в котором широко применяются латентные (скрытые) методы воздействия. Такое пространство еще больше расширяет дискреционные прерогативы Президента, которые с точки зрения на «соответствие законам Украины» не могут быть уточнены (ограничены) в принципе. Гипертрофированное влияние приобретают также организационные образования, созданные главой государства в соответствии с пунктом 28 части первой статьи 106 Конституции

как «консультативные, совещательные и другие вспомогательные органы и службы», особенно – Администрация Президента, которая, как отмечается в литературе, «фактически подчинила себе правительство»².

Латентность организации власти в Украине проявляется также в недостаточной открытости высших органов государственной власти, а также в присутствии таких механизмов как: а) формирование парламентского большинства без учета результатов последних парламентских выборов; б) закрытое и практически неограниченное финансирование политических партий физическими лицами; в) непрозрачное выдвижение политическими партиями кандидатов в депутаты разных уровней и т. д.

Изложенный обзор практики функционирования формы государственно-го правления подчеркивает ее нетипичность и внутреннюю противоречивость, вследствие этого – низкий уровень эффективности. Анализ конституционной модели власти и соответствующей государственно-правовой практики не дает однозначного ответа относительно формы правления в Украине: президентская или смешанная (президентско-парламентская или парламентско-президентская). В сущности, модель формы правления в Украине является уникальной, поскольку не укладывается в более или менее классические рамки известных форм государственного правления. Действительно, специфика Украины заключается в том, что она стала ареной апробации различных форм и моделей го-

¹ Скомороха В. Вплив конституційної юстиції на розвиток українського конституціоналізму / В. Скомороха // Право України. – 2000. – № 12. – С. 6.

² Серьогіна С. Оптимізація статусу Президента як ключова ланка конституційної реформи в Україні / С. Серьогіна // Право України. – 2009. – № 6. – С. 25.

сударственного правления, а также комбинаций отдельных их компонентов. Это привело к тому, что с самого начала создания новой системы организации высшей государственной власти имела место попытка отказаться от имплементации какого-то иностранного образца формы правления и применить опыт разных стран¹. Вместе с тем такое сочетание имеет свои минусы, поскольку «...нарушается имманентно присущее той или иной форме единство структуры управления и одновременно возникают новые виды отношений, коллизии и несогласованности, которых не было в «отработанных» формах правления. Разрушаются сложившиеся стандарты разделения властей... Происходит смешение разных начал, что не всегда способствует соблюдению конституционной законности»². Форма государственного правления в Украине реализуется в условиях нестабильного конституционного правопорядка (несмотря на высокий уровень концентрации и централизации власти), при этом сама она является одним из факторов такой нестабильности. Иными словами, по логике (и терминологии) ирландского ученого Р. Елджи можно назвать современную форму государственного правления в Украине как «полупрезидентскую модель с доминирующим лидерством президента»³.

¹ Лінецький С. В. Метаморфози державного режиму в Україні (політико-правовий аналіз) / С. В. Лінецький. – К. : Атіка, 2003. – С. 88.

² Чиркин В. Е. Нетипичные формы правления в современном государстве / В. Е. Чиркин // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 115.

³ Elgie R. Semi-Presidentialism, Concepts, Consequences and Contesting Explanations / R. Elgie // Political Studies Review. – 2004. – Vol. 2. – P. 323.

Своеобразие смешанной республики в Украине проявляется и в том, что даже в случае несовпадения политической принадлежности Президента и парламентского большинства, роль главы государства в политической системе существенно не уменьшится, в отличие от практически всех других подобных национальных моделей организации власти (Франция, Польша, Румыния).

С другой стороны, следует признать, украинская форма правления выгодно отличается от суперпрезидентских форм правления (моделей Беларуси, России и других государств постсоветского пространства), по крайней мере, следующими признаками: 1) президент лишен полномочия издавать акты с силой закона; 2) президент лишен полномочия практически произвольно принимать решение о роспуске парламента; 3) парламента имеет полномочие принять резолюцию недоверия относительно правительства и такой шаг не угрожает ему роспуском со стороны президента.

Исходя из изложенного, по нашему мнению, форму государственного правления в Украине необходимо оценить как **нетипичную модель смешанной республики**, в которой нетипичность определяется концентрацией публичной власти в институте президента за счет парламента, правительства и судов, что существенно деформирует модель разделения власти. Последнее не может не влиять на стабильность функционирования демократических институтов и эффективность конституционного правопорядка в целом.

Опубликовано: Публічне право. – 2011. – С. 230–235.

С. Максимов, доктор юридических наук, профессор кафедры философии Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

К вопросу об основаниях права: попытка систематизации

В процессе реформирования правовой системы Украины в направлении построения ее на принципах верховенства права, следует учитывать, что право, для того чтобы выполнять функцию ограничения произвола власти, должно иметь свое собственное, т. е. не любое (не произвольное) содержание. А это возможно лишь тогда, когда оно, т. е. право, опирается на определенные основания, которые и детерминируют его содержание.

Данное обстоятельство в значительной мере актуализирует проблему оснований права. Сама же эта проблема возникает потому, что бытие права, с одной стороны, не очевидно, т. е. оно не является некой вещью, которую можно воспринять органами чувств: право требует подтверждения своего бытия через обоснование – вывод из оснований, которые, собственно, не являются правом; а с другой – оно не может не иметь оснований,

потому что в противном случае оно было бы любым, т. е. произвольным.

Вопрос оснований права не является новым, а наоборот, он является одним из древнейших в философии права: как показывает история правовой мысли, каждый из философов права обращал внимание на те или иные основания (космологические, религиозные, моральные и др.), пытаясь при их помощи обосновать право для лучшего понимания его сущности и роли в жизни человека и общества. Неслучайно в одном из первых постсоветских учебных пособий по философии права именно исследование оснований права справедливо представляется в качестве ее предмета: «Философию права можно определить как науку о познавательных, ценностных и социальных основаниях права»¹.

¹ Ершов Ю. Г. Философия права (материалы лекций) / Ю. Г. Ершов. — Екатеринбург, 1995. — С. 9.

Однако специально исследованию оснований права как особому предмету философско-правовой рефлексии достаточного внимания, к сожалению, не уделялось. Это можно объяснить тем, что в советский период бытие права воспринималось как нечто очевидное, то есть как проявление воли (экономически, а потому и политически) доминирующего класса. Но уже тогда эта проблема в самом общем плане поднималась учеными: «Воля государства сама по себе, — отмечали В. Желтова и О. Дробницкий, — еще не является конечным основанием права. Сама эта воля еще должна соответствовать некоему “началу”, принципу, основанию»¹. В этом, на первый взгляд, очевидном положении содержится глубокая мысль, которая включает как постановку вопроса об основаниях права в самом общем плане, так и определенное оправдание необходимости философии права, формулировку ее главной задачи — поиска оснований права.

Целью данной статьи как раз и является экспликация оснований права как фундаментальной проблемы философии права, что предусматривает определение понятия оснований права, осуществление их систематизации и выявление роли в понимании и обосновании права.

Анализируемая проблема может рассматриваться как на уровне общем, то есть применительно к поиску оснований права в целом, для обоснования его безусловной ценности, так и на

уровне частном, т. е. как решение проблемы оснований по отношению к нормам как необходимому элементу права. Можно выделить и прикладной уровень этой проблемы: обоснование законодателем создаваемых им норм или обоснование судьей своих решений. Принимая то или иное значимое в правовом отношении решение, ответственное за это лицо должно осознавать (хотя бы в идеале), какие причины влияют на формирование права вообще, чтобы учесть их при принятии своих решений. В такой ситуации философия права может выступать мировоззренческо-методологической предпосылкой для принятия правовых решений (безусловно, в «снятом» виде, как проявление профессионализма законодателя или судьи).

Понятие «основания права» встречается в названии некоторых трудов российских ученых, например, в монографиях Г. Мальцева: «Социальные основания права» (М., 2007)², хотя речь в ней идет скорее об особенностях права как социального регулятора, и «Нравственные основания права» (М., 2009)³, где рассматривается взаимосвязь права и морали. Однако предметом специального исследования эта проблема становится только в философско-правовых исследованиях Ю. Пермякова⁴. Известный

² Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. — М., 2007. — 800 с.

³ Мальцев Г. В. Нравственные основания права / Г. В. Мальцев. — 2-е изд. — М., 2009. — 252 с.

⁴ Пермяков Ю. Е. Основания права / Ю. Е. Пермяков. — Самара, 2003. — 496 с.; его же: Философские основания юриспруденции / Ю. Е. Пермяков. — Самара, 2006. — 245 с.

¹ Желтова В. П. Философия и правосознание / В. П. Желтова, О. Г. Дробницкий // Философия и ценностные формы сознания. — М., 1978. — С. 161.

самарский философ права определяет основания права как те неотъемлемые элементы мироустройства и законов бытия, «которые обуславливают как происхождение, так и ценность права в человеческом обществе»¹. Он связывает актуальность этой проблемы с контекстом социокультурной ситуации в России и считает, что выявление глубинных оснований права способно преодолеть слабую укорененность права в русской культуре и жизни. Внимание уделяется прежде всего онтологическим основаниям права, которые он стремится отыскать в порядке бытия, пронизанного человеческим существованием². Ю. Пермяков называет их экзистенциальными основаниями права и считает, что благодаря им личность вступает в общение как субъект права и приобретает способность к правовым суждениям, а само право занимает особое место в историческом опыте народа.

Исследованию оснований права, которые получили название «предельных», уделил внимание и автор этой статьи (оснований онтологических, антропологических, аксиологических), предложив свою модель решения проблемы сквозь призму категории «правовая реальность»³. Однако, считая необходимым дальнейшее исследование «предельных», или «метафизических» оснований права, настаиваем на расширении предметной области

оснований права, включив в нее и другие по характеру феномены, осуществив их систематизацию, а главное – сделав предметом исследования собственно проблему оснований права.

Одну из недавних попыток такого широкого исследования оснований права (их осмысления и систематизации) находим у немецкого философа и социолога права Хуберта Ротлейтнера в книге «Основания права» (2005)⁴. Под «основаниями» он понимает «фундаментальные, краеугольные элементы, используемые в определении понятия права, или основные понятия, используемые для объяснения важнейших особенностей или «сущности «права»»⁵, и предлагает систематизацию различных оснований права. Во-первых, он различает две основные группы оснований: *трансцендентные*, к которым относит мифологические и религиозные, и *имманентные*, которые, в свою очередь, делит на *внеправовые* и *внутриправовые*. Во-вторых, внеправовые основания делятся на *природные* и «*созданные человеком*». В-третьих, природные основания права подразделяются на *географические, биологические, антропологические, когнитивные*, а «созданные человеком» (или социальные основания в широком смысле) – на *экономические, нравственные, социальные* (или социальные в узком смысле), *исторические*. В-четвертых, внутриправовые (которые, кстати, также производны от человеческой деятельности) представлены различными теоретическими

¹ Пермяков Ю. Е. Основания права / Ю. Е. Пермяков. – С. 5.

² Там же. – С. 7.

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — М., 2002. — 326 с.

⁴ Rottleuther H. Foundations of Law / H. Rottleuther. — Dordrecht, 2005. — 205 p.

⁵ Там же. – P. 1.

концептами: основной нормы и иерархии правового порядка (Г. Кельзен), аутопоэзиса права (Н. Луман) и «моральности права» (Л. Фуллер)¹. Все это – так называемые «объяснительные основания права», т. е. объясняющие его происхождение, развитие и функционирование. Следует отметить, что немецкий автор исходит из несколько иных методологических позиций, он пытается уйти от «метафизики» и анализирует основания права как определенные факты, влияющие на право, т. е. его подход может быть обозначен как эмпирический.

Отметим, что по своему характеру различаются социологический и философский подходы к пониманию права и его оснований. Социологическая теория стремится отличить право от других социальных регуляторов, а потому ориентируется на внешние проявления права, рассматривая право в его непосредственном функционировании. Философский подход ориентируется на то, чтобы отличить право от самого себя, в контексте формулировки идеального права или правового идеала, т. е. его беспокоит вопрос справедливого и несправедливого права. Соответственно, каждый из подходов ориентируется на разные по характеру основания права, т. е. на «эмпирические» и «предельные» основания. Возможна ли интеграция этих подходов? По нашему мнению, возможна, но для этого нужно хорошо представлять себе смысл каждого из типов оснований права.

Безусловно, приступая к исследованию оснований права, следует пред-

ложить соответствующее понимание того, что есть право. Однако здесь возникает ситуация герменевтического круга: понять, что такое основания права, мы можем только после того, как поймем, что такое право, однако сказать, что это такое, мы можем лишь поняв его основания. Поэтому можно предложить только общее и абстрактное понимание права.

По нашему мнению, право – это относительно автономная (от внешних факторов) реальность упорядоченного человеческого бытия, содержащая определенный ряд измерений. Первое это – идеальное измерение права, которое выражается в требовании его моральной правильности, т. е. в соответствии содержания права определенным ценностям, прежде всего справедливости. Второе измерение – это реальное, или институционально-властное, которое задает определенность праву и обеспечивается принуждением. Сочетание этих измерений осуществляется в коммуникативном взаимодействии между людьми. Поэтому право – это определенный аспект долженствования во взаимодействии людей, который проявляется и в ценностях (свободы, равенства, справедливости), и в нормах, и в поступках людей, и в сбалансированности всех этих составляющих.

Согласно такому пониманию права, его *онтологическими основаниями* будет межсубъектное взаимодействие, но не как некая субстанциальная реальность, а как его идеально-смысловой аспект. Он проявляет себя тогда, когда совместное существование людей грозит обернуться произволом, а потому содержит момент долженств-

¹ Rottleuther H. Foundations of Law / H. Rottleuther. — Dordrecht, 2005. — P. 180.

вованія для обмеження цього про-
извола. По́тому правова онтологія
оказується онтологією інтерсубъек-
тивності, а «первореальністю» пра-
ва являється ідея (смысл) права, за-
ключаючись во взаємному признанні
суб'єктів як определеному способе
їх сосуществованія¹. Под *антропо-
логическими* основами права по-
дразумевається сам человек как право-
вой субъект, т. е. носитель прав и обя-
занностей, а также способность при-
знания как правовая способность,
которая дает возможность относиться
к другому человеку как к существу
свободному и равному другим субъ-
ектам. Признание составляет ключе-
вой момент обоснования правопоряд-
ка в целом и прав человека в особен-
ности. Таким субъектом, на сущест-
вование которого ориентируется пра-
во, является автономная и ответствен-
ная личность². Под *ценностно-смы-
словыми* (аксиологическими) основа-
ниями права понимаются очевидности
правосознания, позволяющие судить о
наличии или отсутствии в обществе
права. Высшим смысловым проявле-
нием права является признание авто-
номии каждого члена общества, его
нормативной независимости, способ-
ности быть господином себе самому.
Автономия личности является этичес-
ким коррелятом прав человека. Ос-
новной правовой ценностью является
справедливость, которая понимается

как стремление действовать согласно
правам и обязанностям, отдавая каждо-
му свое и обеспечивая условия для ре-
ализации способностей каждого³.

Мы считаем, что это лишь основ-
ные, «предельные» основания права,
которые имеют значение не только
для обоснования права в целом, но и
для его культурно-цивилизационного
оправдания и общественно-граждан-
ского признания. Именно они опреде-
ляют «смысл» права. Что же касается
других, т. е. «эмпирических» основа-
ний, то они выступают преимущественно
как функция внешних условий
или ограничивающих факторов в де-
ятельности законодателя или судьи.

Для подтверждения этого поло-
жения сделаем краткий обзор содер-
жания этих оснований права в том
порядке, в котором они изложены в
книге Х. Ротлэйтнера⁴.

На первом месте – концептуаль-
но и исторически – трансцендентные
основания права (мифологические и
религиозные), в которых оправдыва-
ется и объясняется определенный
земной порядок на основании дейст-
вия духовных сил.

Мифологические основания.
Кроме мифов, которые создавались (и
создаются) для того, чтобы объяснить
происхождение мира, существуют
также «этические» мифы, в которых
рассказывается о появлении социаль-
ных институтов и правил. Боги явля-
ются олицетворением как сил приро-
ды, так и этических принципов. На-

¹ Максимов С. І. Правова реальність як предмет філософського осмислення : авто-
реф. дис. ... д-ра юрид. наук / С. І. Максимов.
— Х., 2002. — С. 19.

² Максимов С. І. Правова реальність: опыт философского осмысления / С. І. Мак-
симов. — С. 315.

³ Максимов С. І. Правова реальність: опыт философского осмысления / С. І. Мак-
симов. — С. 316.

⁴ Rottleuther H. Foundations of Law /
H. Rottleuther. — P. 31–171.

пример, в мифе, изложенном в трилогии Эсхила «Орестея», осуществляется легитимация суда и правовой системы древнегреческого полиса. Ареопаг из архаичного органа олигархии превращается в судебный орган демократии, в котором дела рассматриваются на состязательной основе. В более широком смысле создание суда, т. е. некоторой позиции «третьего», не относящегося к определенным партиям, можно рассматривать как начало права и государства. Основания для подобного шага выражаются в договорной естественно-правовой доктрине, обосновывающей переход из естественного в гражданское состояние. В этом смысле естественное состояние и общественный договор могут быть рассмотрены в качестве мифа, недатированного исторического повествования для легитимации государства – только без богов. Наряду с функцией источника легитимности миф служил (и продолжает служить) для объяснения земных инцидентов. Так, в «Антигоне» Софокла конфликт между человеком и его принципами разворачивается как конфликт между государственным законом и законом семьи (как естественным законом). Креон здесь представляет недемократический, авторитарный принцип, Антигона же защищает естественный закон и долг похоронить своего брата.

Религиозные основания. Центральное место в проблеме религиозных оснований права занимает происхождение права из религиозных источников. Божественные законы – это не неопределенные неписанные законы Антигоны. Религиозные основания права в монотеистических ре-

лигиях покоятся на письменных откровениях. Бог в монотеистических религиях, будучи абсолютно трансцендентным миру, открывает себя в вечных текстах, которые являются авторитетной, буквально интерпретированной основой для аргументации. Эти писания являются своеобразной смесью объяснения и оправдания. Основная интенция в религиозных основаниях права – ограничение мести, которая может осуществляться ограниченной группой людей, имеющих право на возмездие, а также – через уменьшение удовлетворения от мести, которое должно быть уменьшено, т. е. быть «пропорциональным» («око за око»). Отменялась также коллективная ответственность и устанавливалась индивидуальная ответственность за совершенные поступки. Новый Завет добавляет любовь к врагам как минимизацию мести и идею справедливости, включая эсхатологические мотивы возмездия на Страшном суде.

Фома Аквинский, опираясь на Аристотеля, пишет первый труд по философии права и государства. В нем он устанавливает строгую подчиненность *человеческого* права праву *вечному* (божественной мудрости), вместе с правом *божественным* (десять заповедей и другие письменные источники, подлежащие интерпретации), а также и *естественному праву* (доступному человеческому разуму вечному закону)¹. У Аквината мы находим не только иерархическое основание права, но и телеологический аргумент, заключающийся в том, что

¹ Aquinas, Summa Theologiae I-II, 90-105; II-II, 57-79.

право с необходимостью ориентируется на общее благо. Законодатель же должен учитывать пределы человеческой природы. Люди должны быть способны подчиняться правовым нормам, а не находиться под чрезмерными требованиями строгой морали. Следовательно, человеческое право рассматривалось также отделенным от морали и религиозных предписаний.

Природные основания права.

Природные основания права рассматриваются как факторы, объясняющие его происхождение, развитие, а также содержание установлений. Они делятся на надчеловеческие (географический фактор) и человеческие (биологические и антропологические).

Географический фактор. В наиболее системной форме на идею необходимости тесной связи между юридическими законами и природой указывал Ш.-Л. Монтескье. В его советах разумному законодателю упоминается, что законы должны быть адаптированы к людям, для которых они пишутся, они должны быть в согласии с природными условиями, такими как климат, качество почвы, размер территории, количество жителей, они должны быть согласованы с типом производства (охотники, пастухи, коммерция и т. д.); они должны быть в согласии с религией жителей; они должны быть в соответствии со степенью конституционной свободы; законодатель должен принимать во внимание склонности, манеры и обычаи жителей¹. В целом «теория климата»

¹ Монтескье Ш. О духе законов Кн. 19, гл. 5 / Монтескье Ш. // Избр. произведения. – М., 1955. – С. 412.

как фактора исторического объяснения происхождения права указывает на одно из условий развития человечества – окружающую среду, – которая должна учитываться наряду с другими факторами, однако следует признать очевидное – никакого решающего значения для «правогенеза» она не имеет. В то же время нельзя не отметить, что в современных условиях значение влияния этого фактора на правовую систему усиливается, что связано с такими явлениями, как загрязнение окружающей среды, угроза потепления климата и другими явлениями, существенно влияющими на отношения между людьми в современном мире, а потому требующими адекватного правового регулирования.

Природные человеческие основания. Здесь имеются в виду такие элементы, которые могут быть использованы для того, чтобы объяснить происхождение, эволюцию и существование человеческого поведения и социальных институтов, с одной стороны, и такие, которые являются ограничительными условиями для законодательной политики – с другой. Так, *биологические основания* дают нам знание поведенческой основы, *что и как* следует регулировать, опираясь на представления об инстинктивной деятельности. Так, в рамках исследований в области этнологии устанавливается подобие между поведением людей и животных, в основе которого лежат инстинкты, унаследованные человеком от своих пращеловеческих предков, в частности, образцы агрессивного поведения. Следующей целью является выявление

ние универсалий человеческого поведения, которые могут быть выражены как константы для любой отдельно взятой культурной или исторической формации, примерами таких констант являются: иерархическое построение обществ, агрессия, территориальные споры, родственные отношения, брачные отношения, полигамия, табу на инцест, табу на убийство, внутри и внешнегрупповая дифференциация, мимика, жестикация и т. д. И хотя существуют различия между нормами и природными закономерностями, нормативное регулирование должно учитывать последние. Биологические основания также показывают ограниченность человеческой способности приспособления к требованиям законодателя. Людей нельзя рассматривать как *tabula rasa* («чистая доска»), т. е. как объект окультуривания в любом произвольном направлении.

И все же биологические подходы являются недостаточными, их объяснительная способность ограничивается анализом элементарных протонорм. Некоторые аспекты правопорядка, такие как формальные требования правовых норм, единство первичных и вторичных правил (по Харту)¹, компетенции, основополагающие принципы верховенства права и т. д. вообще игнорируются такими подходами. Часто биологическая точка зрения доходит до банальностей, отстаивая утверждения о том, что каждое человеческое действие должно иметь основание в соответствующих биологических способностях.

¹ Харт Г. Л. А. Понятие права : пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афанасьева и С. В. Моисеева / Г. Л. А. Харт. – СПб., 2007. – С. 84–86.

Что касается *антропологии*, то она утверждает, что недостаточность инстинктивной базы мотивирует людей развивать правовые институты, а определенные представления о человеческой природе накладывают ограничения на законодательство.

Выявление внутренней природы человека является основной темой философской антропологии, основным достижением которой является положение об «открытости» человека. В соответствии с этой позицией человек не детерминируется ни окружающей средой, ни его собственными природными качествами. Человек – это животное с неопределенной природой (Ф. Ницше), т. е. по своей природе он является существом культурным (А. Гелен).

Именно недостаток инстинктивных ориентаций у человека компенсируется социальными институтами. Так, длительный период взросления и беспомощность новорожденных делает необходимым институты социализации, а постоянное сексуальное влечение делает необходимым создание института брака.

Поскольку право относится к социальным институтам, то и правопорядок является компенсатором недостатка основанных на инстинктах ориентаций действий. Люди нуждаются в определенном нормативном «руководстве». Однако это только одна сторона социальной функции права. В силу бедности своей физиологической, т. е. инстинктивной природы, люди самостоятельно строят социальный порядок как «вторую природу». Право не является непосредственным удовлетворением инте-

ресов, потребностей, инстинктов, желаний. Оно в большей мере выполняет конструктивную функцию, обеспечивая возможность деятельности, не имеющей физиологического эквивалента. Право предоставляет человеку возможность быть автономным, способствует осуществлению «неприродной» деятельности: заключение договоров, создание организаций, корпораций, юридических лиц, государства и т. п. Иногда право, в особенности уголовное право, служит для укрощения агрессивных устремлений и низких инстинктов. В конечном счете, из основных антропологических утверждений выводятся следствия для понимания правового порядка: право как репрессивный порядок, сдерживающий «человека-волка»; либо право как инструмент патерналистского законодателя который авторитарно проводит в жизнь образцы поведения; либо право как кантовский порядок всеобщей свободы для автономных индивидов.

Если говорить о сегодняшних реалиях, то внутренняя и внешняя природа больше не выступают исключительно в роли ограничительных условий законодательной политики. Вместо этого возрастающее значение природы задает обратную перспективу: цель законодателя сегодня – не столько в дозволении широкого поля выбора в рамках технологически возможного, сколько в установлении нормативных ограничений. Подобно тому, как внешняя природа является предметом интереса экологического права, технологические манипуляции над нашей внутренней, генетической природой – объект новых регуляторов. Если классическая (кантовская) антропология

исходила из максимы: «что должно, то и возможно», то современная антропология – из того, что мы не должны делать все то, что мы можем делать.

Выделяются также **КОГНИТИВНЫЕ ОСНОВАНИЯ**, которые заключаются в наличии в человеке определенных ментальных способностей, таких как – способность к логическому мышлению, включая умение подводить конкретный поступок под общую норму, способность различать правильное и неправильное в правовом поведении и т. п. Здесь имеется в виду не просто сила принуждения и страха наказания, а определенная культура, позволяющая оперировать морально-ценностными суждениями. На этой способности учреждается и конструкция естественного состояния и общественного договора как состояния сознания (менталитета), легитимирующего право и власть, а также формируется специфическая культура прав человека. Хотя включение когнитивных (ментально-познавательных) оснований в природные основания права является небесспорным, однако внимание к таким основаниям имеет огромное значение для объяснения механизма функционирования права.

Следующий вид оснований – это **СОЦИАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ**, они производны от человеческой деятельности (или «рукотворные»), человеческие основания) и являются внешними по отношению к праву. На первом месте здесь **экономические основания права**. Безусловный приоритет в их исследовании имеет марксизм, который обращает внимание на институциональную структуру для дальнейшего воспроизводства общественной жизни – эконо-

мический базис. Однако в марксистских исследованиях этот фактор абсолютизируется. Более того, они строятся на таком основополагающем утверждении, что нормы исходят из фактов, а именно – из основных условий материального производства. Это обрекает право на пассивный характер и постоянное отставание от базиса. Продолжением линии внимания к экономическим основаниям являются неклассические теории экономического анализа права, внесшие существенный вклад в теорию права, среди основоположников которых следует выделить американского профессора и судью Ричарда Познера¹.

Моральные основания права.

Обычно философы права естественно-правового направления рассматривают соотношения права и морали таким образом: действительность (важность) права должна быть обусловлена требованиями морали². Однако ученые, разделяющие более реалистичную позицию, например Н. Луман, утверждают, что моральные стандарты как метаюридические основания слишком размыты, чтобы обосновывать действительность правопорядка. Однако здесь сталкиваются два взгляда на моральные основания права: в нормативном смысле (в пределах естественно-правовой теории) и в эмпирическом смысле, в котором мораль понимается как набор представлений, которые включают

стандарты поведения как стандарты хорошей и добродетельной жизни³. С такой точки зрения моральные основания права рассматриваются: а) в филогенетическом аспекте – как генетическая основа права в цепочке развития правопорядка: традиция – конвенция – мораль – право; б) в онтогенетическом аспекте – как развитие правосознания и идеи справедливости с точки зрения общих моральных суждений. Примером эмпирически истолкованных моральных оснований права может служить теория Э. Дюркгейма, согласно которой мораль представляет собой внешние условия существования права.

Под *собственно социальными* или *социетальными* основаниями права, начиная с Э. Эрлиха, понимаются «негосударственные» факты человеческой деятельности, которые учитываются в судебной деятельности, а затем через научные разработки закрепляются в законодательстве. Примером таких оснований можно считать взаимное признание, поскольку с точки зрения «теории признания» юридические нормы являются действительными, если они признаются теми, на кого направлены.

К *политическим основаниям права* принадлежат такие, которые рассматриваются в системе взаимоотношений права с государством, политикой, властью, принуждением. С одной стороны, власть является источником права, а с другой – может быть его разрушителем; политическая власть использует право, право же ограничивает власть. Однако лишь легитимная власть вызывает к жизни право.

¹ См.: Познер Р. А. Экономический анализ права / Р. А. Познер : в 2 т. : пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб. : Эконом. шк., 2004.

² Алекси Р. Дуальная природа права / Р. Алекси // Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 45–58.

³ Rottleuther H. Foundations of Law / H. Rottleuther. — P. 120.

Что же касается *исторических оснований права*, то они подразумевают одновременно филогенетическое происхождение права и его последующее историческое развитие. История как традиция содержит все основные рассмотренные элементы, в их хронологической последовательности. В этом контексте можно говорить и о культурных основаниях права.

Внутриправовые основания позволяют рассматривать право как имеющее свою собственную логику. Хотя единого взгляда на эти основания нет, но наличие определенных теорий, в которых акцентируется внимание на таких началах, свидетельствуют о наличии таких оснований. К таковым относятся: теория основной нормы Г. Кельзена, утверждающая строгую последовательность норм, определяемую основной нормой – трансцендентально-логическим предположением¹; аутопоэтическая теория права Н. Лумана, согласно которой, правовая система постоянно обновляет себя, создавая свои элементы согласно собственной «внутренней» логике²; теория внутренней морали права Л. Фуллера, утверждающая наличие восьми принципов права (всеобщность, доступность, предсказуемость, ясность и понятность, непротиворечивость, отсутствие невыполнимых требований, относительное постоянство, наличие соответствия между законом и официальным действием), составляющих

внутреннюю мораль права и делающих право возможным³.

Если говорить о современных тенденциях в эволюции значимости типов оснований права, то они могут быть выражены тремя направлениями: от трансцендентных к имманентным основаниям; от внешних природных оснований к основаниям, созданным человеком; от внеправовых к юридически внутренним основаниям.

Обзор различных оснований права, а также концепций, которые их отображают, позволяет сделать вывод, что в зависимости от отношения к основаниям права, можно различать: а) антифундаменталистские теории (от слова «foundation» – «основание»), то есть такие, которые не признают за правом никаких оснований, а сводят его лишь к аргументам, интерпретациям и решениям, не связанным даже с нормой (этнометодология); б) монофундаменталистские теории, которые признают главенствующим лишь один из многих аспектов, например, экономическую или общественно-политическую власть; и в) полифундаменталистские теории, признающие в равной степени множество оснований права, не предоставляя ни одному из них преимущества⁴. Первые две позиции являются крайностями, уязвимыми для критики. Они, соответственно, выражают методологические позиции постмодернистского и классического подходов к проблеме оснований права. Однако не следует думать, что проблема оснований права – это проблема анализа разнообразных теорий

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. 3 дод.: Проблема справедливості / Г. Кельзен ; пер. з німец. О. Мокровольського. – К. : Юніверс, 2004.

² Luhmann N. A Sociological Theory of Law / N. Luhmann. – London: Routledge, 1985.

³ Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер. – К., 1999.

⁴ Rottleuther H. Foundations of Law / H. Rottleuther. — P. 181–182.

права. Отправная точка понимания этого явления содержится не в теориях, а в праве как таковом. Разные теории только отображают сложность и многогранность феномена права.

Подводя итоги исследованию, следует подчеркнуть, что проблема оснований права – это проблема выявления факторов, влияющих на само право и на его содержание. Право по своей онтологической структуре является сочетанием идеального и реального измерений. Поэтому существует две различные методологические модели подхода к праву: социологическая модель, которая стремится отличить право от других регуляторов, т. е. рассматривает право таким, каким оно есть, и философская модель, стремящаяся отличить право от самого себя, т. е. разрабатывает правовой идеал, идеальное право. На уровне эмпирической модели правовые основания рассматриваются как определенные факты, влияющие на право как относительно автономную систему. Каким образом оправдывают и объясняют право такие факторы – это задача социологически-правового исследования оснований. Здесь акцент делается на инструментальном образе права как средстве социального контроля. Право, хотя и является определенной социальной системой, имеет свою онтологическую основу – это человек во взаимосвязи с другим человеком. Существует и определенный «код» такой системы. Н. Луман определяет его через критерий «законно или незаконно». Однако мы всегда от закона ждем чего-то более значимого – правильности или справедливости. Это обеспечивается моральным обоснованием права, которое по своей сути является

этико-антропологическим обоснованием. Предельные основания обеспечивают нам обоснование и понимание права, эмпирические – оправдание и объяснение. За всеми предельными основаниями стоит моральный элемент – имеющий легитимационную силу для права. Без этого элемента право не существует в том смысле, как это присуще нормативным системам.

Предельные основания не могут рассматриваться как нечто внешнее для права. Они являются выражением его внутреннего смысла. Предельные основания вообще являются универсальными формами культуры, присутствующими в любом мышлении, на них держится человеческая разумность. Поэтому рефлексия относительно таких оснований права – это необходимое условие понимания права и его действия, в особенности когда имеем дело не с уже установившейся, а со становящейся правовой системой. Учет взаимодействия обоих типов оснований – предельных и эмпирических – это задача для создания интегральной модели оснований права, основы которой были предложены в этой статье.

Следует отметить, что данной статьей автор лишь начинает комплексное исследование оснований права. Поэтому она имеет преимущественно постановочный характер. В то же время такое исследование является весьма перспективным. Оно закладывает фундамент для создания философско-правовой концепции оснований права, а в дальнейшем – и для разработки юридической теории института оснований права.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 8. – С. 38–45.

Ю. Оборотов, член-корреспондент НАПрН Украины, заведующий кафедрой теории государства и права Национального университета «Одесская юридическая академия»

Месторазвитие в основании апологизации украинского права

Вопросы правового и государственного развития Украины вряд ли могут быть решены без учета тех основных проблем, которые касаются цивилизационной, геополитической, религиозной и иных важнейших составляющих человеческого бытия. Это особенно значимо сегодня на фоне распространения идей о разрушении национальных культур и локальных цивилизаций под давлением процессов глобализации и продвижения всех и вся к информационному, индивидуализированному обществу.

Глобализация породила существование специфических институциональных образований, которые участвуют в создании и поддержании глобального экономического порядка, отвечающего интересам транснациональных корпораций. Считается, что нынешняя глобальная экономическая и политическая ситуация мало отличается от периода западного колони-

ализма. Единственно отличие состоит в том, что то, что раньше именовали колониализмом, теперь именуют развитием. Организации, определяющие такое развитие, являются не демократическими, а авторитарными по своей сути. Среди них определяющую роль играет «нечестивая троица» – ВТО, Всемирный банк и МВФ, которые как железный треугольник вовсе не озабочены улучшением благосостояния человечества, поддержанием культурных традиций и планетарных экосистем, поскольку их определяющая задача – получение прибыли международными неправительственными организациями и транснациональным корпорациями¹.

Заметим, что именно современная жизнь с обострившимися проблемами глобализации и индивидуализа-

¹ Многоликая глобализация / под ред. П. Бергера и С. Хантингтона. – М. : Аспект Пресс, 2004. – С. 328–330.

ции общества вновь вывела в центр внимания идею цивилизации. При этом смысл, который культура западного мира вкладывает в слово «цивилизация» по прошествии многих столетий (считается, что цивилизация – это изобретение XV века, а само слово “цивилизация” появилось во Франции в XVIII веке), как и прежде, остается неясным¹.

Между тем сегодня вряд ли можно игнорировать тот факт, что история человечества насчитывает множество разнообразных цивилизаций. Другое дело, различие мнений о том, сколько таких цивилизаций (Н. Я. Данилевский – 11, О. Шпенглер – 8, А. Тойнби начал исследование со 100, а закончил 13) или какова продолжительность их существования (О. Шпенглер и А. Тойнби – около 1000 лет, Л. Н. Гумилев – 1500 лет, А. Кетле – 185 лет)².

Понятие цивилизации в Европе долгое время использовали в плане различий, существующих между народами, и лишь теперь цивилизация стала категорией, отражающей единство народов Европы, общность их ценностей. Отсюда всеобщее распространение термина «европейская цивилизация».

Рассматривая специфику европейской цивилизации, Ш. Эйзенштадт выделяет такие ее характеристики, как: 1) многообразие традиций, на основе которых сложилась европейская культура, в частности, иудейско-хри-

стианских, греческих, римских, различных племенных; 2) высокий уровень активности и приверженность широких слоев населения наличным культурным тенденциям; 3) высокая степень доступа к мировому, культурному и социальному порядкам; 4) отношение к индивиду как ответственному и автономному субъекту; 5) символическая и организационная выделенность центра; 6) высокая привязанность центра и периферии общим идеалам и целям³. При этом, определяя специфические черты европейской цивилизации, Ш. Эйзенштадт указывает на относительную автономию правовой системы в связи с политической и религиозной системами⁴.

Известный специалист по теории цивилизаций Р. Осборн изменение взглядов на цивилизацию связывает, во-первых, с таким пороком европейской цивилизации, как формирование культуры милитаризма, выраженного в менталитете европейцев, и приведшего к двум мировым войнам; во-вторых, с утратой веры в идею прогресса, связанную с пониманием иллюзорной природы человеческих достижений; в-третьих, с кризисом общественных институтов, которые должны служить опорой ценностей западного мира⁵.

В этой связи может ли по-прежнему восприниматься европейская или же евроатлантическая цивилиза-

¹ Осборн Р. Цивилизация. Новая история Западного мира / Роджер Осборн. – М. : АСТ : АСТ Москва : Хранитель, 2008. – С. 8, 15.

² Моисеева Л. И. История цивилизаций : курс лекций / Л. И. Моисеева. – Ростов н/Д : Феникс, 2000. – С. 7.

³ Сравнительное изучение цивилизаций : хрестоматия. – М. : Аспект Пресс, 2001. – С. 328–330

⁴ Там же. – С. 333.

⁵ Осборн Р. Цивилизация. Новая история Западного мира / Роджер Осборн. – М. : АСТ : АСТ Москва : Хранитель, 2008. – С. 20–28.

ция как образец, которому должен следовать весь мир? Особенно в условиях, когда впервые за несколько поколений будущее представляется чреватым чем-то худшим, нежели прошлое. Причем на фоне того, что вера в возможность разумного переустройства мира к всеобщему благу оказалась основанием каждой пережитой социумом антропогенной катастрофы.

Потому признание плюрализма современных цивилизаций с правом каждой из них на самостоятельное развитие подтверждает необходимость культурного разнообразия современного мира, несмотря на формирование глобальной культуры, которая по своему происхождению и содержанию является американской и порождает так называемые альтернативные глобализации, означающие альтернативные культурные модели современности¹.

Утверждающаяся многоцивилизационная (полицивилизационная) система современности приводит к тому, что рожденное Западом внутрицивилизационное столкновение политических идей вытесняется разноцивилизационным столкновением культур и религий. Кроме того, по мере того как мир цивилизаций выходит из западной фазы развития, из-под влияния европейской цивилизации, идеологии как ее порождения приходят в упадок и их место замещают религии².

¹ Многоликая глобализация / под ред. П. Бергера и С. Хантингтона. – М. : Аспект Пресс, 2004. – С. 9, 19–20.

² Сравнительное изучение цивилизаций : хрестоматия. – М. : Аспект Пресс, 2001. – С. 514–515.

Как отмечает И. Б. Орлова, основы цивилизации составляют такие системообразующие связи, как: пространственные, простирающиеся на особенностях природной среды; временные – формирующие общности исторического бытия, культуры и языка; социально-психологические, формирующие ценности, нормативные механизмы, менталитет, осознание общности, обеспечивающие самоидентификацию людей³. При этом универсальным признаком (индикатором), свойственным всем цивилизациям, является самоидентификация индивида. Между тем эта самоидентификация индивида непосредственно вытекает из месторазвития, которое преобладает над началом «генетической близости»⁴.

Характерно, что наше месторазвитие (П. Н. Савицкий) исторически задано и не дает нам выбора, т. к. его социально-историческая среда и занятая территория, в частности Украины, реально существует, потому-то постановка вопроса о европейском выборе является иллюзорной. Иными словами, месторазвитие изменить невозможно. Следовательно, нужно ясно представить свою культурную и цивилизационную принадлежность для того, чтобы, во-первых, не питать иллюзий по поводу возможности изменения месторазвития, и, во-вторых, хранить свое месторазвитие в его религиозных, культурных, экономиче-

³ Орлова И. Б. Евразийская цивилизация. Социально-историческая ретроспектива и перспектива / И. Б. Орлова. – М. : Норма, 1998. – С. 25.

⁴ Там же. – С. 262.

ских, политических, правовых и др. особенностях.

Сегодня идея месторазвития получила подтверждение в возникновении экологической истории. В ее рамках американский ученый Дж. Даймонд убедительно показал, как география, топография, климат, океанские течения и рисунок береговой линии влияют на развитие разных обществ не в принципе, а самым конкретным образом. Согласно этому подходу европейцам просто повезло оказаться в месте, способствовавшем развитию технологий, на основе которых они затем смогли покорить остальной мир¹.

Обращение к категории «месторазвитие» дает возможность в полной мере использовать географические и исторические начала существования современной Украины. Как справедливо замечал П. Н. Савицкий, если культура есть принадлежность месторазвития, то каждая социальная среда, проявляющаяся в пределах данного месторазвития, может испытывать на себе влияние этого месторазвития и со своей стороны приспосабливать его к себе и сливаться с ним. К примеру, «китаизация» народов проникших в китайское месторазвитие, «египтизация» пришельцев в Египет, «романизация» германцев, проникших к латинянам и др.²

В этой связи может быть рассмотрена проблематика «украинизации»

как влияние украинского месторазвития на народы, оказавшиеся в пространстве этого месторазвития. Своеобразие украинского месторазвития носит специфический характер, отличается его как от романо-германского месторазвития, с одной стороны, так и от российского месторазвития – с другой. В то же время, совершенно определенно можно констатировать культурную близость Украины и России, которая как раз и выводит на их принадлежность к одной цивилизации, часто именуемой евразийской. Для этой цивилизации характерна цивилизационная идентичность, которая базируется во многом на конфессиональной основе, связанной с великой письменной традицией Ветхого и Нового Завета, объединяющих этносы в едином сакральном пространстве³.

Потому не должен вызывать сомнений ответ на вопрос, обладает ли Украина особой цивилизационной идентичностью или должна приобретать ее применительно к европейской цивилизации. Подчеркнем, что цивилизационная идентичность Украины – это ее право быть непохожей на западную Европу в силу обладания своим наследием и традицией, целью и призванием, ментальностью и судьбой.

Известно, что каждый человек в процессе создания собственного образа знакомого цивилизационного пространства проходит через процесс различения и называния знакомого, понятного, освоенного от остального, чужого, путем наделения каждой

¹ Осборн Р. Цивилизация. Новая история Западного мира / Роджер Осборн. – М. : АСТ : АСТ Москва : Хранитель, 2008. – С. 19.

² Орлова И. Б. Евразийская цивилизация. Социально-историческая ретроспектива и перспектива / И. Б. Орлова. – М. : Норма, 1998. – С. 265.

³ Панарин А. С. Православная цивилизация в глобальном мире / А. С. Панарин. – М. : Алгоритм, 2002. – С. 8.

вещи освоенного мира собственным именем. И тогда наделенное именем становится своим, близким, понятным, предсказуемым, а не наименованное выступает как чужое, неопределенное, хаотичное. Справедливо замечено, что человеческое стремление построить собственный мир изначально базируется на различении знакомого и остального, своего и другого, чужого¹.

В цивилизационном контексте важно подчеркнуть, что указание на не свое (чужое) оказывается частью идеологического охранительного жеста, призванного обеспечить незыблемость устоев данной конфигурации социального пространства², т. е. социального пространства суверенной Украины.

В современном диалоге цивилизаций должно быть столько вариантов свободы, сколько существующих цивилизаций в нем участвуют. Все открытое и вечное совершенствуется в процессе понимания другого. Не случайно каждая современная цивилизация – это сокровищница традиций, ритуалов, мировоззрений, моделей социальной самоидентификации и политической социализации³.

По мнению И. А. Василенко, пять социокультурных миров, выраженных

в соответствующих цивилизациях, стоят перед вызовом современной духовности, а именно: западно-христианская, греко-православная, конфуцианско-буддистская, индо-буддистская, исламская. При этом ключом к сравнительному анализу мировых политических культур предлагается рассматривать принцип их деления на западные и восточные⁴.

Думается, что такой подход разделения цивилизации на западные и восточные не может охватывать и не охватывает те социально-культурные образования, которые носят пограничный характер и которые несут в себе существующее различие Запада и Востока в цивилизационном единстве.

Для понимания особенностей той цивилизации, к которой принадлежит Украина, принципиальное значение имеет использование идеи о разграничении цивилизаций на «классические» и «пограничные» (Я. Г. Шемякин). Действительно, все цивилизации включают самые разнообразные элементы (культурные, этнические и т. п.) и одновременно каждая выступает как целостность, единая во всем многообразии ее составляющих. Однако соотношение единства и многообразия, гомогенности и гетерогенности коренным образом различается в цивилизациях Запада и Востока (которые являются «классическими») и в цивилизациях «пограничного» типа. Если облик первых определяет начало

¹ Довгополова О. А. Другое. Чужое. Отторгаемое как элементы социального пространства : монография / О. А. Довгополова. – Одесса : Фридман, 2007. – С. 19–20.

² Там же. – С. 31.

³ Василенко И. А. Диалог цивилизаций: социокультурные проблемы политического партнерства / И. А. Василенко. – М. : Эдиториал УРСС, 1999. – С. 67.

⁴ Василенко И. А. Диалог цивилизаций: социокультурные проблемы политического партнерства / И. А. Василенко. – М. : Эдиториал УРСС, 1999. – С. 68–74.

целостности, единое (западнохристианская, южноазиатская индо-буддистская, восточноазиатская, конфуцианско-буддистская, исламская), где в основании монолитный религиозно-ценностный фундамент, то специфика «пограничных» цивилизаций в доминанте многообразия над единством, когда религиозно-ценностное основание состоит из нескольких частей, связь между которыми слаба или отсутствует (ибероевропейская, балканская, российско-евразийская и латиноамериканская)¹.

Определяющая черта «пограничных» цивилизаций состоит в сочетании и переплетении основных типов межцивилизационного взаимодействия и противостояния, в силу чего эти цивилизации неизбежно включены в решение проблемы диалога культур. Видимо этим объясняется устремленность со стороны представителей классических цивилизаций отрицать самостоятельное значение «пограничных» цивилизаций и относить их к классическим цивилизациям либо Запада, либо Востока².

Думается, что Украина в силу своего пограничного положения неизбежно решает проблему диалога культур и принадлежит к пограничной цивилизации, именуемой евразийской.

Обращает на себя внимание тот факт, что проблема цивилизационной принадлежности Украины часто рас-

сматривается в призме преодоления тех последствий, которые связаны с советским прошлым. Между тем «аномия» (буквально – беззаконие) возникла в связи с политической нестабильностью в Украине после распада Союза ССР, поскольку в соответствии с социологической теорией аномии Э. Дюркгейма и Р. Мертоня любое изменение социальной ситуации, связанное с социальной реорганизацией, неизбежно приводит к аномии, когда попираются законы и основополагающие правовые нормы. В Украине показатель аномической деморализованности в первой же год самостоятельного существования охватил более 80 % населения. И хотя в последующие годы аномия снизилась, и по данным последних опросов около 1/3 населения способны противостоять деморализующим влияниям аномии, феномен деморализованного большинства сохраняется³.

Думается, что продвижение от тотальной аномии периода становления независимости Украины к устойчивому правопорядку гражданского общества не связано с нашим продвижением в западноевропейскую цивилизацию, а означает обретение своей собственной «пограничной» цивилизационной идентичности. На этом фоне вряд ли обоснованы утверждения, что основа культурной правовой традиции Украины формировалась

¹ Шемякин Я. Г. Россия в западном восприятии (специфика образов «пограничных» цивилизаций) / Я. Г. Шемякин // *Обществ. науки и современность*. – 2008. – № 1. – С. 135.

² Там же. – С. 136–137.

³ Головаха Е. И. Постсоветская аномия: особенности выхода из состояния аномической деморализованности в России и Украине / Е. И. Головаха, Н. В. Панина // *Обществ. науки и современность*. – 2008. – № 6. – С. 6–7.

под определяющим влиянием евроатлантической цивилизации и необходимости быстрее вернуться в европейское правовое пространство¹.

Следует подчеркнуть, что в условиях развертывания процессов глобализации сохраняет значение проблема месторазвития для любого государства, в том числе и для Украины. А ее существование в рамках пограничной цивилизации, особенности которой связаны с разнообразием религиозно-ценностных оснований, определяют не только специфическую культурную целостность Украины, но и особенности отечественной правовой культуры, правового менталитета и правовых традиций. Украинское право в силу своего месторазвития выступает как необходимая составляющая специфического социокультурного мира одной из современных пограничных цивилизаций, которая получила наименование евразийской. Не будем забывать, что западная и восточная традиция права, перекликаясь между собой, отложились в правовой культуре Украины специфическим образом, и на этой разноголосице сегодня существует целостность Украины – цивилизационная, культурная, политическая и религиозная.

Современная правовая жизнь претерпевает не самые лучшие времена. С одной стороны, заметно стремительное развитие социальных отно-

шений в сфере человеческого бытия, которое сложно поддается правовой регламентации, а с другой стороны, происходит разрушение консервативной традиции, связанной с устойчивой догмой права и ее замещение либеральной идеей верховенства права.

Все это суть более общей проблемы столкновения консерватизма и либерализма, применительно к нормированию в современном обществе. Замещение традиционных норм и отход от традиций в правовом развитии – одна из знаковых составляющих подхода многих специалистов, сориентированных на утверждение в Украине либеральных правовых ценностей, ставших определяющими в современной Европе и США, а также получивших свое признание в современном международном праве. Между тем цивилизационное и культурное развитие нашего мира, несмотря на глобализацию и интеграцию, не только сохранилось, а становится, по сути, определяющим фактором в утверждении человеческой индивидуальности и культурной ценности. В то же время можно констатировать, что правовая сфера без особого сопротивления сдает свои позиции либеральным правовым ценностям. Более того, в современной Украине эта сдача нормативных правовых позиций происходит под маркой критики тоталитаризма и сталинизма без учета таких сдерживающих центров, какими в ту пору выступали право и религия. Характерно, что если за религией (в частности, православной) еще признают какие-то заслуги в отстаивании интересов людей, то применительно к со-

¹ Козюбра М. І. Правова система України: вибір орієнтирів подальшого правового розвитку / М. І. Козюбра // Ольвійський форум-2008: стратегія України в геополітичному просторі : міжнар. наук.-практ. конф., 5–8 черв. 2008 р. Ялта, Крим, Україна : тези. – Ч. 1. – С. 129.

ветскому праву, по сути, не признается его значение как культурной ценности. Спекулятивно этот тезис задействован при решении вопроса о беспредельных заимствованиях в европейском праве, когда, к примеру, вместо приближения (аппроксимации), речь идет о приспособлении (адаптации) украинского права к праву Европейского Союза.

Здесь как раз важно понять, что право имеет духовные основания, которые напрямую связаны с человеческой культурой и цивилизацией. Так, рекламируемые идеи человекоцентризма и гуманизма не способны не только объяснить существование права в различных цивилизациях и культурах, но становятся в наше время преградой на пути сохранения многообразия мира и утверждения человеческой идентичности. Сегодня мир вышел на новый этап противостояния светского и религиозного мировоззрения в области нормы веры и нормы права, прав человека и нравственной ответственности, ценности человека и его достоинства, соотношения религиозных требований и прав человека, наконец, религиозных принципов права и механизма его действия. В этой связи важен диалог между церковью и светским обществом. Считается, что образующим качеством такого диалога является идея прав человека (патриарх Кирилл).

Вместе с тем заметно, что, по сути, сегодня происходит подмена идеи права идеей прав человека. Таким образом, право оказывается на периферии научных исследований, доктринальных дискуссий, норматив-

ных разработок. Этим, в частности, объясняется постановка вопроса о необходимости апологизации права в современную эпоху.

Понятие апология (от греч. *apologia*) – защита кого-либо или чего-либо, часто предвзятая; заступничество; восхваление¹. Осуществляемая в Украине правовая политика неизбежно использует апологизацию права. Заметим, что апология права существует в различных культурах и цивилизациях. По сути, разделение правовых систем на светские и религиозные выступает как два важнейших направления апологизации права, сложившихся на протяжении многих веков. В современных правовых системах апологизация права используется для повышения уровня легитимации существующей системы правового регулирования, т. е. большей ее поддержки со стороны населения.

Угрозами для апологии права в современном обществе становятся те способы развития правовых систем, которые до недавнего времени составляли само содержание этой апологизации. Это рационализация и мифологизация правовой сферы. Понятно, что право не может обойтись как без одного, так и без другого. Но на примере правового развития Украины можно заметить проявления этих угроз. Избранная в Украине стратегия правовой политики на всемерное использование законодательного права и кодификации, в соединении с мифами о народовластии, правовом государстве, прямом действии закона

¹ Словарь иностранных слов. – 18-е изд. – М. : Рус. яз., 1989. – С. 49.

и ряде других, уже привела к падению уровня легитимности правовой системы. К тому же легковесное отношение в политике и средствах массовой информации к такому фундаментальному акту, как Конституция Украины, по сути, подвело социум к антиконституционному эмоциональному состоянию.

За тот короткий по меркам истории срок, который существует самостоятельная правовая система Украины, апологизация права уже сменила свои ориентиры. Так, с момента становления украинского права основанием апологизации выступала идея правового государства. Стремительно исчерпав ее возможности, мы перешли к развертыванию такого содержательного конструкта, как верховенство права. Однако уже сегодня заметно, что и это средство апологизации права перестает оказывать необходимое воздействие на процессы легитимации правовой системы. Возникает вопрос: что дальше?

Использование идеи правового государства при апологизации национального права неизбежно должно было привести к кризису, поскольку создание наднациональных структур (в частности, Европейского суда по правам человека) и рассмотрение ими тех конфликтов, которые не нашли разрешения внутри государства, свидетельствует о несостоятельности правового государства как реалии.

Обращение к идее верховенства права как раз обеспечивает преодоление этой наднациональной укоризны существующим правовым порядкам. При этом заметна тенденция, которая

должна стать важнейшей в стратегии институционализации и иерархизации государственной власти в эпоху постмодерна, а именно – возвышение суда в современной государственной и правовой жизни. Именно суд сегодня способен преодолевать издержки нормативности правовой сферы, выходя к использованию ситуативного подхода и тем самым обеспечивать реальное воплощение в жизнь концептуальной идеи верховенства права.

Думается, что дальнейшая апологизация права должна выстраиваться на наполнении так называемого официального права теми ценностями и идеалами, которые соответствуют цивилизационным и национальным традициям нашего народа. Формально-рациональный тип легитимации существующего правового порядка (как следование нормативным предписаниям закона), т. е. модель апологизации через правовое государство и, с некоторой коррекцией, модель апологизации через верховенство права имеет существенный недостаток, поскольку в этих моделях нет места для субъекта правовой жизни.

Такой субъект появляется лишь тогда в качестве определяющего звена современного права, когда используется ценностно-нормативный тип легитимации, позволяющий преодолевать все усиливающийся разрыв между социальной ситуацией и правовой нормой. Следовательно, недостаток нынешней апологизации права связан с отсутствием ценностного легитимирования правовой системы. Нужно подчеркнуть, что право всегда выступает как ценностно-нормативная си-

стема. Другое дело, в каких объемах и по каким направлениям эта ценностная составляющая используется для решения конкретных задач обеспечения механизма действия права.

По нашему мнению, правовая жизнь современной Украины должна координироваться не только с помощью научно обоснованной, стратегически и тактически выверенной правовой политики, но также с использованием эффективных средств апологизации украинского права.

Апологизация права в эпоху постмодерна должна осуществляться с учетом кризиса тех фундаментальных характеристик права, которыми оно обладало в эпоху модерна, а именно: объективизма, рациональности, фундаментализма стабильности и одномерности¹. Потому так важно выявить те позитивные черты, которые составляют основу существования права эпохи постмодерна. По мнению И. Л. Честнова, таковыми должны стать, во-первых, признание у права меняющегося содержания, т. е. опора не на статику, а на динамику при сохранении его нормативности; во-вторых, сочетание в праве объективности, выражающей его нормативность, и активности субъекта; в-третьих, сочетание в праве противоположных элементов (должного и сущего, материального и идеального, общего и особенного и др.), что обеспечивает диалоговый характер права.

Представляется, что апологизация права в современности может

¹ Право и общество: от конфликта к консенсусу : монография / под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова. – СПб. : Юрист, 2004. – С. 29.

определяться идеей выдвижения субъекта права в центр правового развития. На этом пути видится продвижение от регулирования как определяющей стратегии эпохи модерна с ее основой в законодательном праве и законопорядка, к координации как определяющей стратегии эпохи постмодерна, с использованием договорного права и договорного правопорядка. При этом право модифицируется в ценностно-нормативную систему с иерархизированной системой ценностей в правовой сфере и представлениями о возможности различия между такими определяющими ценностями, как свобода, справедливость и порядок, и в этой связи ситуативными преимуществами каждой из этих ценностей правового бытия современного общества.

Как особый профессиональный слой юристы должны использовать механизм апологизации права, опираясь на идеи правового развития и те возможности правовых средств, которые раскрываются для индивида и общества при условии их использования для решения возникающих в жизни проблем. Здесь перспективна опора на антропологизацию права, поскольку выдвижение в центр правовой сферы субъекта, учет его индивидуальности, а также оценка ситуативности при решении правовых вопросов позволяют выйти на необходимый уровень апологизации украинского права, даже несмотря на конфликты между действующей правовой системой и интенсивным формированием сферы неправовой практики.

Таким образом, правовая жизнь современного общества, опираясь на апологию права, стимулирует поведение людей с позиций новых представлений о правовой реальности постмодерна, выраженных в ценностно-нормативной характеристике права, его диалоговой сущности и ситуативной рациональности. Вера в право как средство обеспечения це-

лостности и безопасности для индивида и социума, которая всегда была и будет задачей для профессионального слоя юристов, вряд ли в полной мере может быть решена без использования механизма апологизации права.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 8. – С. 142–150.

П. Рабинович, академик НАПрН Украины, профессор кафедры теории и философии права юридического факультета Львовского национального университета имени Ивана Франко

Социально-естественная правовая система общества (попытка общетеоретической характеристики)

Вступительные замечания

Что представляет собой правовая система?

Сколь бы разнообразными ни были ответы на этот вопрос, большинству из них присуща такая общая черта: понятием правовой системы стремятся отобразить, охватить *все без исключения* (или, по крайней мере, почти все) *правовые феномены* социума. Однако такой, казалось бы, вполне обоснованный подход неизбежно порождает ряд серьезных проблем.

Первая из них состоит в том, что квалификация, оценка тех либо иных явлений в качестве именно правовых, (а следовательно, и интерпретация в целом феномена правовой системы) непосредственно определяется общим *правопониманием*, является производной от него. А ему, как известно, и ранее, и ныне (да и в будущем, надо полагать, также) присуща неустраани-

мая плюралистичность¹. Учитывая это, едва ли следует ожидать появления унифицированного, однозначного понимания правовой системы. Сколько будет существовать разновидностей правопониманий, столько же будет использоваться и разносодержательных интерпретаций терминопонятия «правовая система».²

Вторая проблема усматривается в том, что когда характеризуется струк-

¹ Подробнее см.: Рабинович П. М. Праворозуміння: сутність, класифікації, нездоланність плюралізму / П. М. Рабинович // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2007. – № 5.

² Вот почему прежде чем предлагать и отстаивать те или иные определения этого понятия, следует предварительно хотя бы задекларировать (если не обосновать), какой именно смысл вкладывается в терминопонятие «право». Без этого методологически ориентирующего шага возможности «разнотечения» какой-бы то ни было дефиниции понятия правовой системы останутся очень широкими.

тура правовой системы и когда перечисляются ее составляющие, то среди последних такое явление, как *естественные права человека* (а тем более – такие же права других субъектов социума) называются крайне редко¹. Если же названное явление остается за границами правовой системы, тогда либо понимание последней утрачивает *общий* (общетеоретический) характер, либо же за этим явлением не признается статус действительно *правового*.

И, наконец, третья проблема состоит в том, что даже в тех случаях, когда естественные права и упоминаются в составе элементов правовой системы, то она все равно чаще всего интерпретируется как феномен государственно-волевого происхождения, т. е. с позиций легистско-позитивистского правопонимания. А оно, как известно, является принципиально не тождественным – можно сказать, в определенном смысле, противоположным подходу *естественно-правовому*.

Для устранения этого противоречия и для того, чтобы теоретически обосновать объединение, «суммирование» в едином целостном феномене (да и отображение последнего в одном терминопонятии) двух качественно разнородных явлений, некоторые ученые предлагают сформировать «интегрированное» (интегральное, комплексное), – точнее сказать, механически объединяющее – «естественно-легистское» правопонимание². Полагаем,

однако, что такие попытки не оказались результативными, не привели к заметному эвристическому результату.

Поиск решения обозначенных проблем должен опираться, как представляется, прежде всего на достаточно четкое *понимание сущности правопонимания* (просим читателя не считать последнее выражение ни тавтологией, ни каламбуром).

Этот сюжет и составит предмет последующего изложения.

Слово «право» как наименование понятий о разных явлениях

Нам уже приходилось обосновывать положение о том, что с давних времен указанным словом (термином) назывались понятия о весьма разнообразных феноменах. И не только в языках славянских.

Проведенное на юридическом факультете Львовского национального университета имени Ивана Франко в 2003–2005 годах этимологическое исследование на материалах 50-ти языков мира (относящихся к 12-ти языковым семьям) тех терминов, которые на момент их формирования соответствовали старославянскому слову «право», засвидетельствовало еще большее разнообразие значений понятий, обозначаемых такими терминами. Результаты этого исследования показали, что первоначально – в древние времена – такими терминами чаще всего обозначались понятия о:

– свободе человека, т. е. возможности его определенного поведения, деятельности;

– справедливости (устанавливаемой оценочным познанием специфици-

¹ См., например: Правові системи сучасності : Глобалізація. Демократизм. Розвиток. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 27, 61.

² См., например: Шафиров В. М. Естественное-позитивное право: введение в теорию / В. М. Шафиров. – Красноярск, 2004. – 258 с.

ческой – социальной и индивидуальной – значимости тех или иных общественных явлений, в частности, определенных человеческих поступков);

– установлениях (общих и индивидуализированных правилах различного происхождения) относительно человеческого поведения;

– установлениях относительно осуществления именно такого поведения субъектов, которое считается «справедливым»;

– «взвешивании» (балансировании, согласовании) интересов различных участников общественной жизни¹.

А в новой и новейшей истории термин «право» используется также для обозначения понятий об:

– определенных интересах тех либо иных субъектов социума (либо же об их потребностях, которые в таких интересах отражаются, воплощаются);

– особых чувствах, эмоциях или иных иррациональных психических явлениях, присущих субъектам;

– притязаниях субъектов относительно предоставления каких-то ценностей, благ – требованиях, обращенных к обществу, государству, к иным лицам или же к их объединениям;

– отношениях, связях, зависимостях различных субъектов общественной жизни (в том числе их прямых,

непосредственных контактах – коммуникациях, «диалогах»).

Так какое же из всех перечисленных явлений считать *правом*? Либо же одновременно несколько из них? Или, возможно, все без исключения? И существуют ли (или возникнут в будущем) еще какие-то иные явления, которые тоже способны претендовать на «правовость» и отобразиться обозначенным термином-понятием?

Для формирования и анализа ответов на обозначенные вопросы в общетеоретической юридической науке сформирована специальная категория, позволяющая охватить все существующие (и даже возможные в будущем) разъяснения относительно того, что же представляет собой *право*. Таковой служит категория **правопонимания**. И, по-видимому, не является случайным тот факт, что термином-понятием «*правопонимание*» (или синонимическое по отношению к нему терминологическое выражение «понимание права») в последнее время все чаще употребляется в научной литературе,² а иногда и становится предметом спе-

¹ См. : Дудаш Т. І. Правоназви як законірний прояв праворозуміння / Т. І. Дудаш // Права людини : соціально-антропологічний вимір: монографія // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина. Серія І, Дослідження та реферати. – Львів : Світ, 2006. – Вип. 13. – С. 91–112.

² См., например: Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы / Г. В. Мальцев. – М., 1999; Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – Саратов, 2001; Алексеев С. С. Тайна права: его понимание, назначение, социальная ценность / С. С. Алексеев. – М., 2001; Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна / И. Л. Честнов. – СПб., 2002. Марченко М. Н. Проблема правопонимания в связи с исследованием источников права / М. Н. Марченко // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 2002. – № 3; Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права / И. И. Царьков. – СПб., 2006.

циальных общетеоретических, в частности эпистемологических, исследований¹.

Приступая к выяснению содержания названного терминопонятия, прежде всего попытаемся как бы поменять местами эти два слова, из которых состоит его наименование, и тогда получим такое, можно сказать, лексико-логическое «уравнение»: *правопонимание – это понимание права*. Но ведь сама по себе такая перестановка не продуцирует существенно новых знаний.

Поэтому более эффективным представляется использование ряда положений общей теории познания – гносеологии, поскольку какое-либо понимание (а следовательно, и понимание «права») осуществляется при помощи познавательной деятельности. Следовательно, *общие* закономерности познания не могут не распространяться и на какой бы то ни было процесс понимания.

Как известно, познавательная деятельность, опосредуется разнообразными формами отображения человеческим сознанием тех реалий (явлений, предметов, процессов), которые «пребывают» вне его, т. е. существуют относительно его *объективно*. К таким формам отражения относятся ощущения, эмоции, представления, понятия, концепции, теории.

Познавательной особенностью именно *понятий* – причем особенностью наивысшей! – является то, что они способны фиксировать, «схва-

тывать» именно глубинные, сущностные особенности всех явлений определенного рода (типа, класса). И если такие отображения будут точными, адекватными, то и в каждом из этих случаев «правильное», истинное понятие будет только одно.

Понятие формируется и «живет» в сознании субъекта познания, «внутри» его. Однако чтобы стать известным, доступным другим субъектам, оно должно проявиться внешне или, как говорится, быть объективировано.

Объективация понятий (как, кстати, и иных форм психического отображения) осуществляется посредством разнообразных материальных *знаков*. В достаточно развитом обществе наиболее распространенными, обычными средствами *обозначения* понятий служат «инструменты» естественного языка – произнесенные либо написанные слова или, скажем, какие-то графические изображения (например, иероглифы). Итак, если понятие *отображает* (определенное явление), то слово – *обозначает* (определенное понятие). И если *правильное* понятие может быть, как отмечалось, только одним, то слов (или других знаков), обозначающих его, может быть столько, сколько существует языков, т. е. очень много.

Поскольку же понятий, вообще не обозначенных тем или иным словом (термином), не бывает, то и возникает основание сконструировать и использовать такое выражение: «*терминопонятие*».

Поэтому далее будем вести речь о разъяснении терминопонятия «правопонимание».

¹ См., например: Оль П. А. Правопонимание : от плюрализма к двуединству / П. А. Оль. – СПб., 2005.

Определить его можно, скажем, таким образом: **правопонимание** – это *отображение в человеческом сознании при помощи понятия, обозначаемого термином «право» (или каким-либо однозначным с ним словом либо символом), того явления, которое оказывается полезным для удовлетворения потребностей существования и развития определенных субъектов или такого же отображения самих этих потребностей.* Иными словами, это разъяснение (интерпретация) того, какие именно из явлений, упомянутых выше, отображаются понятиями, обозначенными словом «право» (или же другим однозначным с ним термином либо знаком). Кратко можно выразиться еще и так: **правопонимание** – это интерпретация того, что, собственно, отображает понятие, названное словом «право». Как уже отмечалось, к таким явлениям чаще всего относились и ныне относятся: определенные возможности (свободы) людей, их групп; общественные отношения с определенными свойствами (например, с таким свойством, как их систематическая повторяемость¹); человеческие интересы (по-

¹ См.: Цвік М. В. Фундаментальні проблеми теорії права / М. В. Цвік // Антологія української юридичної думки. Т. 10 : Юридична думка незалежної України. – К., 2005. – С. 49–52. Такое повторение, уместно отмечает автор, объективно определяется прежде всего необходимостью постоянно воссоздавать акты производства, обмена и распределения жизненно необходимых для людей материальных и иных благ. Иными словами, речь идет ни о чем другом, как о социально-экономических закономерностях. На это обстоятельство в свое время, как известно, прямо обращал внимание Ф. Энгельс.

требности); действия, направленные на удовлетворение этих потребностей; и наконец, отображения тех или иных из перечисленных явлений в психике людей (идеи, понятия, правила поведения и др.).

Специального изучения требует вопрос о том, можно ли считать **правопониманием** такое отображение в сознании полезной для субъекта значимости определенных явлений, которое осуществляется посредством не интеллектуальных, а сугубо иррациональных феноменов (скажем, ощущений, эмоций, интуиции, подсознания), которые при этом, возможно, в каких-то случаях вообще не обозначаются словом (в частности, словом «право») или каким-то иным однозначным с ним знаком.

В приведенной выше дефиниции интегрированы, как представляется, формальные (семиотические, знаковые) и содержательные (социально-сущностные) свойства **правопонимания**. Только в их единстве, целостности последнее составляет самостоятельное, качественно определенное духовное явление.

Из всего изложенного следует еще один очень важный методологический вывод: нужно четко различать такие две самостоятельные группы феноменов: первая – это **правоявления** (то есть такие феномены, которые в человеческом сознании отображаются понятиями, обозначаемыми словом «право» или однокоренным с ним словом, либо же иным словом или знаком, однозначным с указанным термином) и вторая – это **правоназвания** (то есть те слова или иные знаки,

которые используются для называния, «маркировки» таких понятий).

Связь обозначенных феноменов имеет взаимно функциональный характер. С одной стороны, поскольку правопонимание представляет собой познавательно-оценивающее отображение тех или иных явлений с присущими им определенными свойствами – явлений, существующих еще *до*, а впоследствии и *независимо* от этого отображения, – постольку оно оказывается по отношению к ним образованием вторичным, производным. С другой же стороны, эти явления конституируются как собственно правовые, – т. е. как *правоявления*, лишь вследствие обозначения результата их оценочного познания именно термином «право» (или же иным однозначным символом); и в таком аспекте они сами становятся феноменами как бы вторичными, обуславливаемыми определенным правопониманием. Итак, правоявления и правоназвания взаимно связаны двусторонней зависимостью и образуют, можно сказать, диалектическое единство противоположностей.

Этот вывод философско-правового порядка непосредственно касается общей теории права и государства. И тут, конечно, ярко проявляется то, что философия права – это наука, включающая и такие знания, которые принадлежат одновременно также и общей теории права, – наука, в определенной своей части функционирующая как методологическая составляющая этой теории.

В украинской и российской литературе содержание категории правопонимания раскрывается в большин-

стве случаев таким образом: правопонимание – это познание (осознавание, осмысление) права, а то и вообще всей «правовой реальности». Например, отмечалось, что «правопонимание – это научная категория, отображающая процесс и результат целенаправленной мыслительной человеческой деятельности, которая включает в себя познание права, его восприятие (оценку) и отношение к нему как к целостному социальному явлению»¹.

Положение о том, что правопонимание является, так или иначе, познанием права, встречается и в работах многих других авторов².

При этом предмет (границы) этого познания трактуются по-разному. Одни ученые ограничивают такой предмет только сущностью права и его ролью в регулировании общественных отношений. Другие же включают в такой предмет почти все общие свойства, черты и проявления права (и тогда получается, что правопонимание отождествляется со всем общетеоретическим правоведением). Так, утверждается, что правопонима-

¹ Леушин В. И. Понятие, сущность и социальная ценность права / В. И. Леушин, В. Д. Перевалов // Теория государства и права. – М., 1998. – С. 207.

² См., например: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – Саратов, 2001. – С. 17; Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ / А. И. Овчинников. – Ростов н/Д, 2003. – С. 14; Шемшученко Ю. С. Праворозуміння / Ю. С. Шемшученко // Юридична енциклопедія. – К., 2003. – Т. 5. – С. 48; Оль П. А. Правопонимание : от плюрализма к двуединству / П. А. Оль. – СПб., 2005. – С. 16.

ние – это система знаний концептуального характера о закономерностях становления и функционирования права, его структуре, функциях, развитии¹ или же что правопонимание – это система знаний обо всех «правовых явлениях»².

Можно, конечно, стать на в некотором роде традиционный для юристов-теоретиков путь – задекларировать «широкое» и «узкое» значения обсуждаемой категории. Но в таком случае нас будет сейчас интересовать все же второй его вариант.

Не станем останавливаться здесь на том, что (учитывая положения герменевтики как общей теории понимания, интерпретации) познание и понимание – это, строго говоря, нетождественные мыслительные процессы (и результаты последних). Однако утверждение о том, что *правопонимание* – это познание (понимание) *права*, является, как представляется, ошибочным вследствие своеобразного логического круга: ведь прежде чем изучать (познавать, осознавать) «право», исследователю как

раз и надлежит предварительно знать (решить, констатировать, задекларировать) следующее: а *что* же, собственно говоря, представляет собой, на его взгляд, то явление, которое он отображает и обозначает термином-понятием права. А такие знания, очевидно, и являются ни чем иным, как правопониманием, по крайней мере – его сердцевиной.

Поэтому распространенная в литературе «кругообразная» дефиниция рассматриваемой категории едва ли обеспечивает прирост знаний относительно последней и не раскрывает оснований ее *самостоятельного* статуса в структуре общетеоретического правоведения и философии права.

А между тем реальное правопонимание нередко приобретает и непосредственно практическое значение. Такая значимость правопонимания – как реально существующего духовного феномена – подтверждается, например, тем, что ответ на вопрос о том, чем же является «право», неоднократно формулировал в своих решениях Европейский суд по правам человека³, а относительно недавно своеобразный ответ на этот вопрос предложил и Конституционный Суд Украины (в решении от 2 ноября 2004 года)⁴.

¹ См., например: Бобровник С. В. Сучасне правописання : теоретичні проблеми та роль у подоланні колізій / С. В. Бобровник // Правова держава : зб. наук. пр. – К., 2005. – Вип. 16. – С. 87–89; Железнова Н. Д. Правопонимание и судебная практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. Д. Железнова. – Н. Новгород, 2001. – С. 13–14.

² См., например: Мицкевич А. В. Общее «нормативное» понятие права и его место в марксистском правопонимании / А. В. Мицкевич // Сов. государство и право. – 1988. – № 6. – С. 11; Оль П. А. Правопонимание : от плюрализма к двуединству / П. А. Оль. – СПб., 2005. – С. 16.

³ См., например: Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод / М. Де Сальвиа. – СПб., 2004. – С. 13, 79, 368.

⁴ Вісн. Конституц. Суду України. – 2004. – № 11.

Плюралистичность правопонимания: случайность или закономерность?

Речь идет, очевидно, о *причинах* неоднозначного ответа на вопрос: *что* является правом? То есть об обстоятельствах, которые – от начала человеческой цивилизации и доныне – обуславливали и обуславливают разнообразие интерпретаций терминопонятия «право».

В чем же эти причины состоят? Являются ли они случайными или же, наоборот, закономерными? Можно ли их устранить? Или, возможно, они когда-нибудь исчезнут сами?

Иными словами, что движет теми, кто (осознанно или же неосознанно) выбирает только *определенный* вариант правопонимания?

Не претендуя на абсолютность, безапелляционность изложенных далее утверждений, предлагаем здесь приемлемое, на наш взгляд, объяснение основных причин плюрализма правопонимания.

Такие причины (которые, вообще говоря, имеют прежде всего *социальный* характер) можно подразделить, полагаем, на две группы факторов: *гносеологические* и *потребностные*.

Первая из них состоит в том, что какое бы явление ни считать правом, оно обычно представляет собой достаточно сложный, системный, многоуровневый, многогранный феномен. А поэтому при его познании практически невозможно охватить сразу и одновременно все его стороны, грани, проявления. Чаще всего исследователь сосредоточивается только на

части «правоявления» и к тому же нередко преувеличивает, гиперболизирует ее значение, как бы не замечая других его элементов. Результатом такой познавательной ситуации становится выделение лишь отдельных моментов, свойств, признаков правоявления, которые, однако, и провозглашаются «правом» в целом, во всей его полноте и исчерпанности.

К этой же группе относится также и развитие общественных и других наук, вследствие чего возникают новые методы познания. Использование же таких методов позволяет получить дополнительные знания о правоявлениях, и это тоже может способствовать возникновению обновленных или даже новых вариантов правопонимания.

В литературе уже высказывалась такая мысль, что главная, определяющая причина плюрализма правопонимания состоит в том, что последнее касается «не разных проявлений одного и того же явления», а именно различных явлений. В результате «предметом исследования становится не одно реально существующее социальное явление, а разные явления, причем не только реальные, но и идеальные»¹. И эта мысль, учитывая

¹ Толстик В. А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права / В. А. Толстик // Государство и право. – 2004. – № 9. – С. 14. Упомянутый автор небезосновательно отмечает: «Каждый отдельный ученый исследует то, что ему хочется, и называет это правом, а потом начинается спор: это право, а это не право. Методологически – это патовая ситуация. Поскольку прийти к общему знаменателю никогда не удастся. См. также: Боброва Н. А. О понятии права, его назначении в категориальном аппарате правоведения / Н. А. Боброва // Сов. государство и право. – 1981. – № 11. – С. 46.

изложенное выше, представляется, в принципе, весьма обоснованной.

Однако в связи с этим возникают, по крайней мере, еще два вопроса: 1) чем же объяснить, что из разнообразных явлений, которые могут быть отображены (и на самом деле отображаются!) термином-понятием «право», теоретик или какой-либо другой человек *выбирает* именно такое (а не какое-то другое) явление и 2) чем объяснить, что для интеллектуального отображения и обозначения избранного явления опять же *выбирается* именно указанное термином-понятие (а не какое-то иное)?

В поисках ответа на эти вопросы выявляем и вторую – так сказать, потребностьную – группу основных причин плюрализма правопонимания.

К ней, полагаем, относятся те факторы, которые коренятся в социальной неоднородности общества, т. е. в закономерном его разделении на разнообразные части – нации, социально-экономические классы, идеологические группировки и другие общности. Сказывается, ясное дело, и биологическое разделение людей (возрастное, половое). А такие социальные и биологические группы (сообщества или объединения их участников) имеют – наряду с одинаковыми, общесоциальными потребностями и интересами – также и свои специфические, неодинаковые потребности, интересы. И поэтому вполне естественным оказывается то, что каждая такая группа (в лице ее индивидуальных либо коллективных представителей) склонна считать *правом* прежде всего такое явление, которое

улучшает, облегчает, а не осложняет, не ухудшает ее существование, жизнедеятельность и развитие, – явление, которое способствует, а не препятствует удовлетворению ее потребностей и интересов. И такие – «потребностные» – причины нередко становятся даже более влиятельными, действенными, нежели причины первой группы.

Что же касается «футуристического» вопроса о том, удастся ли когда-либо достичь однозначного правопонимания, – ответы даются весьма различные, порой противоположные, взаимоисключающие. Одни теоретики склонны отвечать на этот вопрос утвердительно (особенно сторонники так называемого интегративного (интегрального) правопонимания)¹, другие же – отрицательно².

Мы разделяем второй подход. И вот почему.

Поскольку существование какого-либо человеческого общества сопровождают (и, по-видимому, уже всегда будут сопровождать) все отмеченные выше факторы (причины), то плюрализм правопонимания и далее будет постоянно присущ чьему бы то ни было, какому бы то ни было правосознанию (включая и правовые воззрения представителей юридической науки). И хотя в последней – особенно в недавнее время – и предприни-

¹ См., например: Оль П. А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству // П. А. Оль – СПб., 2005. – С. 45–46, 209–215.

² См., например: Шемшученко Ю. С. Що є право? / Ю. С. Шемшученко // Антологія української юридичної думки. Т. 10 : Юридична думка незалежної України. – К., 2005. – С. 46.

маются, как отмечалось, попытки сконструировать унифицированное, «интегральное» правопонимание, однако и среди их авторов оно не становится общепризнанным и однозначным. Так или иначе, на сегодня в таких попытках четко прослеживается, можно сказать, плюрализм интегральности...

Итак, *содержательная плюралистичность общего правопонимания была, есть и, полагаем, всегда будет оставаться его неизбывным, непреодолимым свойством*. По крайней мере, два издавна известных, можно сказать, «классических» типа правопонимания – «естественный» и «позитивистский» будут существовать, как представляется, всегда (как диалектическое единство противоположностей).

В частности, позитивистско-легистское правопонимание, очевидно, никогда не исчезнет прежде всего благодаря «бессмертию» государственно-регулятивной практики, относительно которой постоянно будут существовать определенные социальные группы и организации (в том числе, безусловно, и само государство), заинтересованные в том, чтобы ее обосновывать, оправдывать, рекламировать именно как «справедливую», «праведную», «правильную» – одним словом, как «правовую». В этом можно усматривать основную причину жизнестойкости, принципиальной неискоренимости этого типа правопонимания.

Что же касается его, так сказать, неотъемлемой «тени» – правопонимания «естественного», то основной причиной жизнестойкости, принци-

пиальной неустраняемости последнего является, на наш взгляд, необходимость постоянного существования в *социально неоднородном обществе* какого-то идеального ориентира, протестного «критика» государственно-волевого (юридического) регулирования. Ведь в таком обществе тоже всегда будут существовать отдельные слои, группы, которые так или иначе не удовлетворены осуществляемым государством юридическим регулированием (по крайней мере, в определенной его части).

А впрочем, когда даже в пределах позитивистско-легистского правопонимания упомянутое терминопонятие применяется именно для *оправдания* государственно-юридического регулирования (а не для его критики), то и тогда – казалось бы, парадоксально! – используется как раз внепозитивистский идеальный «эталон», духовный конструкт естественно-правового подхода!

Еще одну весомую социальную причину бессмертия «естественного» правопонимания можно усмотреть в закономерном развитии человеческого общества в целом, вследствие чего, в частности, возникают новые потребности, удовлетворение которых уже не может быть обеспечено существующими государственно-юридическими (легистскими) инструментами. А тогда – опять же для критики последних – приходится иногда прибегать и к аргументации естественно-правовой.

При этом, разумеется, «доза» распространности, степень влияния, применения каждого из обсуждаемых

классических типов правопонимания, формы и способы их взаимоотношений (конкуренция, «интегрирование», толерантное сосуществование и др.) будут, очевидно, неодинаковыми в разных обществах и при различных конкретно-исторических обстоятельствах.

Приведенные положения «срабатывают» с особой убедительностью в тех случаях, когда, например, сущностно-содержательным стержнем, квинтэссенцией права провозглашается такое свойство общественных отношений, человеческих поступков или иных социальных явлений, как их «справедливость»¹ (а она, как известно, некоторыми авторами даже включается в дефиницию общего понятия права). Ведь при таком подходе, доведенном до его логического завершения, термины «право» и «справедливость» неминуемо становятся едва ли не синонимами, которые обозначают одно понятие об одном и том же явлении. А поскольку содержательно-конкретная интерпретация справедливости, как правило, остается неоднозначной (несмотря на унифицированность, общечеловечность терминологии, которая при этом употребляется), такое правопонимание становится изна-

чально и принципиально обреченным на неизбежный, неотвратимый плюрализм.

По этому поводу можно заметить и то, что сам интеллектуально-духовный процесс нахождения, конституирования «справедливости» (в частности, содержательное наполнение ее критериев) не является процессом беспричинным и немотивированным. Он объективно обуславливается рядом обстоятельств, которые существуют вполне «позитивно». К ним относятся, в частности, – причем нередко лишь в *конечном итоге* – определенные потребности (интересы). Правда, они обычно легко укрываются под абстрактными лозунгами и понятиями (на примере той самой категории «справедливость»). Однако последние являются – в их *глубинном* измерении – так или иначе, духовными «испарениями» материальных условий жизни (какими бы многочисленными и разнообразными явлениями, звеньями, эти «испарения» ни опосредовались, ни усложнялись). Об этом свидетельствует вся история человечества, положенная в основу его диалектически интерпретированного материалистического понимания. А поскольку такие условия закономерно неодинаковы, то и представления разнообразных субъектов о том, в чем же состоит «справедливость» (а, следовательно, и «право»), не могут не быть заведомо плюралистическими.

Учитывая это, призывы отдельных авторов – как зарубежных, так и отечественных – отыскать право, опираясь только лишь на так называемую «транс-

¹ См., например: Роулс Дж. Теория справедливости / Дж. Роулс. – Новосибирск, 1995. – Разд. 6; Харт Х.-А. Концепция права / Х.-А. Харт. – К., 1998; Хайек Ф. А. Право, законодательство та свобода. Т. II / Ф. А. Хайек. – К., 1999; Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер. – К., 1999. – Разд. 2, 3; Дворкин Р. Серьезный взгляд на право / Р. Дворкин. – К., 2000; Чернобель Г. В. Право как мера социального блага / Г. В. Чернобель // Журн. рос. права. – 2006. – № 6. – С. 89.

цендентальную» справедливость, являются давно известным способом уклонения от ответственности за действительные социальные последствия тех решений и действий, которые ею обосновываются. Ведь и *такую* справедливость (*такое* право) можно разъяснить, конкретизировать достаточно неоднозначно – даже взаимоисключаяще. Поэтому предложенная правоведению концепция «трансцендентальной» справедливости как критерия правовости объективно способна служить идеологическим средством оправдания по крайней мере равнодушия к реальным потребностям, запросам, интересам, наконец, к человеческим судьбам, – а следовательно, быть концепцией де-гуманистической...

Следует отметить и то, что современные философские исследования категории «трансцендентное» приводят к выводам о том, что ее смыслозначимость «является изменчивой и зависит от ментального горизонта позитивности», а поиски путей преодоления этого горизонта «приводят к исследованию такой формы духовной культуры, как мистицизм»¹.

Кстати, эти же соображения могут касаться в определенной мере и утверждений о том, что сущностным, основным признаком права, его гуманистичности является его ценность². Ведь, как известно, ценности

¹ Мельник В. В. Историко-філософська інтерпретація ідеї трансцендентного : методологічні підходи та експлікації : автореф. дис. ... канд. філос. наук / В. В. Мельник. – Дніпропетровськ, 2006 – С. 13–14.

² См., например: Бабкін В. Філософія права: проблеми і підходи / В. Бабкін., В. Бігун // Право України. – 2006. – № 5. – С. 178.

ми считаются такие явления (процессы, предметы), которые способны быть полезными для удовлетворения потребностей (интересов) субъектов оценивания – отдельных людей, социальных общностей или объединений и, наконец, всего общества. В социально неоднородном обществе представления о ценностях – неценностях (как и о справедливости – несправедливости) обычно неоднозначны. И объяснить такие расхождения в оценках (в том числе и представлениях относительно права – неправа) едва ли возможно, если не учитывать различий в соответствующих потребностях, духовными «испарениями» которых оказываются так или иначе – пусть и достаточно опосредствованно, лишь в *конечном* итоге – представления о ценностях.

Учитывая изложенное, полагаем достаточно обоснованным утверждение современного российского теоретика Г. В. Мальцева о том, что «...общемировое понимание и определение права практически невозможны...» (хотя в пределах каждого отдельного государства возможность достижения унифицированного правопонимания он все же признает)³. Подобную позицию в основном разделяет и другой известный ученый – М. Н. Марченко. При этом относительно проблемы различения права и закона (или, в другой формулировке, – различения закона правового

³ Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы / Г. В. Мальцев. – М., 1999; Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – Саратов, 2001. – С. 4.

и закона неправового) он замечает, что «...ее удовлетворительное разрешение возможно только на принципиально новой методологической и мировоззренческой основе и является делом отдаленного будущего»¹.

Классификация правопониманий

Ее возможно осуществлять по разным критериям. А именно:

1) в зависимости от признания наличия либо же, наоборот, отсутствия связи между возникновением «права» и человеческим сознанием – правопонимание *объективистское* (когда считается, что явление, которое отображается термином-понятием «право», возникает независимо от сознания и воли какого бы то ни было участника социума, хотя потом оно и может осознаваться тем или иным субъектом, – к примеру, теологически-божественное правопонимание) и правопонимание *субъективистское* (когда правом признается явление, возникающее как проявление, результат функционирования такого сознания и воли, например, правопонимание психологическое).

Второе из них, в свою очередь, может быть подразделено на *относительно субъективистское* или же *субъективистско-объективистское* (например, так называемое легистское или нормативистское правопонимание, когда правом считаются предписания законодателя, которые возни-

кают по его воле, но независимо от индивидуальной воли каждого из других субъектов и существуют относительно последних как объективная реальность) и *абсолютно субъективистское*, когда право понимается как такое явление, которое не только продуцируется сознанием, но и вне его вообще не существует (например, так называемое коммуникативное (интерсубъективное, дискурсивное) правопонимание);

2) по способу обоснования, аргументации – *научное* и *вненаучное* (скажем, мифологическое, религиозное, мистическое, интуитивное);

3) по культурно-цивилизационной распространенности – *«западное»* (прежде всего европейское) и *«восточное»*;

4) по социально-содержательной природе – *этническое (национальное), классовое, профессиональное* и т. д.;

5) по количественному составу носителей, субъектов правопонимания – *индивидуальное* и *коллективное*;

6) в зависимости от того, интересы каких субъектов (отдельных индивидов, человеческих общностей или объединений или же всего общества) непосредственно воплощает, «обслуживает» определенное правопонимание, оно подразделяется, с некоторой условностью, на *индивидуалистское*, «частное» (отображает интересы отдельных индивидов или их объединений) и *коммунитаристское*, «публичное» (отображает интересы социальных общностей, в конечном итоге государства как формального представителя всего общества);

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник в 2-т. Т. 2. Право / М. Н. Марченко . – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Проспект, 2007. – С. 17, 35.

7) по отсутствию либо наличию зависимости правопонимания от регулятивной деятельности государства, его органов – правопонимание *общесоциальное*, в частности, так называемое «естественное» (точнее говоря, – социально-естественное), когда правом признаются общественные явления (например, возможности, т. е. свободы, а также необходимости, обязанности, социальные нормы поведения, отношения субъектов и др.) негосударственного происхождения и функционирования, и правопонимание *специально социальное* – государственно-волевое или, условно говоря, «юридическое» (право как результат исключительно государственной деятельности).

Возможны, разумеется, и иные способы классификации правопониманий¹.

Общесоциальная и государственно-юридическая правовые системы

Общесоциальное (социально-естественное) право – это прежде всего определенные возможности участников общественной жизни, которые необходимы для удовлетворения их биологически и социально детерминированных – при определенных исторических условиях – потребностей, объективно определяются достигнутым уровнем развития общества, обеспечены каждому из всех одновидовых субъектов соответствующими обязанностями других субъектов и сбалансированы с по-

требностями последних, а также принципы и социальные нормы, в которых такие возможности фиксируются.

Словом, именно социальные возможности (свободы) и обязанности субъектов (отображенные затем в соответствующих принципах и нормах) как раз и составляют бытийную (онтическую) сущность общесоциального права. Они являются *субъективными общесоциальными правами и субъективными общесоциальными обязанностями*.

В зависимости от того, кому именно (т. е. субъекту какого вида) принадлежат эти возможности, кто именно является их носителем, различают: 1) право индивидуальное – права человека (индивида) и 2) право коллективное – права человеческих групп, общностей. Это различие относимо и к социально-естественным обязанностям.

Ко второй разновидности общесоциального права (права коллективного) относимы:

– права отдельных социальных или биологических общностей (наций, классов, половых, возрастных, территориальных и других групп населения, наконец, всего определенного общества);

– права социальных объединений (семей, общественных организаций);

– права всего человечества (населения Земли).

Все упомянутые выше права и обязанности (возможности и «необходимости» поведения) обычно отображаются в индивидуальном и коллективном сознании, а со временем –

¹ См., например: Оль П. А. Правопонимание : от плюрализма к двуединству / П. А. Оль. – СПб., 2005. – С. 52–64.

в тех или иных социальных нормах и принципах. (Примерами норм и принципов могут служить, скажем, положения международных актов об основоположных правах и обязанностях человека, определенных социальных или иных человеческих общностей.) Такие нормы и принципы, а также обозначенное коллективное сознание можно считать *объективной* (относительно отдельных субъектов) частью общесоциального права.

Та же часть сознания о социально-естественных правах и обязанностях, которая приобретает рационализированный, систематизированный, логически аргументированный характер, конституируется как концепция, доктрина «естественного» права, стержень которой образует *естественное правопонимание*.

Теперь, наконец, следует объяснить, почему мы минимизируем использование или вообще избегаем употребления относительно рассматриваемого права термина «естественное» (а если и применяем последний, то его окавычиваем) и отдаем предпочтение терминам «общесоциальное» или же «социально-естественное» (право).

Дело в том, что «естественность» права (в частности, фундаментальных прав человека) издавна и до сегодняшних дней интерпретируется, как известно, весьма неоднозначно. Среди основных концептуальных подходов к такой интерпретации нами в свое время были выделены: легистский, этический, психологический, трансцендентальный (чаще всего теологический), естественно-природ-

ный (в частности, биологический и социальный)¹. Поскольку же мы принципиально исключаем эвристичность естественно-природного понимания правовых или иных социальных явлений (в частности, его, так сказать, физикализацию, биологизацию, космолизацию)², постольку и стремимся избегать употребления тех терминов, которые облегчали бы, «прикрывали» именно такое понимание права, прав человека.

Что же касается используемого нами выражения «социально-естественное» (право), то оно направлено на акцентирование собственно социальной интерпретации этого феномена. Речь идет, следовательно, о понимании последнего как явления сугубо *социального*, возникающего и существующего в обществе вполне *естественно* (в смысле нормально, закономерно, неизбежно).

Общесоциальные (социально-естественные) правовые возможности (свободы) и обязанности, а также отображающие их естественно-правовое сознание и естественно-правовые нормы образуют, так или иначе, качественно самостоятельную целостность, единство – одним словом, *систему*. Назвать ее как раз и можно *социально-естественной* (либо же *общесоциальной*) *правовой системой*.

¹ См., например: Укр. часопис прав людини. – 1995. – № 1. Известный немецкий философ права Р. А. Алекси констатирует некоторые иные подходы к пониманию основных прав человека (см.: Алексі Р. Існування прав людини Р. Алексі // Право України. – 2011. – № 8. – С. 125–130).

² См.: Вісн. Акад. прав. наук України. – 1995. – № 3.

Необходимыми элементами этой системы являются также те социальные институты (учреждения, организации, объединения, формирования), которые должны содействовать уважению и осуществлению, охране и защите социально-естественных прав и исполнению социально-естественных обязанностей (скажем, государственные и общественные международные организации, их структуры и органы).

Что же касается «этатистского» (государственно-волевого), условно говоря, *юридического права*, то – в рамках позитивистского-легистского правопонимания – им считают, как известно, систему формально-обязательных принципов и общих правил (норм) физического поведения, установленных или санкционированных государством, которые выражают общесоциальные интересы, а также интересы прежде всего доминирующей части социально неоднородного общества, направлены на регулирование общественных отношений и обеспечиваются организационной, идеологической и, при необходимости, принудительной деятельностью государства, а также определяемые такими принципами и нормами возможности (свободы) субъектов. В приведенной дефиниции отображены, таким образом, и объективное, и производное от него субъективное юридическое (государственно-волевое) право. Если же эти два «юридических» (государственно-волевые) явления дополнить еще и «юридическим» сознанием, которое их отображает, тогда получим феномен *государственно-правовой*

(*государственно-юридической*) *системы*.

Но, быть может, и первая, и вторая из рассмотренных социальных систем, будучи обе названы *правовыми*, составляют как бы подсистемы более «объемного» системного феномена – права в целом?

Утвердительный ответ на этот вопрос был бы приемлем, если бы в естественно- и государственно-правовой системах удалось обнаружить некие общие *содержательные* свойства, которые как раз и служат носителями, выразителями «правовости» соответствующих явлений. Однако если такие свойства и существуют (скажем, справедливость, соответствие требованиям морали), то, во-первых, они присущи обычно только лишь *части* каждой из упомянутых правовых систем (так, едва ли *все* законы национальной государственно-юридической системы признаются справедливыми *всеми* членами соответствующего общества). А во-вторых, поскольку социально-содержательные свойства государственно-юридической системы имеют, так или иначе, оценочный характер, постольку и они в социально-неоднородном обществе не квалифицируются однозначно. И, в-третьих, то, что является действительно однопорядковым в указанных правовых системах (в частности, такие их структурные элементы, как возможности и «необходимости» (поведения), их отображение в общественном сознании и, наконец, соответствующие социальные нормы), имеет главным образом формальный, а не содержательный характер.

Но из этого отнюдь не следует, что такие правовые системы существуют неконтактно, совершенно изолированно друг от друга, не взаимодействуют, не взаимозависят. В той части, в какой государственно-юридическая правовая система (и прежде всего ее нормативная составляющая) адекватно отображает содержание основных элементов социально-естественной правовой системы, – обе они находятся в отношениях соответствия первой системы – второй. Однако и это соответствие чаще всего не бывает абсолютно полным.

Во-первых, потому что государственно-юридическая правовая система может воплощать социально-естественные явления – в силу различных причин – лишь частично или неточно. И тогда часть из них оказывается как бы за ее «бортом». Да и развивается, изменяется социально-естественная правовая система обычно быстрее, нежели система государственно-юридическая.

А во-вторых, в государственно-юридической правовой системе зачастую существуют и такие элементы, которые содержательно не соответствуют, противоречат праву «естественному».

Ну а почему все-таки одним и тем же словом (термином «право») обозначают качественно нетождественные, онтически автономные, самостоятельные системные явления, – на этот вопрос ответ уже предлагался выше.

Так или иначе, четкое различие социально-естественной (общесоциальной) правовой системы и правовой системы государственно-юридической (так сказать, специально-социальной) способствует, как представляется, предупреждению либо же решению тех отмеченных в начале этой статьи научных проблем, которые обычно порождаются распространенными в теоретической литературе положениями об определении общего понятия и о составе правовой системы.

Напоследок же заметим, что в каждом случае использования в юридической литературе – то ли учебной, то ли научной – терминопонятия «право» следует оговаривать, декларировать, в каком именно смысле оно употребляется: легистском или же «естественном» (особенно если этот смысл не вытекает с очевидностью из контекста). Это замечание касается и всех производных от него прилагательных: «правовая» (реальность, сфера, жизнь, ситуация, норма, обязанность, конструкция, техника и др.); «правовой» (порядок, акт, закон, факт), «правовые» (явления, отношения, средства, источники, формы, институты, договоры). Оно относится, разумеется, и к употреблению терминосочетания «правовая система».

Опубликовано: Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. Т. 1 : Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины. – Х. : Право, 2011. – С. 141–163.

В. Румянцев, член-корреспондент НАПрН Украины, декан факультета подготовки профессиональных судей, профессор кафедры истории государства и права Украины и зарубежных стран Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Конституция Украинской Народной Республики 29 апреля 1918 года

После Конституции Ф. Орлика Конституция Украинской Народной Республики (Устав о государственном устройстве, правах и вольностях УНР) 29 апреля 1918 года – наиболее заметное явление в развитии конституционного законодательства Украины.

Работа над проектом Конституции началась после провозглашения Украинской Народной Республики, поскольку это историческое событие поставило в повестку дня необходимость принятия Основного Закона. Его основные принципы от имени конституционной комиссии сформулировал М. Грушевский¹. Важное место отводилось вопросам компетенции законодательной власти, определению полномочий исполнительной и судебной властей. Изначально в основу Конституции была положена идея разделения властей с целью гарантирования демократического раз-

вития Украинского государства. Работа над проектом Конституции разворачивалась достаточно плодотворно и довольно быстрыми темпами, чему в значительной мере способствовала развитость в Украине на рубеже XIX–XX вв. государственно-правовой мысли, вобравшей в себя лучшие достижения мирового опыта.

Военные действия в конце 1917 – начале 1918 года не дали возможности завершить работу над проектом Конституции, надлежащим образом обсудить и принять ее. Текст Конституции, вспоминал Д. Дорошенко, «был одобрен практически без изменений, т. е. в той редакции, которая была предложена комиссией»².

Основы построения Украинской Народной Республики как государства суверенного, самостоятельного

¹ Нова Рада. – 1917. – 20 листоп.

² Дорошенко Д. Історія України 1917–1923 рр. – Т. 1 : Доба Центральної Ради / Д. Дорошенко. – Ужгород, 1932. – С. 331–332.

и ни от кого не зависимого были изложены в первом разделе Конституции. Сувереном в государстве выступал народ, т. е. все граждане УНР. Свои суверенные права народ осуществлял через Всенародное Собрание Украины (статьи 1–3).

Конституция провозглашала единство и неделимость территории Украинской Народной Республики. Без согласия Всенародного Собрания при квалифицированном большинстве в 2/3 голосов не могли осуществляться никакие изменения границ УНР или правогосударственные отношения какой-либо территории к Республике (ст. 4).

Исходя из единства системы власти в УНР Конституция предоставляла административно-территориальным единицам права широкого самоуправления (ст. 5).

Нациям, проживавшим в пределах Украинской Народной Республики, предоставлялись широкие права на устройство своей культурной жизни в национальных границах (ст. 6).

Показателен тот факт, что уже вторая глава Конституции была посвящена правам граждан УНР.

Конституция предоставляла права гражданства Украинской Народной Республики в соответствии с законодательством УНР. Конституция не допускала двойного гражданства – граждане УНР не могли быть одновременно гражданами другой страны. Конституция допускала выход из гражданства УНР путем обращения с заявлением к правительству УНР и соблюдения установленной законом процедуры. Одновременно Конституция содержала институт лишения гражданства УНР. Этот акт мог осуществляться

только по постановлению Генерального Суда. Хотя ни оснований, ни процедуры лишения гражданства УНР Конституция не предусматривала.

За гражданами УНР признавался широкий круг личных свобод: неприкосновенность личности и жилища, тайна переписки, свобода места пребывания, а также политических прав: активное и пассивное избирательное право, свобода слова, печати, совести, организаций, забастовок. Большинство этих прав могли пользоваться все жители УНР, а полнота гражданских прав принадлежала только гражданам Украинской Народной Республики обоих полов после достижения ими 20-летнего возраста.

Пользование гражданскими правами было равным для мужчин и женщин. Оно не зависело от места рождения, вероисповедания, национальности, образования, имущества, налогообложения.

Конституция, насколько это было возможно, устанавливала гарантии защиты тех или иных прав граждан. Статья 13 закрепляла, что гражданин УНР и никто другой не могут быть арестованы на ее территории без судебного решения, кроме как на месте преступления. Но и в этом случае человек должен был быть отпущен не позднее, чем по истечении 24-х часов, если суд не установит оснований для его задержания.

Статья 15 исходила из презумпции неприкосновенности жилища, хотя в отдельных случаях разрешала правоохранительным органам нарушать неприкосновенность жилья без судебного решения, но обязывала последние на протяжении 48 часов пре-

доставить соответствующее судебное решение.

Главы 3, 4 и 5 были посвящены государственному устройству Украинской Народной Республики.

Одним из главных принципов Конституции УНР было разделение власти на законодательную, исполнительную и судебную ветви. Согласно этому определялась структура центрального государственного аппарата. Законодательную власть должен был представлять парламент – Всенародное Собрание (ст. 23), исполнительную – правительство – Совет Народных Министров (ст. 24), судебную – Генеральный Суд УНР (ст. 25). Основной Закон государства исходил из того, что каждая ветвь власти имеет свое назначение («функции»). При этом особо подчеркивалось, что ни одна из них не имеет права выполнять функции другой (ст. 63).

Необходимым условием реализации принципа разделения власти на практике является наделение каждой ее ветви соответствующей компетенцией, с тем чтобы они не противостояли, а взаимно дополняли друг друга, согласовывали между собой все проблемы и действовали как единый политический организм на благо народа.

Но в вопросе распределения компетенций между законодательной и исполнительной ветвями власти составители Конституции не проявили достаточной последовательности. Более или менее четко определялась компетенция парламента. Всенародное Собрание могло рассматривать и решать любой вопрос государственной, экономической и социально-

культурной жизни республики. Одновременно Конституция подчеркивала статус Всенародного Собрания как верховной власти УНР путем определения предметов его исключительного ведения. При этом ее составители исходили из классических представлений о прерогативах парламента и относили к ним важнейшие вопросы жизни Украинской Народной Республики: установление налогов и займов; призыв граждан УНР на обязательную военную службу; объявление войны и заключение мира; ратификация международных договоров; установление единиц меры, веса и денежной системы УНР.

В то же время Конституция в общих чертах определяла компетенцию правительства. Ведению Совета Народных Министров должны были подлежать все дела, которые выходили за границы деятельности органов местного самоуправления или касались УНР в целом (ст. 50).

Пробелом в Конституции УНР 1918 г. была неопределенность компетенций местных органов власти. Заявив, что УНР предоставляет своим землям, волостям и общинам права широкого самоуправления (ст. 5), Конституция абсолютно не заботилась о размежевании компетенции между местными и центральными государственными учреждениями¹.

Нечеткое размежевание компетенций между парламентом и правительством при неопределенности ком-

¹ Лисяк-Рудницький І. Українська революція з перспективи сорокаліття / І. Лисяк-Рудницький // Історичні есе : у 2 т. – К., 1994. – С. 48.

петенций органов местного самоуправления вряд ли создавало условия для самостоятельной и эффективной реализации исполнительной ветвью власти своего назначения. Наоборот, это ставило ее в зависимость от всемогущего парламента – Всенародного Собрания¹, делало правительство его своеобразным придатком, что было серьезным препятствием на пути реализации принципа разделения власти.

Конституция также содержала существенные противоречия относительно размежевания между парламентом и правительством на организационном уровне. В Основном Законе отсутствовали должности главы государства (президента) и даже главы правительства (премьер-министра). И это не следует расценивать лишь как курьез, поскольку составители Конституции осознавали необходимость последовательного курса практической политики страны, что могло быть осуществлено только при условии персонификации власти. Однако решали они эту проблему опираясь преимущественно на опыт Центральной Рады, проявлением чего можно считать двойственный статус главы Всенародного Собрания: с одной стороны, на него возлагались типичные функции главы парламента – созывать сессии Всенародного Собрания, проводить их заседания, а с другой – он наделялся полномочиями главы государства – поскольку выпол-

нял функции, связанные с представительством УНР, формировал правительство.

Большое значение в проблеме разделения власти имела возможность разных ее ветвей сдерживать и контролировать друг друга. В этом плане Конституция УНР содержала целый ряд организационно-правовых мероприятий – своеобразную систему сдержек и противовесов.

Прежде всего это касалось порядка формирования ветвей власти. Довольно тщательно Конституция определила эту процедуру относительно парламента. Основным Законом провозглашал, что Всенародное Собрание избирается общим, равным, непосредственным и тайным голосованием. Вместе с тем устанавливалась пропорциональная система представительства на парламентских выборах, которая на практике способствовала партийной раздробленности и межпартийной борьбе и поэтому делала законодательный орган мало работоспособным². Один депутат должен был избираться от 100 тыс. человек населения. Это обеспечивало численный состав Всенародного Собрания примерно в 300 человек, что было оптимальным с точки зрения как представительства, так и эффективности работы парламента.

Относительно порядка формирования исполнительной и судебной ветвей власти Конституция установила, что и Совет Народных Министров,

¹ Скрипнюк О. В. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку громадянського суспільства і правової держави в Україні / О. В. Скрипнюк. – К., 1995. – С. 80.

² Лисяк-Рудницький І. Українська революція з перспективи сорокаліття / І. Лисяк-Рудницький // Історичні есе : у 2 т. – К., 1994. – С. 48.

и Генеральный Суд УНР избираются Всенародным Собранием. Всенародное Собрание избиралось на три года (ст. 31); такой же срок полномочий имело и правительство, поскольку оно получало «свое полномочие от Всенародного Собрания» (ст. 51) и соответственно слагало свои полномочия перед вновь избранным парламентом. Генеральный Суд УНР избирался на пять лет (ст. 66).

Конституция УНР 1918 года закрепляла возможность контроля деятельности правительства через депутатский запрос со стороны парламентариев. В соответствии со ст. 55 и ст. 56 каждый депутат Всенародного Собрания имел право ставить запросы Совету Народных Министров в целом или отдельным его членам. Партийные фракции и депутатские группы (не меньше 15 человек) могли «высказывать желание выяснений». Запросы объявлялись через Президиум Всенародного Собрания. Субъекты, к которым были обращены депутатские запросы, на протяжении семи дней должны были дать пояснение на Всенародном Собрании УНР – лично или через своих представителей. Ответ на депутатский запрос становился предметом обсуждения на сессии, а в случае необходимости – основанием для принятия Всенародным Собранием соответствующего решения.

Конституция предусматривала возможность досрочного прекращения полномочий органов законодательной и исполнительной власти, хотя и не устанавливала для этого оснований. Но здесь, как и в других вопросах, она исходила из доминиро-

вания законодательной ветви власти над исполнительной. Правительство не имело права досрочно распустить парламент и назначить новые выборы, в то же время Всенародное Собрание имело право выразить недоверие Совету Народных Министров как в целом, так и отдельным министрам, что означало их отставку. Такие положения Основного Закона привели бы к уничтожению внутренней солидарности правительства, а отдельные министры на практике должны были бы повиноваться приказам партийных фракций в парламенте¹. И хотя Конституция устанавливала процедуру досрочного прекращения полномочий Всенародного Собрания, она была довольно сложной и в значительной мере зависела от самого Собрания. Парламент распускался волей народа, выявленной не менее чем тремя миллионами избирателей, письменными заявлениями, переданными Генеральному Суду через общины; который, после проверки правомочия подписей, извещал об этом требовании Всенародное Собрание. На этом основании последнее могло принять решение о своем досрочном роспуске (ст. 32). Тем не менее это не означало немедленного роспуска Всенародного Собрания. Новые выборы назначало правительство, и на протяжении трех месяцев должно было быть созвано новое Всенародное Собрание, перед которым слагал полномочия парламент предыдущего созыва (ст. 33).

¹ Лисяк-Рудницький І. Українська революція з перспективи сорокаліття / І. Лисяк-Рудницький // Історичні есе : у 2 т. – К., 1994. – С. 48.

Важным элементом в системе сдержек и противовесов является возможность исполнительной и судебной ветвей власти осуществлять контроль законодательной деятельности парламента посредством права вето со стороны исполнительной власти или признания тех или иных законов не соответствующими Основному Закону – со стороны судебной власти.

К сожалению, Конституция УНР 1918 года не содержала этой формы контроля за деятельностью парламента. Откровенно говоря, такого контроля со стороны исполнительной власти вообще не могло быть, поскольку не было предусмотрено должности ни президента, ни премьера, которые бы олицетворяли высшую исполнительную власть и имели право вето на законы, принятые Всенародным Собранием. И вообще, правительство не могло взять на себя функцию контроля законодательной деятельности парламента, поскольку полностью зависело от него.

Ничего в Конституции не было сказано и о возможности осуществлять контроль за соответствием ей текущего законодательства со стороны Генерального Суда.

На практике это могло привести к тому, что всемогущий парламент – Всенародное Собрание – был бы еще и бесконтрольным в своей деятельности.

Еще одним важным элементом разделения власти является несовместимость депутатского мандата с возможностью занимать ответственные должности в аппарате управления. Но Конституция игнорировала этот прин-

цип и разрешала депутатам Всенародного Собрания одновременно быть и членами Совета Народных Министров. И хотя в ней содержалась оговорка, что в таком случае они имеют в парламенте лишь совещательный голос (ст. 59), но это не ликвидировало серьезного разногласия в вопросе разделения между законодательной и исполнительной ветвями власти.

Много внимания Основной Закон уделял регламентации организационных и правовых форм деятельности Всенародного Собрания, строя их на началах парламентаризма. Важнейшей организационной формой и одновременно высшим органом Всенародного Собрания являлись его сессии. Очередные сессии должны были созываться дважды в год, а перерыв между ними не должен был превышать трех месяцев. По требованию 1/5 части депутатов могли созываться внеочередные сессии.

Конституция определила несколько заниженный кворум для правомочности решений парламента. Для этого предполагалось присутствие на заседании свыше 1/2 депутатов, а все вопросы решались обычным большинством присутствующих (ст. 38). На практике это могло бы привести к принятию того или иного решения при голосовании за него лишь четверти парламентариев от их общей численности. И только для решения важнейших вопросов государственного устройства (отделение территорий, изменения в Конституции, объявление войны, привлечение к следствию и суду министров) необходимыми были особый кворум (3/5 от общего

числа депутатов) и квалифицированное большинство голосов (2/3).

Руководящей структурой парламента по Конституции УНР был Президиум, который избирался Собранием в составе председателя, его заместителя и нескольких помощников (товарищей).

Правовой формой деятельности Всенародного Собрания была его законодательная деятельность, которая довольно детально регулировалась Основным Законом и строилась на демократических началах. Правом законодательной инициативы наделялся широкий круг субъектов: Президиум Собрания, его партийные фракции, депутатские группы (не менее 30 человек), органы самоуправления (которые объединяли не менее 100 тыс. избирателей) и непосредственно избиратели (не менее 100 тыс. по письменному представлению).

Конституция предусматривала демократическую и в то же время деловую процедуру прохождения законопроекта: он направлялся в Президиум Всенародного Собрания, который передавал его для обработки в соответствующую комиссию, и уже по представлению последней законопроект утверждался на сессии Собрания. Последняя стадия, следует полагать, не исключала возможности внесения дополнений и изменений в предложенный комиссией проект.

В соответствии с требованиями парламентаризма определялся правовой статус депутатов Всенародного Собрания. Они имели право ставить вопрос и обращаться с запросами к членам правительства (ст. 55). На

срок действия полномочий парламентария предоставлялся депутатский иммунитет, заключающийся в невозможности привлечения его к уголовной ответственности. За свою работу депутаты должны были получать жалованье. Из этого можно сделать вывод о том, что парламент должен был работать на постоянной основе.

Конституция в 6 главе определяла общие проблемы организации судебной власти в Украине. Скорее, это было изложение общих принципов судопроизводства.

Суд должен был осуществляться именем Украинской Народной Республики путем публичного и устного рассмотрения дела.

Суд по гражданским, уголовным и административным делам должен был осуществляться исключительно судебными учреждениями, а судебных решений не могли заменить ни законодательные, ни административные органы власти.

Суд для всех граждан, не исключая членов Всенародного Собрания и членов Совета Народных Министров, был единым.

Конституция оставляла без внимания проблемы организации судебной системы УНР. Она устанавливала лишь то, что Генеральный Суд является высшей кассационной инстанцией для всех судов Республики и не может быть судом первой и второй инстанции, а также иметь функции административной власти. Все остальные проблемы организации и компетенции судебных учреждений Конституция относала к текущему законодательству УНР.

Для национальных меньшинств Конституция своим прямым действием гарантировала право на национально-персональную автономию. За всеми нациями, проживавшими в Украине, признавалось право на самоуправление в области культуры и внутренней организации, осуществляемое через Национальные союзы. Конституция предусматривала составление на добровольных началах национального кадастра (реестра) членов Национальных союзов, которые бы имели право выбора своих автономных органов: Учредительного Национального Собрания, Национального Совета и др. Последние должны были стать государственными органами УНР. Основу этих положений Конституции УНР составлял «Закон о национально-территориальной автономии», принятый Центральной Радой 22 января 1918 года¹.

В этом вопросе составители Конституции придерживались концепции о том, что государство должно быть не столько федерацией территорий, сколько федерацией народов, которые исторически сосуществуют в пределах определенных границ и каждый из которых должен самостоятельно вести свои национально-культурные дела. Ошибочность этой теории заключалась в том, что, во-первых, люди в многонациональном государстве почти автоматически делились бы на основную, ведущую, а поэтому – фактически господствующую нацию, и национальные меньшинства, а во-

вторых, это деление порождало бы соответствующие установки в самосознании людей и конфликты между группами населения разного этнического происхождения. Все это потенциально не только содержало бы возможность дискриминации национальных меньшинств со стороны правительства, которое обязательно считало бы себя представителем интересов этнического большинства, но и работало бы не на объединение и консолидацию, а на разъединение граждан одного государства по национальным, языковым, культурным, конфессиональным признакам, т. е. вело бы к деструкции последнего².

Следует заметить, что в Конституции 1918 года ничего не говорилось относительно прав собственности граждан. Частная собственность на средства производства (прежде всего земельная) не отрицалась, но и не гарантировалась. Таким образом, главный вопрос социально-экономической организации общества, который и вызвал революцию – вопрос собственности на землю, на конституционном уровне оставался нерешенным. Составители Конституции сознательно обходили его, стараясь оставить себе на будущее наибольшую свободу маневрирования соответственно обстоятельствам³.

Кроме того, Конституция не затрагивала некоторых фундаментальных вопросов общегосударственного значения. В частности, это касается

¹ Вісник Ради Народних Міністрів Української Народної Республіки. – 1918. – 2 квіт.

² Павленко Ю. Українська державність у 1917–1919 рр. Історико-генетичний аналіз / Ю. Павленко, Ю. Храмов. – К., 1995. – С. 127.

³ Там же. – С. 126.

государственной символики УНР¹. Конституция также не очерчивала границ Украины, хотя и отмечала, что ее территория является неделимой.

Из-за гетманского переворота Конституция УНР 1918 года не вступила в силу. Но содержание Основного Закона времен Центральной Рады дает основания утверждать, что с точки зрения права он хотя и был недостаточно профессиональным², тем не менее важным документом своего

времени. Конституция УНР 1918 года донесла до нас ведущие идеи творцов украинской государственности, свидетельствующие о том, что Украинская Центральная Рада состояла из либеральных, глубоко гуманных и демократических деятелей, старавшихся заложить законодательные основания справедливой общественной жизни в Украине.

И наконец, Конституция УНР 1918 года сыграла огромную историческую роль – юридически оформила возрождение государственности Украины.

Опубликовано: Вісн. Харк. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна № 988. Серія «ПРАВО». – 2011. – Вип. 10. – С. 57–61.

¹ Мироненко О. М. Світоч української державності. Політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради / О. М. Мироненко. – К., 1995. – С. 181.

² Слюсаренко А. Г. Історія української Конституції / А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К., 1993. – С. 48–49.

О. Скакун, академик НАПрН Украины,
заведующая кафедрой правового ре-
гулирования экономики Крымского
экономического института КНЭУ имени
Вадима Гетьмана

Метатеоретические вопросы общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки

В названии отражена авторская позиция относительно квалификации общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки. Однако не все ученые (зарубежные и отечественные) едины в признании автономного научного статуса сравнительного правоведения¹. Несмотря на определенные достижения в обосновании научных знаний об общем срав-

нительном правоведении (предмет, методология, структурные элементы, функции, терминология, понятийный аппарат, библиография, история развития и современного состояния, социальное назначение), которые позволяют квалифицировать его как самостоятельную отрасль юридической науки, до сих пор в Украине отсутствует соответствующая специальность для защиты диссертаций. При этом количество защищенных диссертаций по тематике общего сравнительного правоведения неуклонно возрастает, что свидетельствует о возможной перспективе официального признания научной автономии этого направления. Однако следует приложить еще немало усилий для надлежащей научной разработки метатеории общего сравнительного правоведения, чтобы научная автономия этой отрасли юридической науки стала легитимной

¹ Значительный импульс углубленному изучению сравнительного правоведения в Украине был дан образованием 28 апреля 2006 г. Украинской Ассоциации сравнительного правоведения (первой на пространствах СНГ), проведением по ее инициативе ежегодных международных научно-практических семинаров и конференций, где ученые, преподаватели имеют возможность не только ознакомиться с новейшими достижениями в этой отрасли юридической науки, но и донести до научной общественности свои достижения в познании ее разносторонних проблем, проверить их на качество, истинность.

и была легализована надлежащим образом.

В данной статье освещается лишь часть метатеоретичних вопросов общего сравнительного правоведения – понятие «метатеория», объект и предмет данной дисциплины, ее методологический инструментарий (в частности, соотношение и особенности применения методологических подходов и методов).

Понятие метатеории общего сравнительного правоведения. Известно, что каждая отрасль юридической науки имеет свою метатеорию (от греч. «цель» – свыше, над), то есть теорию о теории. Метатеоретичний уровень любой отрасли юридической науки является уровнем, «вторым этажом научного исследования, на котором происходит процесс самоотображения науки, ее самопознание»¹. Этот процесс, по обыкновению, возникает одновременно с появлением отрасли науки и направлен на определение ее роли и статуса как концептуального образования во всей системе юридической науки, информационная насыщенность которой постоянно возрастает.

Что касается общего сравнительного правоведения как относительно молодой отрасли юридической науки, то его истоки находятся в теории государства и права. Сравнительное правоведение сначала сложилось как самостоятельная подотрасль (теория правовых систем) теории государства

и права с целью изучения особенностей функционирования права у разных народов мира. С тех времен и до наших дней основным понятием общего сравнительного правоведения является «право», «правовая система». Поэтому метатеорию этой отрасли юридической науки можно разъяснить так: это теория о теории правовых систем мира, точнее – о сравнительной теории правовых систем мира (или сравнительное право)².

² В наименовании сравнительного правоведения имеются некоторые расхождения в научных сообществах различных государств, что объясняется, кроме разных подходов к определению объекта и предмета науки, неодинаковым правопониманием. Во Франции и ФРГ отдается предпочтение термину «сравнение права» или «сравнительное право», в странах Латинской Америки и ряде других стран – «сравнительное законодательство», в России и Украине – «сравнительное правоведение», в США – многообразно: «сравнительная юриспруденция» (П. Богдан), «сравнительное правоведение» (Р. Паунд), «сравнительное право» (Р. Шлезингер, Г. Дамаску и др.), «сравнительные правовые традиции» (М. Глендон, Г. Гордон, С. Осаке). Термин «сравнительное право» не является удачным уже потому, что нет такой разновидности права, как сравнительное. Когда используют термин «право», имеют в виду систему норм права, предназначенных для регулирования общественных отношений, правил поведения лица и его объединений, а не систему знаний. То же следует сказать и о законодательстве, которое является системой законов и других нормативно-правовых актов, определенных конституцией страны. Поэтому при наименовании компаративистской отрасли юридической науки и учебной дисциплины предпочтение необходимо отдать термину «сравнительное правоведение», так как он предполагает сравнение разных правовых систем в их закономерных связях.

¹ Протасов В. Н. Некоторые вопросы правовой метатеории / В. Н. Протасов // Государство и право. – М., 2009. – № 11. – С. 85.

Каждая отрасль юридической науки (теоретико-историческая; отраслевая; межотраслевая; прикладная; науки, которые изучают международные отношения и государство и право зарубежных стран) имеет предметную определенность. Изложение предметной (содержательной) части сравнительного правоведения начинается с раскрытия общих теоретических вопросов об объекте, предмете и его объектах, закономерностях становления, цели и задач, функций, методологии, состава и структуры, понятийно-категориального аппарата, внешних связях (с сопредельными отраслями науки), и т. п. Все перечисленное, кроме объекта, и составляет метатеорию общего сравнительного правоведения – тот уровень научного исследования, на котором происходит самопознание науки.

Общее сравнительное правоведение, как и каждая отрасль юридической науки, должно разрабатывать свою метатеоретическую систему, оценивать те или другие возникшие конкретные теории, то есть на научной основе представлять характеристики предмета, методологии и других метатеоретических вопросов. Такая разработка создаст легитимную основу для легализации научного статуса общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки, углубит представление о ее месте в системе правоведческих научных и учебных дисциплин.

Известно, что в учебном курсе коротко излагаются результаты научных достижений в исследовании общего сравнительного правоведения – объем-

ных, глубоких, разноаспектных. Отечественная юридическая наука располагает такими исследованиями; часть из них затрагивает вопросы об основаниях (метатеории) общего сравнительного правоведения, которыми обеспечивается в значительной степени его организационное развитие. Однако и до сих пор по ряду этих вопросов среди ученых нет согласия, продолжают дискуссии, звучит критика, высказываются сомнения, что является показателем противоречивого становления метатеоретической части общего сравнительного правоведения и требует приложения максимальных согласованных усилий для ее дальнейшей углубленной разработки, преодоления тупиковых ситуаций в решении имеющихся проблем. Ведь в пределах метатеории, в сущности, решается вопрос о праве на существование общего сравнительного правоведения как автономной юридической дисциплины.

Объект общего сравнительного правоведения, соотношение с ним предмета. По обыкновению объектом науки считают те факты (явления и процессы), которые изучаются наукой, на которые направлено научное познание субъекта, а предметом науки – то, что непосредственно наблюдается в этом объекте, подлежит изучению, постоянно находится в процессе научного познания. Все в социальном мире является результатом действий субъекта. Без субъекта нет объекта, потому что субъект включает объект в свою познавательную деятельность. Если объектом юридической науки является правовая реальность, позна-

ваемая учеными, которые идентифицируют себя с той или другой отраслью этой науки, то предмет науки представляет собой теоретическую модель такой реальности, создаваемую самой наукой (учеными) с помощью применения определенных исследовательских средств в пределах существующих знаний об объекте. Можно сказать иначе (используя рассуждения российского правоведа В. Н. Протасова): когда речь идет об объекте науки, то под наукой понимается определенная сфера деятельности, а из нее выступает фигура ученого как субъекта такой деятельности, который определяет сферу, границы, отрасль исследовательской деятельности. А когда ставится вопрос о предмете науки, то имеется в виду прежде всего наука как система знаний, а не сфера деятельности¹. Итак, общее сравнительное правоведение, как и вся юриспруденция, должно формироваться как персонцентристская наука, исходить из того, что основой правовой реальности является действующий человек, а не переносить человеческие характеристики на безжизненные предметы в духе сугубо догматической позитивистской мысли.

Подчеркнем, что предмет науки находится в пределах объекта науки, однако предмет не совпадает полностью с объектом науки; объект науки шире предмета, поскольку он выступает тем реальным явлением, которое определяет отрасль научной деятельности. Предмет может быть срезом,

¹ Протасов В. Н. Некоторые вопросы правовой метатеории / В. Н. Протасов // Государство и право. – М., 2009. – № 11. – С. 89.

частью, характерной особенностью объекта. Использование разных проявлений объекта науки содействует всестороннему пониманию ее предмета.

Казалось бы, вопрос об объекте и предмете сравнительного правоведения уже исчерпал себя благодаря исследовательскому вниманию отечественных и зарубежных ученых (Х. Бехруз, Л. Луць, Г. Марченко, Ю. Тихомиров и др.). Однако в этом вопросе отсутствует единство взглядов. Одни ученые считают объектом сравнительного правоведения «объективно существующую в разных странах сравнительно-правовую реальность» (М. Марченко)². Другие говорят об «объектах сравнительного правоведения» во множестве как о «реальных общеправовых явлениях и процессах» (Ю. Тихомиров)³. Третьи, хотя и называют объектом сравнительного правоведения правовую реальность, однако включают в понятие правовой реальности «все без исключения правовые явления, связанные с правовой системой общества» (Х. Бехруз)⁴, то есть не отмежевывают правовую реальность от правовой системы. Некоторые западные авторы не усматривают различий между объектом и предметом познания сравнительного правоведения (П. Круз)⁵.

² Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть / М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2001. – С. 101.

³ Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. – М. : Норма, 1996. – С. 41.

⁴ Бехруз Х. Сравнительное правоведение / Х. Бехруз. – Одесса : Феникс ; М. : Транс-лит, 2008. – С. 16–17.

⁵ Cruz P. A. Modern Approach to Comparative Law / P. A. Cruz. – Boston, 1993. – P. 5.

Необходимо указать и на точку зрения ряда российских ученых (А. Малько, А. Саломатин)¹, которые называют «главным объектом сравнительных исследований» не правовую реальность, а правовые системы. Действительно, о правовой системе можно говорить как об объекте сравнительного исследования, но только в пределах предмета общего сравнительного правоведения. Здесь важно учитывать, что сравнительное познание является познанием определенных предметов, которые стали объектами сопоставления (правовая система, система источников права, система права, система законодательства, система правоприменения и т. п.); среди них ведущий объект познания – правовая система. Ее значение не уменьшается от того, что регуляторами общественных отношений во многих социумах мира выступают не только правовые, но и моральные, религиозные и другие социальные нормы.

Что касается общего сравнительного правоведения, то ее объектом является правовая реальность как часть социальной реальности разных стран и континентов. Правовая реальность, будучи объективной системной целостностью, которая функционирует в общественной среде благодаря тесным связям с другими реальностями общества, – политической, экономической, культурной и др., является сложным объектом, обладающим сущностями разного порядка, харак-

теризующими его со всех сторон, в разных связях и отношениях. Все это – проявления правовой жизни общества², а именно: юридическая деятельность и ее результаты (правотворческие, правоприменительные, правотолковательные и другие акты), правонарушение и юридическая ответственность, правовое мышление, правосознание и его деформации (правовой нигилизм, правовая демагогия) и т. п. То есть правовую реальность составляют все правовые элементы – упорядоченные и находящиеся еще в стадии упорядочения (хаотичные)³. Правовая реальность является объектом изучения многих юридических наук – каждая из них исследует конкретную сущность правовой реальности, которая делает ее самостоятельной наукой.

Будучи тесно связанными, правовая система и правовая реальность – не тождественные понятия. Правовая реальность имеет антропологическо-коммуникативную природу и может быть осознана как проявление необходимости людей в коммуникации, закономерности социально-интегрированного развития человечества. Она – результат «движения» субъектов права за нуждами общественной практики, постоянного развития и изменения правовых представлений об

² Автор не противопоставляет категории «правовая жизнь общества» и «правовая реальность», считает, что они выражают одно и то же явление, только первое словосочетание – результат его социологического «видения», а второе – философского.

³ Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. – Харьков : Эспада, 2005. – С. 333.

¹ Малько А. В. Сравнительное правоведение. Учебно-методический комплекс / А. В. Малько, А. Ю. Саломатин. – М. : Норма, 2008. – С. 32.

общеобязательных правилах поведения, исторически конкретных и социально обусловленных. Ее содержание составляют социальные отношения, которые выражаются в противоречивых интересах субъектов права, вызывающих конфликты и сотрудничество между ними как участниками правоотношений.

Правовая реальность не настолько определена и предсказуема, как правовая система: последняя, в сущности, является единой теоретической схемой, которая существует в пределах общей концепции о пребывании правовых явлений и процессов в специфической форме отношений правовой общности, целостности, комплексности, и, следовательно, вместилища света права, света смыслов, в котором живет человек. Для правовой системы правовая реальность служит конкретным правовым материалом, из которого она отбирает наиболее ценное, активное, вырабатывает его структуризацию в целях собственного усовершенствования. В пределах правовой системы устанавливаются социальные связи между субъектами права; соблюдается баланс интересов разных социальных групп, пластов, классов общества; обеспечивается их социальное взаимодействие через бесконфликтные (компромиссные) правоотношения и правомерное поведение, то есть она должна быть способной целеустремленно влиять на правовую реальность, ограничивать ее хаотичные моменты с помощью правовых средств, приводить необходимые конкретные связи в систему, упорядочивать их. Если «правовая

система» является родовым понятием для таких видовых понятий, как система права, система законодательства, юридическая техника и других, которые входят в комплекс ее составных специальных и общих средств, то правовая реальность служит местом существования всех правовых явлений, в том числе правовой системы. Одновременно правовая реальность выступает объектом действия со стороны правовой системы: такое действие имеет целью упорядочения правовой реальности.

Имея один и тот же объект, каждая отрасль юридической науки фиксирует в своей системе знаний специфический, присущий только ей, предмет. Что касается общего сравнительного правоведения, то оно имеет дело с разной и многомерной правовой реальностью мира через свой предмет, который соединяет объект и средства (подходы, методы, принципы) его исследования. Четкое установление предмета общего сравнительного правоведения, несмотря на субъективную неоднозначность его восприятия, открывает возможность для согласованного (конвенционального) вырабатывания других частей его метатеории, без которой сложно легализировать эту дисциплину как отрасль юридической науки и преподавать как обязательный учебный курс в высших учебных заведениях юридического профиля.

Показательно, что компаративисты почти едины в определении исходной предметной базы общего сравнительного правоведения – правовой системы как представляющей собой обусловленный объективными зако-

номерностями развития общества целостный комплекс взаимозависимых и согласованных явлений и процессов, которые постоянно воспроизводятся и используются субъектами права (людьми и их организациями, в том числе государством) для достижения частных и публичных целей, обеспечения правопорядка¹. А с точки зрения инструментального подхода правовая система предстает как целостный комплекс правовых средств (специальных и общих), которые предназначены для регулирования общественных отношений или возникают вследствие такого регулирования.

Однако специфика предмета общего сравнительного правоведения заключается в том, что правовые системы мира познаются преимущественно в функциональном сравнении: выявляются их общие, особенные и единичные черты на макро- и микроуровнях (т. е. на уровнях как правовой системы в целом, так и множества правовых явлений – ее отдельных элементов), обусловленные фактами практической эволюции (от генезиса правовых систем, дальнейших их трансформаций до современного функционального состояния). Этот национальный юридико-практический материал создает базу для глобального теоретического (сравнительно-типологического) обобщения и установления общих и специфических закономерностей формирования и функцио-

нирования правовых систем. При этом сопоставление между типами (семьями) правовых систем (межтиповое) и между правовыми системами одних и тех же или разных типов (семей) и групп (внутри типовое) происходит через обобщение составляющих их однопорядковых правосистемных явлений и процессов. Определенные группы и семьи (типы) правовых систем, которые сопоставляются, служат конструктивными частями (объектами высшего уровня обобщения) предмета общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки.

Надо сказать, что некоторые западные ученые (Р. Давид, К. Осаке) считают, что дискуссии о предмете общего сравнительного правоведения, его природе и месте в университетском преподавании, ведущиеся более 150 лет, утратили актуальность. При этом, например, К. Осаке по сути ассоциирует сравнительное правоведение со сравнительно-правовым методом как своеобразным научным методом аналитического изучения права, который, по его мнению, не имеет самостоятельного предмета, «потому что он определяется отраслью права»². Последний аргумент скорее может быть отнесен к специальной части сравнительного правоведения³, чем к общему сравнительному правоведению, цель которого дать обобщающую

¹ Скакун О. Ф. Общее сравнительное правоведение : Основные типы (семьи) правовых систем мира : учеб. для студ. вузов / О. Ф. Скакун. – Киев : Изд. Дом «Ин Юре», 2008. – С. 44.

² Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части : учеб.-практ. пособие / К. Осаке. – М. : Дело, 2000. – С. 11.

³ Однако и отраслевое сравнение правовых систем хотя и определяется, но не ограничивается отраслью права.

характеристику закономерностей возникновения, формирования, развития правовых систем одного типа в сравнении с другим. И хотя здесь сравнению подлежит множественность предметов (иначе: объектов предмета), главный из них – правовая система, которая интегрирует в себе особенности каждого из ее структурных компонентов, включая регулятивный компонент, по-разному проявляющийся в странах мира и существенным образом влияющий на определение типа (семьи) правовых систем.

В контексте различения предмета и объекта сравнительного правоведения можно утверждать, что его предметом является общее и особенное в закономерностях функционирования правовых систем государственно-организованных обществ мира¹, где правовая система служит теоретической конструкцией, которая составляется в ходе научного познания социальной реальности соответствующими методами.

Несмотря на некоторые скептические высказывания зарубежных компаративистов, для их отечественных коллег, которые признают автономный научный статус общего сравнительного правоведения, остается актуальным вопрос об углубленном изучении его предмета, приращении новых знаний о его месте и роли в системе юридиче-

¹ Акцент на правовых системах государственно-организованных обществ мира не исключает, а предполагает учет своеобразия правовых систем субъектов федеративных государств (например, штатов США), правовых систем политических (законодательных) автономных образований региональных государств (например, Страна Басков, Каталония, Галисия, Андалусия, Валенсия в Испании), также правовых систем межгосударственных сообществ (например, ЕС).

ских дисциплин общетеоретического и отраслевого характера. Впрочем, общее сравнительное правоведение как отрасль юридической науки определяется не какой-то отраслью права, а каждой из правовых систем, местом пребывания которой является пространство правовой реальности государственно-организованного общества мира. Выявление и сопоставление закономерностей функционирования правовых систем в пространстве и времени, осуществление их научной типологии являются целями общего сравнительного правоведения.

Итак, сравнительное правоведение имеет дело с объектом – правовой реальностью в пространстве и времени – опосредованно, через свой предмет, который соединяет объект и средства его исследования. Здесь объект (его свойства) и предмет (его конструкции) находятся, с методологической точки зрения, в отношении не тождественности, а познавательного соответствия². При этом предмет как термин метатеории определяет особый параметр в характеристике общего сравнительного правоведения как отрасли науки.

Методология общего сравнительного правоведения: соотношение методологического подхода и метода исследования. Не менее важно (особенно в целях преподавания и написания кандидатских диссертаций молодыми учеными) усовершенствовать методологию общего сравнительного правоведения как отрасли юридической на-

² Тарасов Н. Н. Объект и предмет юридической науки: подходы и методологические смыслы различения / Н. Н. Тарасов // Изв. вузов. Правоведение. – СПб., 2010. – № 1. – С. 23.

уки. Известно, что результаты научной и практической деятельности людей зависят не только от того, кто действует (субъект), или на что направлена познавательная деятельность (объект), или что конкретно исследуется (предмет), но и от того, каким методологическим инструментарием осуществляется сам познавательный процесс.

Нельзя утверждать, что отечественная компаративистика XXI века богата исследованиями об используемых ею методах и подходах. Более всего, естественно, повезло сравнительно-правовому подходу, который трансформировался в название отрасли юридической науки и не потерял при этом свойство доминирующего подхода и метода к исследованию ее предмета. Однако было бы неверным отрицать определенные достижения в раскрытии системы методов, принципов и подходов, которые используются в сравнительно-правовых исследованиях и помогают достичь поставленных в них целей и задач¹. Ведь методологический плюрализм, кото-

рый восторжествовал в юридической науке, предусматривает признание возможностей разных методов, принципов, подходов и использования их синтеза для оптимизации результатов познания.

Естественно, что отрасли юридической науки, в том числе общее сравнительное правоведение, как и общая теория права и государства, не ограничиваются собственными (специальными) методами, а выходят за их пределы, привлекают к исследованию общие (методологические) подходы. Обращение компаративистов к вопросам экономической теории, политологии, теории управления, сосредоточение внимания на социологических, социально-психологических, антропологических, информационных и других аспектах функционирования правовых систем в их сравнении, стимулировало развитие новых подходов в общем сравнительном правоведении. Их применение нельзя квалифицировать как размывание предмета сравнительного правоведения, специфики его отраслевой «юридичности», поскольку неюридические проблемы в нем органически увязаны с проблемами сугубо юридическими. Включая данные других общественных наук в систему научного познания правовых систем мира, их юридических явлений и процессов, общее сравнительное правоведение (как и вся юриспруденция) тем самым имеет возможность оценить и сравнить их действие в реальной жизни, учесть разные факторы, которые влияют на их реализацию, выявить глобальные и внутренне глобальные закономерности разви-

¹ Назовем лишь некоторые отечественные публикации: Скакун О. Ф. Принцип единства логического и исторического методов в сравнительном правоведении : Відкрита лекція / О. Ф. Скакун ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України : Логос, 2007. – Вип. 5. – Серія наук.-метод. видань «Академія порівняльного правознавства». – С. 1–31; Скакун О. Ф. Соотношение общего методологического подхода и метода в сравнительном правоведении / О. Ф. Скакун // Сравнительное правоведение в российском высшем образовании : сб. учеб.-метод. и науч. материалов / под ред. А. Ю. Саломатина. – Пенза : Изд-во ПГУ, 2009. – С. 111–123; Тихомиров А. Философские и методологические аспекты компаративного подхода к правопониманию / А. Тихомиров // Право Украины. – 2011. – № 1. – С. 178–183.

тия. Разумное внедрение принципа междисциплинарности в исследовании проблем общего сравнительного правоведения способно сохранить особенности познаваемого предмета и его объектов.

В чем же состоят тонкости расхождений между методом и общим методологическим подходом? Метод сравнительного правоведения – это процесс постоянного расширения и усложнения системы способов, принципов, то есть инструментов – средств познавательной деятельности. Он является выражением основного содержания полученного знания, его специфики, а также закономерностей собственного развития. Конечно, общее сравнительное правоведение, как и юриспруденция в целом, не является абсолютно замкнутой системой. Если бы она была такой, то не смогла бы развиваться. Ее развитие как системного образования осуществляется за счет факторов: а) материальных (обмен субстанций, веществ); б) информационных (обмен информацией между взаимодействующими правовыми системами). Это требует соответствующей открытости познания правовых систем мира.

Связь методов и общих (методологических) подходов, используемых в сравнительно-правовых и других юридических исследованиях, выражается в следующем. Методологическим подходом называют исходные начала, которые определяют основной путь, стратегию решения поставленной задачи, принципиальную методологическую ориентацию исследования; точку зрения, с позиций которой

рассматривается объект изучения (способ определения объекта); принцип, который руководит общей стратегией исследования. Признается, что подход намечает ракурс, направление исследования, является «совокупностью знаний не об объекте исследования, а о процессе изучения объекта или способа его познания»¹, определяет общую особенность конкретного используемого метода, синтезирует его наиболее значимые характеристики и устанавливает границы необходимого применения его соответствующих элементов. Хотя в юридических исследованиях нет единства в толковании методологического подхода, однако несомненной является близость интерпретаций. В связи с этим актуально звучит мнение российского ученого Н. Н. Тарасова о том, что изучение используемых в юридической науке подходов к исследованию права должно перерасти в «специальное направление юридической методологии»². Особенно это касается статуса и содержательных потенциалов подходов к исследованиям правовых систем современности, их структурных подсистем (институциональной, регулятивной, идеологической, функциональной, коммуникативной) и соответствующих компонентов последних.

Что касается метода, то он является системой философских, общенаучных и конкретно-юридических средств (способов, приемов, принци-

¹ Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н. Н. Тарасов // Изв. вузов. Правоведение. – СПб., 2001. – № 1. – С. 46–49.

² Там же. – С. 33.

пов), употребляемых субъектом познания в процессе научного исследования. Возможности метода зависят прежде всего не столько от него самого, сколько от предметной сферы, которая задает и определяет метод. Одной из принципиальных методологических установок является рассмотрение науки (а также научного исследования) в неразрывной связи ее предмета и метода. Так, Р. Лукич отмечает: «Относительно методов познания существует общепринятое и адекватное утверждение, что предмет определяет метод, и это выглядит абсолютно правильным. Однако столь же правильным является и противоположное утверждение, что метод определяет предмет»¹. Поскольку познание направлено на конкретные предметы, предметно не обусловленный метод является фикцией². Метод и предмет исследования взаимодействуют и склонны к взаимопроникновению. В общем понимании метод – это путь, способ (множество способов) достижения поставленных целей и задач исследования. Он отвечает на вопрос: как познавать?

Исходя из сказанного выше, можно сделать вывод, что метод одной науки (научного исследования) не может быть автоматически перенесен в сферу предмета другой. Необходимо учесть, что вместе с развитием предмета исследования (на базе знаний окружающего мира, которые расши-

ряются и углубляются) происходит развитие метода, который также является открытой системой. Метод нельзя считать один раз данной «отмычкой» к решению разнообразных исследовательских задач, он обогащается в процессе познания все новых и новых отраслей действительности³, получает соответствующую методологическую оценку, цель которой — осознать его (метода) предметную обусловленность, границы применения и возможности развития, что выражается через особый состав понятий. Можно утверждать, что метод науки (научного исследования) находится в процессе постоянного расширения и усложнения своей системы, он динамичный и может обогащаться за счет элементов методов других наук, их критического заимствования.

С целью выявления динамики методов общего сравнительного правоведения обратимся к использованию достижений в области методологии научных исследований. Учитывая эти достижения, можно очертить два пути динамики методов как открытых систем в исследованиях по общему сравнительному правоведению: 1) через комбинации существующих элементов компаративистского метода – ведущего в сравнительном правоведении и создание таким путем новых исследовательских моделей и конструкций (реализуется в основном при решении научных задач); 2) через освоение новых моделей, привлечение новых методологических средств и процедур (реализуется при возникно-

¹ Лукич Р. Методология права / Р. Лукич. – М., 1981. – С. 36.

² Жоль К. К. Методы научного познания и логика (для юристов) : учеб. пособие / К. К. Жоль. – Киев : Атика, 2001. – С. 81.

³ Сачков Ю. В. Научный метод: вопросы и развитие / Ю. В. Сачков. – М., 2003. – С. 7.

вении научных проблем). Различение научной задачи и научной проблемы производится в контексте употребляемых способов, принципов и средств познавательной деятельности. Если для достижения поставленных исследовательских целей существующие компоненты метода сравнительного правоведения и юриспруденции в целом являются адекватными и достаточными, то исследовательская ситуация должна расцениваться как «задачная». Если же исследовательская ситуация характеризуется недостаточностью существующих методологических средств юридических наук и требует другой модели – привлечения дополнительных инструментов научного исследования, в том числе из других наук, то она рассматривается как «проблемная»¹.

Отсюда следует, что необходимость обращения сравнительного правоведения к исследовательским средствам других наук возникает лишь в тех случаях, когда поставленные цели исследования и, соответственно, его необходимые результаты, не могут быть достигнуты инструментарием собственных методов. Общий (методологический) подход проявляет себя именно тогда, когда необходимо привлечь в юриспруденцию, в нашем случае — в сравнительное правоведе-

ние, методологические средства как философского и метанаучного плана (общая теория систем, теория моделирования, общая теория деятельности и др.), так и других наук, «работающих» на принципиальную методологическую ориентацию научного исследования.

Благодаря «методологической трансляции» между науками в процессе исследования их проблем происходит восстановление, усовершенствование собственных методов за счет освоения элементов методов других наук. Транслированные элементы методов философии, социологии, экономической теории и других наук служат подходами в исследованиях проблем юридических наук, что обогащает их собственно научные методы. Они также помогают «отойти» от господствующей долгими годами в СССР догматической позитивистской методологии.

При этом общий подход выступает в науке и научном исследовании в несколько разных качествах. В науке общий методологический подход упрощенно представляет метод в виде принципиальных категорий, которые устанавливают ее (науки) предметную ориентацию. В конкретном исследовании подход выполняет не настолько производную роль. Он служит функциональным элементом метода, который транслируется из других наук. Отличительными признаками подхода в проблемном исследовании можно назвать следующие: применяется функционально – учитывает цели и задачи изучения, соответствие средств других наук предмету иссле-

¹ Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н. Н. Тарасов // Изв. вузов. Правоведение. – СПб., 2001. – № 1. – С. 39; Юридический научно-практический словарь-справочник. Основные термины и понятия / О. Ф. Скакун, Д. А. Бондаренко / под общ. ред. О. Ф. Скакун. – Харьков : Эспада, 2007. – С. 170–171.

дования; не оформлен в виде теории, как это свойственно методу; включает элемент метода других наук (метанаучное знание), причем это знание является методологическим, то есть знанием не об объекте, а о стратегии организации исследования объекта или о способах (схемах) мышления о нем.

В каждом юридическом исследовании по обыкновению могут быть использованы разные общие подходы, если они не исключают друг друга, что, как правило, происходит путем обращения к соответствующему категориально-понятийному ряду. Значительная часть их возникает в результате «методологической трансляции» между философией и сравнительным правоведением. Но нельзя преуменьшать влияния и конкретных общественно-научных подходов. Среди новых востребованных подходов можно назвать антрополого-коммуникативный, феноменологический, герменевтический, аксиологический, синергетический, также – праксиологический (деятельностный) и геояридический (разработка географическо-правовой науки или правовой карты мира); как и раньше популярными остаются системный, цивилизационный, социокультурный; в определенной мере сохраняется значение материалистического подхода и активизируется применение метафизического подхода (в советские времена подвергался критике). Кроме того, для познания предмета общего сравнительного правоведения имеют значение субстанциональные, функциональные, генезисные характеристики, которые содей-

ствуют типологии правовых систем мира.

Привлечение разных исследовательских подходов как результата методологического взаимодействия между юридическими и другими науками не является механическим и безграничным. Было бы неверным переоценивать возможности такого взаимодействия. Сами подходы имеют и методологические возможности, и методологические ограничения, поскольку генетические методы других наук, прежде чем их элементы приобретут статус подходов в юриспруденции вообще и общем сравнительном правоведении в частности, требуют адаптации и творческого переосмысления. Они не могут конкурировать с предметной содержательностью специальных юридических методов, подкрепленной методологической ролью юридических теоретических понятий, методологическим статусом юридических конструкций. Соединение их возможно и часто плодотворно, но только до того момента, когда юридическая наука или ее отрасль (сравнительное правоведение) перестает различать себя в общем «просторе» научного познания. Основой методологии любого юридического исследования (в том числе в области сравнительного правоведения) являются методы самой юриспруденции.

Приведем пример формирования нового, так называемого критического, направления в исследованиях по сравнительному правоведению в США, приверженцы которого вна-

чале несколько иронически отнеслись к собственно юридическим методам. Толчком к появлению критического направления сравнительных исследований послужила статья «Критические исследования: переосмысление сравнительного права» (1985) Гюнтера Франкенберга – представителя школы антиформалистов-юристов из Бременского и Франкфуртского университетов, тесно связанных с Гарвардским университетом. В статье автор остро подвергал критике «профессиональных» компаративистов за их «традиционный» подход, который называл «этноцентрическим» и «законоцентрическим», а также обвинял их в противоречии между осознанием большой ценности дисциплины сравнительного правоведения и очень скромным практическим признанием ее в юридической науке. В определенной мере критические замечания в адрес «профессиональных» компаративистов были справедливы. Однако эти замечания стимулировали появление нового направления в компаративистике (гарвардская школа) – «критическое сравнительное право»¹, которое оформилось после проведения в 1996 году в Солт Лейк Сити конференции на тему «Новые подходы в сравнительном праве». Наличие нового направления можно было бы оценить только положительно, если бы сравнительный метод не использовал-

¹ Маттей Уго. Порівняльне право і критичні правові дослідження / Уго Маттей // Відкриті лекції Четвертого міжнародного наукового семінару «Правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку». – К., 2009. – С. 3–30.

ся исключительно как инструмент критики, а идеи и аргументы для критики зачастую абстрактно и произвольно брались из интеллектуальных традиций сопредельных общественных наук. При игнорировании предыдущих достижений «профессиональных» компаративистов сторонники критического сравнительного права не только односторонне (исключительно в критическом плане) применяли ведущий метод компаративистики, но и обращались к эклектизму изложения материала, используя разные литературные жанры, тем самым выходили за пределы научного юридического исследования. А потеря меры в применении элементов методов сопредельных наук и ограничение возможностей сравнительного и юридических методов, присущих сравнительному правоведению, препятствует достижению поставленных целей научной работы компаративистов².

² Обострение отношений, «возможно из-за взаимных предубеждений», между двумя направлениями компаративистов в США – направлением «критических правовых исследований», которое пренебрегло методологией сравнительного правоведения, и устоявшимся направлением «профессионального» сравнительного права, которое продолжало опираться на сравнительный и юридические методы, привело к тому, что их представители почти не общались друг с другом, и только после конференции в Юте (1996 г.) пришли к согласию и совместно сотрудничают в Американском обществе сравнительного права (национальном учреждении Международной академии сравнительного права) (см.: Маттей Уго. Порівняльне право і критичні правові дослідження / Уго Маттей // Відкриті лекції Четвертого міжнародного наукового семінару «Правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку». – К., 2009. – С. 12).

К основным методам, используемым в сравнительном правоведении, можно отнести следующие (при доминировании в них сравнительно-правового подхода): *системно-структурный* – направлен на познание содержания правовой системы, а также системы права, нормативной системы и др.; *системно-функциональный* – содействует изучению формального аспекта правовой системы, то есть закономерностей, стабильных связей, состояний и организации; анализу компонентов системы в их конкретных действиях (функционированиях); выявлению баланса между их трансформацией и стабильностью, сохранением традиций и обогащением инновациями; разработке средств управления системами; *диалектический* – особенно помогает изучать переходные правовые системы через постижение динамики, изменчивости их свойств (единство и борьба противоположностей; противоречивость; отрицание отрицания; переход количественных изменений в качественные), также дает возможность выявить целостность правовой системы и формы ее взаимодействия с внешней средой, с другой правовой системой; *формально-юридический* – направлен на изучение «догмы» права, его внутренней и внешней формы в сравниваемых правовых системах; проявление этого метода – сравнительный анализ источников права правовых систем, порядка систематизации нормативного материала, правил юридической техники и т. п.; *формально-логический* (является основой формальной догматики) – обеспечивает классификацию,

типологизацию правовых систем и их компонентов; содействует устранению неточностей и разногласий путем применения логических законов и правил (их называют еще методами-приемами или логическими приемами): восхождение от абстрактного к конкретному, абстрагирование, анализ и синтез, индукция и дедукция, моделирование и др.; *социально-правовой*, будучи эмпирическим (наблюдательным) и описательным (служит своего рода прологом идейно-ценностных обобщений, моделирует социальную реальность), позволяет исследовать в сравнительном плане правовые системы на базе реальных социальных фактов, сформированных в обществе правил; *интерпретационно-правовой* – помогает достигать ясности в прочтении текстов сравниваемых правовых документов и разъяснении их внутреннего содержания, использовании терминов и согласовании сфер их применения; *функционально-инструментальный* – открывает возможности определять правовую форму как специфическую систему правовых средств – инструментов (запретов, дозволений, обязанностей, поощрений, наказаний и т. п.), выявлять основные закономерности «действия» правовых способов на отдельных участках правового регулирования и с их помощью давать комплексную характеристику функциональной подсистемы правовой системы; *историко-правовой* – содействует выявлению во времени и пространстве специфики возникновения, формирования, развития сопоставляемых правовых систем, их структур-

ных подсистем и компонентов, предопределивших отнесение их к той или иной семье (типу).

Итак, исследовательские средства других наук важны для юриспруденции (сравнительного правоведения), если они актуализируются целями и задачами конкретных проблем, возникших в ее границах, и испытывают недостаточность собственных средств для их решения. Межнаучная методологическая трансляция не может осуществляться путем простого перенесения исследовательских способов и принципов, тем более быть навязанной со стороны. Общий (методологический) подход возникает как продукт внутренних процессов, которые происходят в самой юридической науке, проверяется на соответствие ее предмету и базируется на осмыслении рефлексии собственного исследовательского опыта, прежде

чем стать своеобразной формой адаптации элементов общенаучных методов других наук к отраслям юридических наук, в частности к общему сравнительному правоведению.

Подытоживая сказанное, следует заметить, что в условиях, когда наблюдается определенный подъем в развитии общего сравнительного правоведения в Украине, целесообразно провести «круглый стол» юристов-компаративистов на тему «Метатеория общего сравнительного правоведения», уделить внимание всем ее элементам. Углубленное познание элементов метатеории способно стать интеллектуальной инвестицией в дело оформления автономного статуса общего сравнительного правоведения как отрасли юридической науки.

*Опубликовано: Право України. – 2011.
– № 10.*

И. Яковюк, заместитель директора по научной работе НИИ государственного строительства и местного самоуправления НАПрН Украины, кандидат юридических наук, доцент

Германский «имперский федерализм» как модель европейской интеграции: историко-теоретический анализ

Государственно-правовое развитие XX в. обозначилось проявлением как дезинтеграционных (разрушение европейских империй, процесс деколонизации, распад социалистических федераций и т. п.), так и интеграционных (образование федеративных государств, учреждение многочисленных интеграционных межгосударственных объединений) тенденций. В этих условиях федерализм оказался той теорией и практикой, которая позволила определенным образом примирить эти очевидно противоречивые тенденции путем внедрения совместного управления для решения общих задач с одновременным сохранением самостоятельности субъектов федерации в вопросах, касающихся исключительно региональных интересов. Как следствие, в конце XX в. в мире существовало 24 страны, отвечающие критериям

федерации. Кроме того, помимо федеративных государств во второй половине XX в. появляются новые формы воплощения идеи федерализма, о чем свидетельствует создание Европейского Союза, организация которого содержит как конфедеративные, так и федеративные элементы.

Авторский коллектив под руководством В. Е. Чиркина в результате исследования проблемы развития федерализма в современных условиях приходит к выводу, что эпоха глобализации характеризуется расширением сферы применения федеративной идеи. Федерализация государственной власти проявляется в виде деволюции государственно-властных полномочий в унитарных государствах или в создании квазифедеративных наднациональных образований, объединяющих в себе черты федерации

и конфедерации¹. Похожую мысль высказывает И. В. Раньжина, которая отмечает, что концепция федерализма на сегодняшний день вышла за пределы классического понимания, которое до недавнего времени рассматривалось лишь с позиции внутреннего устройства государства, и включает в себя изменения внешнего характера, осуществляемые путем преобразований в мировой политической структуре². Указанная закономерность дает основания А. Винеру и Т. Дицу считать федерализм нормативно ориентированным «предшественником» теории интеграции³, а Д. Дж. Элазару предположить, что мир переживает изменение парадигмы, которая ведет нас из мира национальных государств в мир, где значение государственного суверенитета снизится, а объем межгосударственных связей конституционно-федеративного характера возра-

стет⁴. При таких условиях анализ становления и развития европейского федерализма следует рассматривать и как средство, инструментарий в процессе осмысления европейской интеграции.

Во второй половине XX в. федерализм приобретает особую популярность в Европе, что обусловило его использование в качестве как формы государственного устройства, так и модели интеграционного объединения. Такая ситуация будет выглядеть странной, если не принимать во внимание тот факт, что становление федеративной теории и практики началось намного раньше – в условиях, когда основной формой государства в Европе еще была империя. М. В. Ильин отмечает, если в Объединенных Нидерландских провинциях и Швейцарской конфедерации федеративное устройство вышло из собственных оснований, то остальные европейские федерации формировались или под влиянием, или путем преобразования имперских структур. Так, два наиболее ярких примера федерализма (североамериканский и немецкий варианты) имеют имперское происхождение: американский федерализм возник путем раскола Британской империи (показательно, что Гамильтон говорил: «это государство является одной из наиболее интересных империй»),

¹ Чиркин В. Е. Глобализация и федерализм / В. Е. Чиркин, Т. А. Васильева, М. В. Глигич-Золотарева и др. // Государство и право. – 2007. – № 7. – С. 5. Схожие мысли высказывают и другие авторы (см.: Насыров И. Р. Регионы в международном сотрудничестве: роль политических и правовых институтов : автореф. дис. ... д-ра полит. наук : 23. 00. 02 / И. Р. Насыров. – Казань, 2009. – С. 4).

² Раньжина И. В. Современная федерация: принципы формирования, структура и тенденции развития : дис. ... канд. полит. наук : 23. 00. 02 / Ирина Владимировна Раньжина. – Волгоград, 2006. – С. 8–9.

³ Морозов В. Осмысление интеграции в Европе / В. Морозов // Международные процессы : журн. теории междунар. отношений и мировой политики. – 2005. – Т. 3. – № 3 (9). – Рец. на кн. : European Integration Theory / Antje Wiener and Thomas Diez (eds.). Oxford; New York : Oxford University Press, 2004.

⁴ Elazar D. G. et al. (eds.) Federal Systems of the World : Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements. – Harlow, Essex : Longman, 1994. – 364 p; Elazar D. J. From Statism to Federalism : A Paradigm Shift / D. J. Elazar // International Political Science Review. – 1996. – V. 17. – Nr. 4. – P. 417–429.

а в Германии еще в эпоху Священной Римской империи германской нации, которая, по мнению Г. В. Лейбница, уже была федеративной, постоянно происходило столкновение федеративного и имперского начала¹.

По мнению Д. Дж. Элазара, с середины XVII и до середины XX в. в Европе происходила борьба двух тенденций формирования централизованных государств. Первая реализовывалась в Германии, Австро-Венгрии, Италии, Швейцарии, Нидерландах, Скандинавии и частично в Испании и являла собой попытку осуществления национальной интеграции на федеративных началах с опорой на средневековый корпоративизм и идеи американской революции. Вторая была представлена французской моделью централизованного государства².

¹ Лапкин В. Изучение современности требует профессионализма : беседа с генеральным директором журнала «Полис» М. В. Ильиным [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.politstudies.ru/universum/esse/3ilyin.htm>. А. Захаров целиком справедливо отмечает : «...структурная взаимосвязь империи и федерации более сложна, чем кажется на первый взгляд» и эти формы (империя и федерация) могут «обогащать и взаимно подпитывать одна другую» (см.: Макарычев А. О соотношении имперской и федеративной форм властных отношений [Электронный ресурс] / А. Макарычев : Режим доступа : <http://gfproject.nichost.ru/forum/viewtopic.php?f=7&t=16&view=previous>).

² Элазар Д. Дж. Европейское сообщество : между государственным суверенитетом и субсидиарностью, или Иерархия против коллегиальности в управлении Европейским сообществом / Д. Дж. Элазар // Казанский федералист. – 2002. – № 4. – С. 57.

Общеизвестно, что благодаря ведущей позиции Франции в европейских и мировых делах, как в свое время это было и с Римской империей, все, что олицетворялось с ней, будь то в политической, правовой, экономической или культурной сферах, в эпоху Нового времени считалось эталонным, соответствие которому было критерием цивилизованности. Постепенно в правосознании философов и юристов сложился стереотип, который был распространен на остальное общество, согласно которому государственно-правовое развитие европейских стран по французской модели признавалось безальтернативным³. Однако, на самом деле это было не так, и потому идеологические дискуссии и политическая борьба, не прекращавшиеся на протяжении XVI–XIX вв., оказывали содействие постепенному внедрению принципов федерализма в имперскую модель государственно-правового развития, что привело к формированию феномена «имперского федерализма» («федеративной империи») как альтернативного принципа государственного строительства,

³ Г. Бюргес, исследуя проблему британского федерализма, приходит к выводу о существовании так называемых «унитарных мифов», которые и сегодня осуществляют доминирующее влияние на конституционное развитие Великобритании. Но если стереть проявления этих мифов, которые все еще представляют мощный символизм в британской политике конституционализма, федеративные идеи начинают восприниматься как абсолютно рациональные, законные, дающие ответ на широкий круг общественных проблем (см.: Burgess M. The British Tradition of Federalism / M. Burgess. – Madison : Dickinson ; L. : Leicester, 1995. – P. 5–6).

согласно которому отдельные составные государства по отношению к государству в целом имели значительное самоуправление¹.

Вопреки провозглашению принципа методологического плюрализма следует признать, что понятие «имперский федерализм» в отличие от западной политологии и юриспруденции², не относится к категориям, которые восприняты правоведами и политологами на постсоветском пространстве³. Отрицательное отношение к указанной категории можно объяснить унаследованными с советских времен идеологическими ярлыками, восприятием либеральных западных стереотипов, а также отсутствием идеологически незаангажированных комплексных научных исследований

¹ См.: Элазар Д. Дж. Европейское сообщество: между государственным суверенитетом и субсидиарностью, или Иерархия против коллегиальности в управлении Европейским сообществом [Электронный ресурс] / Д. Дж. Элазар // Казанский федералист. – 2002. – № 4. – Режим доступа: <http://kazanfed.ru/publications/kazanfederalist/n4/stat4>.

² *After Empire: Multiethnic Societies and Nation-Building: The Soviet Union and the Russian, Ottoman, and Habsburg Empires* / Karen Barkey, Mark Von Hagen. – Boulder, 1997. – 200 p.; Burgess M. *The British Tradition of Federalism*. – Madison : Dickinson ; L. : Leicester, 1995. – XII. – 197 p.

³ Так, профессор А. М. Ушков указывает на несовместимость настоящей империи с федерализмом, на невозможность реализовать «право наций на самоопределение вплоть до отделения» на восходящей кривой имперского цикла, и поэтому на неконструктивность указанных понятий (см.: Ушков А. М. Гибель «империи зла» и реанимация имперской идеи [Электронный ресурс] / А. М. Ушков : доклад. – Режим доступа: <http://humanities.edu.ru/db/msg/44395>.

империи, ее разновидностей и направлений эволюции⁴.

Следует отметить, что федеративная идея формировалась и реализовывалась фактически во всех европейских империях второй половины XIX в.⁵ В указанный период под ней понимали «имперский федерализм» («имперскую федерацию») – термин, который был введен в 1853 г. священником Уильямом Артуром⁶. Если на протяжении

⁴ На сегодняшний день лишь отдельные ученые стараются преодолеть старые стереотипы и в процессе исследования государственно-правового развития европейских государств в эпоху Новейшего времени учитывать и имперский опыт (см.: Грудзинский В. В. На повороте судьбы : Великая Британия и имперский федерализм (последняя треть XIX – первая четверть XX века) / В. В. Грудзинский. – Челябинск, 1996; Каппелер А. Россия – многонациональная империя: Возникновение, история, распад / А. Каппелер. – М., 2000; Наследие империй и будущее России. – М., 2008; После империи. – М., 2007; Российская империя в зарубежной историографии. – М., 2005).

⁵ Профессор из Кембриджа Дж. Р. Силли в своей работе «Соединенные Штаты Европы», которая датирована 1871 г., призвал к трансформации европейских государств, большинство из которых были империями в федерации (Burgess M. *The British Tradition of Federalism* / M. Burgess. – Madison : Dickinson ; L. : Leicester, 1995. – P. 133).

⁶ Burgess M. *The British Tradition of Federalism* / M. Burgess. – Madison : Dickinson ; L. : Leicester, 1995. – P. 23. Данный термин с самого начала воспринимался неоднозначно. Профессор О. Ю. Полякова отмечает, что федерализм в Британии – это идейно-политическое течение, которое было направлено на сохранение целостности, единства Империи. По ее мнению, термин «имперский федерализм» не совсем корректный, поскольку федерация предусматривает равенство субъектов, их партнерские отношения, а в империи одна из частей занимает господствующее положение относительно других (см.: Полякова Е. Ю. Федерализм в Великобритании : идеи и реальность / Е. Ю. Полякова // Опыт европейского федерализма : история и современность ; под ред. Е. Ю. Поляковой. – М. : ИВИ РАН, 2002. – С. 57).

50–80-х гг. разработка концепций федерализации империи осуществлялась отдельными представителями интеллектуальной и политической элиты Великобритании, то с конца 80-х гг. этим занимались специально созданные научные и общественные организации, в частности Лига имперской федерации. Теоретические поиски в указанном направлении были обусловлены необходимостью укрепления позиций Империи (обеспечение лояльности колоний и доминионов), которой противостояли не Мельбурн, Кейптаун или Монреаль, а Берлин, Вашингтон и Петербург. Именно указанное противостояние, проявившееся в середине XIX в., обуславливает ренессанс имперской идеологии¹.

Во время конференции, которая проводилась в Институте европейской истории (г. Москва) 25–27 августа 2001 г., подчеркивалось, что на современном этапе государственный опыт следует черпать не из монархических централизованных государственных моделей, а из союзно-государственных форм Германии Нового времени². Аналогичную мысль высказывает В. И. Васильев, который подчеркивает, что Германия тысячу лет была федералистским образова-

нием³. Это и неудивительно, поскольку идея «имперского федерализма» в Германии воплощалась не в рамках уже существующего централизованного унитарного государства, как это имело место в Великобритании и Австро-Венгрии, а путем объединения суверенных государств в рамках создаваемых Пруссией германских союзов с помощью принудительных и договорных⁴ механизмов. Указанные процессы частично имели интеграционный характер⁵, что делало

³ Васильев В. И. История германского федерализма / В. И. Васильев // Новая и новейшая история. – 1998. – № 3. – С. 28. А. П. Озерскис в свою очередь предлагает периодизацию этапов эволюционного развития немецкого «имперского федерализма»: Рейнский союз (1806 г.), Германский союз (1815 г.), Северо-Германский союз (1866 г.), Германская империя (1871 г.). Указанная периодизация не включает неудачную попытку объединения германских земель в Прусский союз (1849–1850 гг.), который также должен был приобрести федеративный характер. При этом предлагалась модель федеративного устройства, которая не знала аналогов в истории: субъектами федерации должны были стать монархические государства (см.: Озерскис А. П. Система правосудия в Германии в условиях «имперского федерализма»: историко-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 01 / Арвид Петрович Озерски. – СПб., 2008. – С. 12).

⁴ При образовании Германской империи в 1871 г. вхождение южно-германских государств (Бавария, Баден, Гессен, Гогенцоллерн, Мекленбург, Ольденбург, Саксония) в ее состав было оформлено оборонительными договорами, ратифицированными национальными парламентами.

⁵ Так, если Священная Римская империя германской нации в начале XIX ст. насчитывала более 300 государств, в состав Германского союза входило 34 государства и 4 свободных города (32 субъекта на момент прекращения его существования в 1866 г.), то Германская империя (1871 г.) состояла из 22 государств и 3 свободных городов.

¹ Богомолов С. А. Имперская идея в Великобритании в 70–80-е гг. XIX века : дис. ... канд. ист. наук : 07. 00. 03 / С. А. Богомолов. – Саратов, 1993. – С. 4–5.

² Ивонин Ю. Е. Универсализм и территориализм. Старая империя и территориальные государства Германии в раннее новое время 1495–1806 : очерки / Ю. Е. Ивонин. – М. : РКонсульт, 2004. – Т. 1. – С. 61–64.

немецкий опыт полезным для создания концепции объединительного процесса в 50-х годах XX в.

Ю. Е. Комлева подчеркивает тот факт, что история Священной Римской империи германской нации стала важным этапом в развитии немецкой государственности, без осмысления которого тяжело понять не только прошлую и современную историю Германии, но и современную Европу: представления XVII – начала XIX в. о федеративной форме Империи¹, которые были сформулированы в процессе перехода от средневекового корпоративизма к современному федерализму, послужили источником идей

¹ Анализируя становление и развитие концепции «имперского федерализма», следует указать на отрицательное влияние на указанный процесс взглядов Г. В. Ф. Гегеля, который в незавершенной работе «Конституция Германии» попытался дать не только определение государству, но и политико-правовой анализ тогдашней Германии. Именно Гегель положил начало длительному спору в историографии по поводу вопроса: можно ли считать Священную Римскую империю германской нации государством или нет. Он отрицал признание государственной природы Империи, признавая ее лишь конгломератом государств, поскольку она не создала государственной власти в сфере военного и финансового дела. Так, он писал, что Германия является государством в представлении, но не является ею в действительности. Для Гегеля форма государства не представляла особого интереса и значения: для него значение имел центр, способный вобрать в себя все силы, а какую форму он приобретет (монархическую или республиканскую), какая из них будет выполнять функции центра, для Гегеля не имело значение (см.: Гегель Г. В. Ф. Конституция Германии / Г. В. Ф. Гегель // Политические произведения. – М. : Наука, 1978. – С. 104–106, 148).

и моделей федерализма Новейшего времени².

Безусловно, недопустимо проводить отождествление между федералистскими моделями Германской империи и Европейским Союзом. Вместе с тем нельзя не замечать и, соответственно, недопустимо игнорировать тот факт, что отдельные подходы, выработанные во время разработки теоретической модели германского «имперского федерализма», и в отличие от Британской и Австро-Венгерской империй воплощены на практике, в определенной степени напоминают принципы организации и осуществления власти в ЕС, что, учитывая роль ФРГ как одного из «локомотивов» интеграционного процесса, выглядит вполне закономерным.

Ю. Е. Комлева отмечает, что особенностью «имперской федерации» была сложная иерархичность ее субъектов, так называемых «имперских чинов», которые владели комплексом разнообразных прав и полномочий, но при этом не были суверенными. Верховным суверенитетом владело комплементарное имперское государство в целом³.

² По этому поводу А. Захаров отмечает, что нельзя считать случайностью такой геополитический факт: большая часть европейских федеративных союзов образовалась на базе бывших континентальных империй, а морские колониальные империи оставили после себя основную массу федераций «третьего мира» (см.: Захаров А. Федерализм на постсоветском пространстве / А. Захаров // Свободная мысль. – 2010. – № 10 (1617). – С. 68–69).

³ Германская модель «имперского федерализма» предусматривала традиционную для федеративных государств двухуровневую (региональную и общеимперскую) конструкцию властных отношений, которая базировалась на имперской конституции, предусматривающую низменность власти и создание системы федеративной обороны.

Созданная в 1871 г. Германская империя представляла собой национально-монархическое союзное государство, источником суверенитета которого выступал не народ, а 22 монарха и 3 свободных города¹, как ее субъекты, что с учетом определенных уточнений позволяет провести определенную аналогию с Европейским Союзом. Германский «имперский федерализм» на обозначенном этапе имел специфические признаки по сравнению с другими федерациями², что порождало, как и в случае с Европейским Союзом, горячие дискуссии по поводу его правовой природы. Так, в литературе отмечалось, что все государственные союзы, какой бы ни была их организация, могут быть отнесены к одной из двух категорий: *Staatenbund* – договорного (международного) союза (т. е. к международной организации) или к *Bundesstaat* – союзного государства. Если четко придерживаться признаков указанных союзов, то Германская империя не подходила ни под одно из этих понятий.

Своеобразие устройства Империи была обусловлена, во-первых, сохранением монархии как формы правления в большинстве государств-членов (Империю часто именовали

«союзом династий») и, во-вторых, тем, что не существовало четко определенной границы между компетенцией Империи и ее членами. Рамки имперской власти могли быть расширены законодательным путем и права отдельных государств-членов обеспечивались лишь тем, что любая поправка к Конституции могла быть отклонена, если против нее в Бундесрате будет представлено не менее 14 голосов. Как результат авторы, исследовавшие Германскую империю, вынуждены были констатировать, что она напоминает, с одной стороны, союз государств, а с другой – централизованное государство³.

Рассмотрим признаки Германского имперского федерализма, которые могли послужить отправной точкой при конструировании европейского интеграционного объединения в начале 50-х гг. XX в.

1. Неравенство прав субъектов имперской федерации – данный вывод основывается на констатации неравного их представительства в Бундесрате (ст. 3 Конституции), следствием чего было юридическое закрепление преимущества прав Пруссии над остальными субъектами. Это дало основания для характеристики Империи как «союза неравных», или «геге-

¹ Германская империя представляла собой вечный союз 25 государств : 4 королевства, 6 больших герцогств, 5 герцогств, 7 княжеств и 3 свободных города.

² Озерскис А. П. Система правосудия в Германии в условиях «имперского федерализма»: историко-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 01 / Арвид Петрович Озерски. – СПб., 2008. – 164 с.

³ Горенберг М. Теория союзного государства в трудах современных публицистов Германии / М. Горенберг. – СПб. : Тип. Н. А. Лебедева, 1891. – 232 с.; Жилин А. А. Теория союзного государства. Разбор главнейших направлений в учении о союзном государстве и опыт построения его юридической конструкции / А. А. Жилин. – Киев : Тип. И. И. Чоколова, 1912. – 360 с.

монистической федерации»¹. Определенное неравенство государств-членов существует и в ЕС, правда, несколько иного рода. Так, Германия, Франция, Великобритания и Италия в Совете имеют по 29 голосов, хотя численность их населения неодинакова. Польша и Испания имеют по 27 голосов, хотя численность их населения почти вдвое меньше, чем немецкого. Неравенство прослеживается и при формировании Европейского парламента: независимо от численности населения государство-член не может быть представлено менее чем 6 депутатами (похожая норма была и в Конституции Империи²), что удобно малым странам (Кипр, Эстония, Мальта, Люксембург) и более чем 96, что ограничивает права Германии и других больших государств.

Однако доминирующее положение Пруссии в имперской федерации определялось не только количеством ее мест в Бундесрате, но и процедурой принятия в нем решений: чтобы заблокировать решение, достаточно было 14 голосов (ст. 78 Конституции), вследствие чего Пруссия всегда имела

¹ Бундесрат, который формально должен был защищать интересы субъектов имперской федерации, не отвечал своему назначению, вследствие неравного представительства государств, входящих в состав Империи. Так, из 25 субъектов Империи Пруссии, исходя из размера ее территории, количества населения, военного и экономического потенциала, было отведено в Бундесрате 17 (позднее – 22) из 58 мест, другие государства получили от 1 до 6 мест.

² Каждое из малых государств-членов, даже если население не достигало 100 000 человек, имело право на одного депутата Рейхстага.

возможность не допустить принятия невыгодных для нее решений. Похожая ситуация имеет место и в ЕС при избрании метода определения квалифицированного большинства голосов, который должен обеспечить контроль за принятием решений ведущими государствами-членами и прежде всего со стороны Франции и Германии.

2. Неодинаковый уровень участия государств-членов в осуществлении функций Империи. Так, Бавария и Вюртемберг сохраняли за собой право самостоятельно собирать налоги с производства водки и пива, управлять почтой и телеграфом; Бавария имела определенную самостоятельность в вопросе управления армией и железной дорогой, а также приобрела статус постоянного члена в имперском комитете по вопросам армии и крепостей, тогда как другие члены назначались императором; она возглавляла комитет по иностранным делам, постоянными членами которого были лишь Саксония и Вюртемберг, а два других члена ежегодно избирались (ст. 8 Конституции). В случае с ЕС следует отметить, что, например, Великобритания не приобщилась к интеграционным инициативам в социальной и валютной сферах.

3. Особый способ формирования верхней палаты парламента: члены Бундесрата не избирались народом или парламентами субъектов Империи, а назначались правительствами государств-членов. Возглавлял верхнюю палату канцлер Империи (представитель Пруссии). Европейский Союз перенял данный порядок от Империи и использует его во время фор-

мирования Совета, который традиционно отождествляют с «верхней палатой» парламента ЕС.

4. Фактическое неравенство верхней и нижней палаты парламента – это еще один признак Империи, который определенным образом характеризует также и соотношение между Советом и Европейским парламентом как верхней и нижней палатами парламента ЕС.

5. Характерной особенностью Империи по Конституции 1871 г. было отсутствие общеимперской администрации (кабинета министров). Исполнительная власть осуществлялась канцлером и подчиненными лично ему статс-секретарями. В Европейском Союзе при существовании полноценной судебной и законодательной власти отсутствует власть исполнительная. Комиссию по обыкновению сравнивают с правительством, однако считать ее таковым нет оснований. На это опосредованно указывают заявления отдельных государств-членов, прежде всего ФРГ, о необходимости создания в институциональном механизме ЕС наряду с Комиссией еще и экономического правительства.

6. В отличие от Германского союза власть в имперской федерации получила собственные источники доходов и бюджет. Имперский бюджет рассматривался и утверждался в законодательном порядке совместно Рейхстагом и Бундестагом сроком на один год. Внедрение основных прямых налогов было признано прерогативой государств-членов, тогда как за Империей было признано право устанавливать лишь таможенные сборы, общеим-

перские налоги и акцизы на табак, пиво, водку, сахар, соль. Закрепление права на сбор таможенных сборов и акцизов имело принципиальное значение для формирования общего экономического пространства, однако средств, которые получал от них имперский бюджет, было мало. Дополнительным источником стали средства от почтового и телеграфного ведомств, а также матрикулярные взносы отдельных государств-членов, правда, использование последних ставило Империю в прямую зависимость от отдельных государств. Затем в дальнейшем Империя вынуждена была пойти путем введения новых налогов, которые бы обеспечили наполнение ее бюджета. И лишь в 1919 г. в результате налоговой реформы финансовый суверенитет земель был полностью ликвидирован¹.

Похожая ситуация имеет место и в Европейском Союзе. Первоначально доходная часть бюджета формировалась за счет взносов государств-членов. В 1970 г. Совет утвердил решение о формировании собственных ресурсов Европейского экономического сообщества. С конца 80-х гг. доходная часть бюджета состоит из трех источников: традиционные собственные средства, поступление от налога из оборота и взносы государств-членов, пропорциональные объемам национальных ВВП. Следует отметить, что поскольку таможенная политика ЕС оказывает содействие внутрисоюзному товарообмену и ограничивает ввоз

¹ Налоговые системы зарубежных стран: учеб. для вузов / под ред. В. Г. Князева, Д. Г. Черника. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. – С. 44–45.

сельскохозяйственной продукции, то доля традиционных собственных средств в бюджете Союза постоянно уменьшается, что делает наднациональную власть зависимой от национальных правительств. Европейская комиссия неоднократно предлагала изменить систему формирования бюджета ЕС с целью введения новых налогов, которые будут поступать напрямую в бюджет ЕС. В случае реализации этих планов Союз получил бы независимость от решений министров финансов ЕС, но именно возможность получения Союзом финансовой независимости как экономической предпосылки обретения суверенитета вынуждает национальные правительства осторожно относиться к инициативам Комиссии.

7. В Германской империи был введен достаточно сложный институт двойного подданства. С. М. Бабурин отмечает, что индивид в Империи считался ее подданным лишь в случае пребывания в подданстве одного из государств-членов и лишь жители имперских земель – Эльзаса, Лотарингии и колониальных территорий – находились в непосредственном подданстве Империи. Подданный любого государства в составе Империи имел право перехода внутри Империи из одного подданства в другое, не теряя при этом подданства Империи¹. Равными в своих правах были лишь подданные каждого из государств – членов Германской империи в пределах всех других государств этой Империи (ст. 3

¹ Бабурин С. Н. Территория государства : теоретико-правовые проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12. 00. 01 / Сергей Николаевич Бабурин. – М., 1998. – С. 170–175.

Конституции). Соответственно, понятие «иностранец» не применялось к подданным одного из немецких государств по отношению к подданству в другом государстве: данная категория применялась лишь к лицам, которые не находились в подданстве ни одного из государств – членов Империи. Следует отметить, что этот подход к определению гражданства имперской федерации и ее членов, соотношение между ними почти полностью воспроизведены в Европейском Союзе².

8. Конституция Германии содержала правило разграничения компетенции. Выделялись исключительная компетенция Империи³, общая или конкурирующая компетенция⁴ и ком-

² См. : Яковюк І. В. Громадянство ЄС: поняття і співвідношення з національним громадянством / І. В. Яковюк // Проблеми законності : акад. зб. наук. пр. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2010. – Вип. 107. – С. 13–22.

³ К исключительной компетенции Империи были отнесены : внешние дела, вопросы обороны, финансы и таможенные дела, почта и телеграф, вопрос гражданства и эмиграции.

⁴ К общей компетенции были отнесены: гражданское и уголовное право, торговля, банковское дело, полиция, вопрос правового регулирования авиации, железнодорожного и водного транспорта, социального страхования и рабочего законодательства и ряд других направлений. В качестве отдельного направления в пределах этой компетенции выступало правовое регулирование налогов для общегосударственных целей; право контроля за выполнением имперских законов органами государств-членов; право на обращение в Верховный суд в случае расхождений с государством-членом; право принудительного влияния на органы государств-членов в определенных законодательством случаях.

петенция государств-членов¹. Хотя с позиции сегодняшнего дня данный подход указывает на федеративный характер отношений, следует отметить, что ограничение компетенции земель давало основания сравнивать их с автономиями в составе унитарного государства. Аналогичный подход к делению компетенции существует и в Европейском Союзе (статьи 2–6 ДФЕС), правда, пропорции между компетенциями каждого вида в ЕС совсем другие.

9. Германская модель «имперского федерализма» предусматривала возможность применения мер принуждения (экзакуции) относительно государств-членов, которые не выполняют союзные обязательства. Решение о применении таких мероприятий принималось Бундесратом и реализовывалось императором (ст. 19 Конституции)². Данное полномочие, что нетипично для федерации, в модифицированном виде предусмотрено также учредительными договорами ЕС. Так, Совет имеет право применять мероприятия, в частности санкции, относительно государств-чле-

¹ Компетенция государств-членов имела довольно ограниченный характер: право от своего имени и по согласию Империи заключать соглашения публично-правового характера с иностранными государствами; право судиться с имперской властью и друг с другом; право на федеральное представительство в Рейхсрате.

² В статье 19 Конституции отмечалось: «Если государства, являющиеся членами Союза, не выполняют предусмотренных конституцией союзных обязательств, они могут быть принуждены к этому при посредничестве экзакуции. Эта экзакуция вводится союзным советом и ее выполнение обеспечивается императором».

нов, которые допускают серьезные и упроченные нарушения демократических ценностей Союза (ст. 7 ДЕС) или имеют лишний дефицит бюджета.

10. Для характеристики Германского «имперского федерализма» существенное значение приобретает способ образования федерации. Следует отметить, что основным способом образования, безусловно, были войны, что, кстати, не противоречило в то время мировой теории и практике создания государства, процесса, о чем, например, свидетельствует история формирования США. Однако наряду с войнами значительное место в процессе создания имперской федерации занимала правовая и особенно экономическая интеграция³.

³ Экономическую интеграцию начала Пруссия задолго до провозглашения Империи. Так, в 1818 г. был принят таможенный закон, который отменил все таможенные границы в пределах Прусского королевства и провозгласил свободу передвижения между всеми его провинциями. В 1819 г. Пруссия предложила распространить действие своего таможенного закона на территорию Германского союза. Хотя предложение не было поддержано, Пруссия на протяжении 1819–1833 гг. смогла заключить ряд таможенных соглашений с отдельными государствами Союза. Следствием этого процесса стало создание в 1834 г. Таможенного союза в составе 20 государств – членов Германского союза. Следующей задачей на пути экономической и правовой интеграции стала унификация норм торгового и вексельного права. В 1847 г. на конференции Таможенного союза был одобрен Общегерманский вексельный устав (в его основу был положен прусский проект вексельного закона), что впервые обеспечило единообразное регулирование вексельного оборота. В 1857 г. по инициативе

А. С. Фролов отмечает, что хотя таможенный союз в рамках ЕЭС был сформирован лишь в 1968–1970 гг., еще в 50–60-х гг. в научных кругах обсуждалась сама возможность сопоставления Сообществ и Германской империи в аспекте влияния созданных ими таможенных союзов на интеграционные процессы, которые развивались в них¹. Отметим, что создание единого немецкого экономического и правового пространства позволило в значительной мере преодолеть местный сепаратизм и обеспечить формирование общегерманской идентичности.

Жизнеспособность такого сложного государственного устройства Империи позднего периода объясняется тем, что она гарантировала упроченные федеративные и региональные традиции и опиралась на сложные властные институты, которые как раз и обеспечивали ее стабилизацию. Если раньше этот фактор оценивался в от-

Таможенного союза был разработан проект Общегерманского торгового уложения (из австрийского и прусского проекта преимущество было предоставлено первому), который вступил в силу в 1861 г. А. С. Фролов отмечает, что создание Таможенного союза стало главным стимулом для начала гармонизационных процессов, которые ускорили формирование внутригерманского рынка. Осуществление региональной таможенной интеграции объективно выходило за пределы структур Германского союза и поэтому открывало путь для новых форм межгосударственного сотрудничества (см.: Фролов А. С. Германский таможенный союз: 1815–1848 гг. : автореф. дис. ... канд. ист. наук : 07. 00. 03 / А. С. Фролов. – СПб., 2008. – С. 22).

¹ Фролов А. С. Германский таможенный союз : 1815–1848 гг. : автореф. дис. ... канд. ист. наук : 07. 00. 03 / А. С. Фролов. – СПб., 2008. – С. 14.

рицательном аспекте как ответственный за путаницу в имперском законодательстве и бессилие институтов Империи, то сегодня он рассматривается скорее как решающий фактор, который оказывал содействие ее сохранению как единого государства, поскольку защита региональных особенностей в значительной мере была смыслом существования и правом на существование Империи позднего периода².

Для лучшего понимания как сущности имперского федерализма в Германии, так и оценки возможности заимствования его опыта в процессе развития европейской интеграции следует коротко охарактеризовать специфику теоретической модели Германской империи в Веймарский период. Прежде всего следует указать на такое:

во-первых, Германия сохранила статус Империи, но при этом изменила форму правления, превратившись в республику (ст. 1 Конституции). Этот факт, кстати, свидетельствует, что империя как таковая является понятием более широким, чем форма правления, и поэтому может быть как монархией, так и республикой;

во-вторых, Империя формально сохранила федеративный характер, на что указывают названия раздела 1 «Империя и земли (Reich und Lander)», сохранение двухпалатного парламента, где верхняя палата представляла интересы земель;

в-третьих, почти все субъекты имперской федерации продолжали

² Комлева Ю. Е. Государственно-политическая организация Священной Римской империи германской нации в новое время: феномен «имперского федерализма» : дис. ... канд. ист. наук : 07. 00. 03 / Юлия Евгеньевна Комлева. – Екатеринбург, 2005. – С. 5–6.

именовать себя Freistaat – термин, который можно было толковать и как «республика», и как «свободное государство». В. Г. Графский отмечает, что все земли воспринимали себя именно как государства и принимали собственные конституции¹. При этом, признавая земли государствами, исследователи, как правило, указывали на ограниченный характер их суверенитета. Указанное, кстати, дает основания допустить возможность заимствования Советской властью немецкого опыта при разработке собственной конституционной модели;

в-четвертых, в Веймарской империи, как и в ее предшественнице, земли были не равными – 2/5 голосов в Рейхстаге принадлежали Пруссии;

в-пятых, была сохранена ранее существующая низменность компетенции (статьи 6–12 Конституции), однако рамки исключительной компетенции Империи и общей компетенции были существенным образом расширены, что позволяло сделать вывод о концентрации власти на имперском уровне. Это, однако, не привело к полной унитаризации власти в Империи;

в-шестых, вопросы налогообложения фактически стали прерогативой Империи, которая имела право вмеша-

ваться в правовое регулирование землями вопросов налогообложения².

Подводя итог анализу теории и практики «имперского федерализма» в Германии, следует отметить, что идеи федерализма были чрезвычайно популярны во второй половине XIX – в начале XX в., поскольку они рассматривались как реальная альтернатива унитарной по форме государственного устройства централизованному национальному государству (французская модель). Соответственно, задолго до начала интеграционного процесса федерализм рассматривался как доктрина, реализация принципов которой позволяет согласовывать разнообразные интересы многонациональных и многоконфессиональных образований, обеспечивать их сосуществование в рамках единой политико-правовой и экономической системы будь то империя или межгосударственное объединение. При этом следует признать, что в процессе создания интеграционной модели объединенной Европы во второй половине XX в. могли быть использованы подходы, которые были теоретически разработаны и проверены на практике в Германской и частично в Австро-Венгерской империях, а также в СССР, теоретическая конструкция федерации в которых была построена, опираясь на немецкий опыт.

¹ Как исключение Баден и Гессен именовали себя республикой и народным государством (Republik, Volksstaat), а Тюрингия – объединенным государством (см.: Графский В. Г. Всеобщая история права и государства: учеб. для вузов / В. Г. Графский. – М.: Изд-во НОРМА, 2003. – С. 544). Кстати, «Проект будущей конституции (общая часть)», разработанный известным правоведом и Генеральным секретарем МВД Г. Прейсом при участии М. Вебера, содержал раздел «Империя и свободные германские государства»...

Опубликовано: Яковюк І. В. Германський імперський федералізм і його вплив на європейські інтеграційні процеси / І. В. Яковюк // Державне будівництво та місцеве самоврядування: зб. наук. пр. / ред. кол.: Ю. П. Битяк та ін. – Х.: Право, 2011. – № 21. – С. 104–118.

² Так, федеральная власть имела право издавать законы, которые вводили принципы «допустимости и способы сбора на землях налогов» (ст. 11 Конституции).

А. Ярмыш, член-корреспондент НАПрН Украины, советник ректора Киевского международного университета, главный специалист КРЦ НАПрН Украины

Судебная власть как объект современных научных исследований

Вопросы, связанные с определением сущности, назначения, принципов формирования и функционирования судебной власти, ее места в государстве и обществе, с давних пор привлекают внимание ученых, причем не только юристов, но и философов, политологов, социологов, психологов, историков. В последнее время это внимание и в России, и в Украине заметно усилилось. Повышенный интерес к судебной власти объясняется той ролью, которую играет (или должен играть) суд в процессе демократической трансформации общества, прежде всего – как надежный гарант защиты прав и свобод человека.

Достижения двух последних десятилетий в этой сфере несомненны, так же как и наличие весьма серьезных нерешенных проблем. К сожалению, специфика судебной власти как одной из самостоятельных ветвей государственной власти до конца не осознана ни в гражданском обществе, ни в государственном аппарате. Между тем без полноценной судебной власти другие ветви государственной власти не могут

быть эффективными, а это обуславливает неэффективность системы государственной власти в целом.

Такое состояние дел в науке и практике в значительной мере объясняется тем, что сам термин «судебная власть» в истории и России, и Украины впервые закреплён на конституционном уровне совсем недавно. Как известно, советская общественная наука (в т. ч. юриспруденция), отбросив теорию разделения власти, оставила за пределами своего внимания весь комплекс функций судебной власти, ее место в структуре государственного механизма.

Степень разработанности в науке тех или иных проблем организации и функционирования судебной власти прямо влияет на политико-правовую практику: достижения ученых способствуют успешной разработке и реализации судебных реформ и, наоборот, недостаточное научное обеспечение законотворческого и правоприменительного процессов приводит к просчетам, необоснованным решениям, затрудняет создание эффективно действующей демократической судебной власти.

Попытаемся сделать краткий обзор работ (главным образом диссертационных) российских и украинских ученых, в которых судебная власть выступает объектом научного исследования, выделив при этом новые подходы, основные достижения и остановившись на перспективных, на наш взгляд, направлениях научного поиска. При этом вне поля нашего зрения остаются работы юристов (их, разумеется, в общем массиве большинство, и их анализ, может стать темой специального исследования). Остановимся на работах, посвященных исследованию феномена судебной власти с позиций социальной философии политологии, социологии. Ограниченность объема данной публикации вынуждает сосредоточиться лишь на некоторых, наиболее показательных, с нашей точки зрения, работах.

Начнем с философских аспектов проблемы. История философии свидетельствует о том, что вопросам справедливости и независимости судебной власти как общественному идеалу значительное внимание уделяли мыслители и Древнего Востока (Конфуций), и Античности (Аристотель, Платон, Сенека, Цицерон), и эпохи Возрождения (Т. Кампанелла, Т. Мор), и Нового времени (Т. Гоббс, Дж. Локк, Ш. Монтескье, Ж. Ж. Руссо и др.). Представления о судебной власти Гегеля и Канта стали базой для современного понимания теории судебной власти в аспекте разделения властей и соотношения гражданского общества и государства. С развитием в конце XIX века политологии судебную власть активно исследуют западные политологи и государствоведы

(М. Вебер в Германии, Дж. Томпсон в Англии, Г. Моргантау в США). Потребность в разработке и реализации судебной реформы актуализировала со второй половины XIX века проблемы судебной власти в России (эти вопросы активно разрабатывали известные мыслители и общественные деятели – Н. М. Коркунов, П. И. Новгородцев, Г. В. Плеханов и др.).

Вместе с тем, что касается последних двух десятилетий, феномен судебной власти в социально-философском плане на постсоветском пространстве в диссертационных исследованиях практически не рассматривался. Актуальным и своевременным следует признать появление работы А. И. Джаримовой «Судебная власть как предмет социальной философии» (защищена в Краснодаре в 2007 году)¹. Исследование базируется на основополагающем тезисе о том, что социальная философия претендует на выявление сущности социальных явлений и создание философских концепций на основе обобщения различных областей знания. Автору, на наш взгляд, удалось разработать ряд принципиальных положений онтологической концепции судебной власти и ее нравственных начал. Основной методологический подход при философском анализе судебной власти составила теория деятельности.

Среди наиболее значимых результатов указанного исследования выделим следующее. А. И. Джаримова исходит из того, что развитие судебной власти и становление ее правового ста-

¹ Джаримова А. И. Судебная власть как предмет социальной философии: дис. ... канд. филос. наук / А. И. Джаримова. – Майкоп, 2007. – 137 с.

туса определяется конкретно-историческими условиями. К ним автор относит систему социальных отношений, цели и ценности культуры, идеологические установки и особенности менталитета. В связи с этим в диссертации выделяются исторические модели судебной власти. Эти модели характеризуются определенной условностью, но в то же время отражают историческое представление о судебной власти и ее идеале. Судебная власть, как справедливо подчеркивает автор, – это не только социальное явление, но и этнокультурная традиция представлений людей о суде и власти суда, существующая в их ментальном мире в форме определенных образов, представлений.

Автор трактует судебную власть, с одной стороны, как частное проявление власти, которое характеризуется общими для власти чертами и признаками, а с другой – как наиболее рациональную и эффективную форму контроля государственной власти. В качестве основных признаков судебной власти А. И. Джаримова предлагает следующее: 1) правовой характер; 2) независимость от других ветвей власти, общественных организаций и партий; 3) верховенство и исключительность; 4) публичность и толерантный характер; 5) историчность, динамичность и обладание собственными формами бытия (такими формами, по мнению автора, являются: судебная деятельность, общение и отношения, институциональность).

Интересны рассуждения диссертанта о судебной власти как деятельности, которая носит преобразовательный, прогрессивный и созидательный характер. «Она, как и любая другая форма деятельности, включает

разделение и кооперацию функций ее субъектов, обмен деятельностью и основана на общении. Но самое главное, – подчеркивает А. И. Джаримова, – представлена как труд и профессия. Если деятельность законодательной и исполнительной власти могут выполнять непрофессионализированные субъекты, то судебная власть осуществляется исключительно и только профессионалами... Кроме того, судебная деятельность является особой сферой, в которой формируются жизненные цели и потребности ее субъектов, их личностный культурный мир, образ жизни и мысли... Следовательно, это сфера, где осуществляется инкультурация личности судьи, формирование его профессионального облика.

Характеризуя содержание судебно-властных отношений, А. И. Джаримова подчеркивает их объективно-субъективный характер. Объективный характер определяется тем, что сама система связей субъектов судебной деятельности с условиями этой деятельности, с профессией, властью объективна. Из этого проистекает и место судебной власти в общественной системе, а именно верховенство, властные полномочия, монополизм на данный вид деятельности (судебной власти нет альтернативы в цивилизованном государстве). С другой стороны, в субъективных отношениях отражается соответствие личностных качеств субъекта занимаемой им должности судьи, а также, в какой мере удовлетворен судья своим социально-профессиональным положением.

В работе А. И. Джаримовой справедливо отмечается, что судебная

власть в качестве социального института является показателем цивилизационной стадии развития общества, степени зрелости государственного конституционализма. Согласимся с автором в том, что существенными причинами трансформации судебной власти из политического в социальный институт являются резкое возрастание общественной потребности в помощи судейства и повышение активности граждан в отстаивании своих прав и регулировании конфликтов посредством суда. Системообразующим ядром социального института судебной власти являются ценности права.

Интересны рассуждения автора о морали судебной власти, которая в современных условиях представляет институциональную форму регуляции отношений, что нашло отражение в юридической этике. Более того, можно считать мораль первичной регулятивной системой по отношению к праву, хотя бы в силу того, что границы морали шире границ права и включают его. Хотя судебная деятельность разрешает социальные конфликты на основе установленного и официально признанного права, однако это совершенно не означает, как справедливо отмечает автор, что сам судья как субъект этой деятельности свободен от нравственных суждений. Нравственность судебной власти носит нормативный характер, что обусловлено социальным статусом и спецификой деятельности, направленной на человека. Интегрирует нравственное и правовое самосознание судей долг – особое качество личности. Он императивен и тесно связан с поняти-

ями «обязанность» и «ответственность». Долг судьи как носителя власти заключается в осознании им нравственных и правовых требований своей профессии и социальной роли. Нравственно-правовой долг судьи как социального носителя власти – это субъективная форма осознания норм и требований, которые диктует данная деятельность, как добра и блага для других. Чувство долга должно быть свободным. Если долг навязывается судьей государством, партиями, организациями, то возникает опасность выхода за пределы нравственности. Вряд ли кто-то будет сомневаться в актуальности этих положений.

Среди других интересных положений работы А. И. Джаримовой – анализ понятий «справедливость» и «ответственность» относительно судебной власти, их взаимосвязи и взаимодействия.

Если диссертация А. И. Джаримовой охватила весьма широкий круг социально-философских проблем судебной власти (а эта широта, к сожалению, привела к тому, что работа наряду с множеством несомненных достоинств, обрела и некоторые слабости – недостаточно глубокая проработка ряда положений, нечеткость кое-каких формулировок), то работа И. Е. Романовой посвящена философскому осмыслению одного, правда исключительно важного, вопроса – об имидже судебной власти как ценности демократической культуры (диссертация защищена в Тюменском государственном университете в 2006 году)¹. Следует от-

¹ Романова И. Е. Имидж судебной власти как ценность демократической культуры : дис. ... канд. филос. наук / И. Е. Романова. – Тюмень, 2006. –142 с.

метить, что данная проблема в диссертации рассматривается именно со стороны *имиджа* в научном понимании этого термина (к сожалению, весьма часто имидж толкуется как «видимость», своего рода притворство).

Характеризуя проблему имиджа в целом, автор подчеркивает, что позитивный имидж является ценностью демократической культуры, которая обусловлена субъектно-объектной парадигмой, сложившейся в Новое время. Ее ценностные приоритеты формирует субъект, являющийся носителем общественной жизни и отличающийся индивидуализмом, активностью, рациональностью, свободой, творчеством, наличием гражданской и нравственной позиции. Автор справедливо замечает, что сущностные характеристики имиджа судебной власти не исчерпываются юридическим содержанием. Формально-юридические аспекты имиджа неотделимы от духовно-нравственных основ человеческого бытия в широком смысле и непосредственно опираются на ценности демократической культуры. Основанием судебного творчества становится свобода как моральная позиция. Свобода судопроизводства, лишенная сакральных оснований, способна существовать лишь тогда, когда субъект этой свободы – суд – проявляет волю быть свободным.

На наш взгляд, заслуживают внимания, поддержки и дальнейшего развития выводы исследования И. Е. Романовой. Автор убедительно показывает, что основой формирования имиджа судебной системы в демократическом обществе являются, в пер-

вую очередь, свобода как обладание субъектом условиями собственного существования и неизбежно следующие из нее: ответственность, креативность, моральная позиция и воля к тому, чтобы ее занять и ее придерживаться. «Суд, – заявляет автор, – способен судить лишь постольку, поскольку ему доверяют, а доверяют в той мере, в какой он отвечает потребности населения в свободе».

И. Е. Романова предлагает различать внешнюю (она ее называет предпосылочной) ценностно-нормативную основу, детерминирующую судопроизводство и внутреннюю (содержательно-определяющую) ценностно-нормативную основу судебной системы. Если первая, имеющая истоки в культурно-историческом своеобразии российского общества, задает, по мнению автора, общие условия функционирования суда, то вторая характеризует внутренние механизмы судебной системы.

В работе показано, что имидж судебной власти является ее внешним выражением, показателем деловых и нравственных качеств людей, ее представляющих. Имидж суда – своеобразный идеальный образ, который стихийно создается через восприятие его различными социальными группами. Этот имидж формируется в результате специализированных действий отдельных судей и сотрудников аппарата суда. На практике это выливается в требование, чтобы судья при исполнении служебных полномочий, а также во внеслужебных отношениях избегал всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоин-

ство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности. В структуре имиджа суда И. Е. Романова выделяет три составных элемента: авторитет, ответственность и неприкосновенность. Авторитет судьи зависит от многих факторов, но прежде всего – от выносимого им решения или приговора. Ответственность судьи вытекает из его свободы, которая связана с тем, что в процессе рассмотрения того или иного дела судья и только судья дает толкование норм права и обосновывает принимаемые решения. Неприкосновенность гарантирует самостоятельность и независимость судьи в процессе рассмотрения судебных дел. Автор справедливо подчеркивает, что авторитет, ответственность и неприкосновенность как слагаемые имиджа не только взаимосвязаны, но и не отделимы от нравственности, свободы и совести.

Среди украинских исследователей судебной власти те или иные философские аспекты проблемы в своих работах рассматривали В. Д. Бабкин, Н. И. Козюбра, М. В. Костицкий, П. М. Рабинович, Ю. И. Римаренко. В последнее время эти вопросы активно разрабатывают А. В. Стовба, В. С. Бигун¹.

¹ См.: Стовба А. В. Правосудие: процесс, событие, происшествие? Каузальные ряды вины и приговора / А. В. Стовба // Рос. ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 84–98; Стовба А. В. Феномен права как фундаментально-онтологическая основа правосудия / А. В. Стовба // Проблемы філософії права. Т. VI–VII. – К. ; Чернівці : Рута, 2009. – С. 147–154; Бигун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення / В. С. Бигун. – К., 2011. – 303 с.

И все же количество философских исследований судебной власти можно пересчитать на пальцах. Более активно данную проблематику осваивают политологи. В кругу украинских исследований следует выделить диссертационные работы И. Р. Рекецкой и Л. В. Винокуровой (обе защищены в Одессе, соответственно в 2003 и 2009 гг.). В первой из этих диссертаций судебная власть исследуется в контексте демократической трансформации украинского общества. При этом саму судебную власть И. Р. Рекецкая определяет как «самостоятельную независимую ветвь государственной власти, которая представляет собой совокупность государственных органов, наделенных полномочиями по осуществлению гражданского, хозяйственного, административного, уголовного и конституционного правосудия». В работе подчеркивается, что судебная власть будет соответствовать ожиданиям демократического общества при условии полноценного использования политико-правовой возможности влияния на решения и деятельность законодательной и исполнительной власти².

В работе Л. В. Винокуровой исследована политологическая экспликация места и роли судебной власти в процессе диалектического взаимодействия гражданского общества и государства в современной Украине. Серьезное внимание в работе уделено

² Рекецька І. Р. Судова влада в контексті демократичної трансформації українського суспільства: автореф. дис ... канд. політ. наук / І. Р. Рекецька. – Одеса : ОНЮА, 2003. – 16 с.

определению роли структур гражданского общества в правотворчестве и правоприменении. Автором предложено определение судопроизводства как правового механизма контроля гражданского общества за властью¹.

Среди российских политологических работ последнего времени следует выделить докторскую диссертацию Г. Б. Власовой, защищенную в Ростове-на-Дону в 2009 году². Особенностью диссертации, как и опубликованных в 2007–2008 гг. монографий Г. Б. Власовой, является междисциплинарный подход к раскрытию поставленных проблем. Правосудие, по определению автора, – это «сложный многоуровневый политико-правовой феномен, институциональная форма публичной власти, сопряженная с эволюцией национальных судебных систем, особенностями соотношения политико-правовых традиций и инноваций, реформаторско-контрреформаторскими процессами, призванная в рамках определенной законодательством и иными источниками права компетенции осуществлять разреше-

ние различных по содержанию, основаниям возникновения и последствиям юридических конфликтов». Г. Б. Власова подчеркивает, что легитимность правосудия является обязательным условием его эффективности и связана с местом институтов судебной власти в национальном политико-правовом пространстве, а также соответствием их деятельности представлениям большинства населения государства о правовом порядке и справедливости, существующих идеалах, экономической и политической свободы человека и общества.

Автор предлагает критерии политико-правовой и социокультурной легитимности правосудия, его авторитета, места в системе публичной власти, указывая при этом, что «легитимность правосудия всегда будет носить незавершенный характер, т. к. проходит в условиях стратифицированного социума, в котором не может быть абсолютного совпадения интересов индивидов и их групп, их оценок правовой и политической жизни».

Много внимания в работах Г. Б. Власовой уделено рассмотрению процесса политико-правовой и социокультурной легитимации правосудия (в общецивилизационном контексте), а также всесторонней характеристике основных моделей судебной власти – «западной» и «восточной».

Большой интерес, на наш взгляд, представляют материалы работ Г. Б. Власовой, посвященные ритуально-символической стороне правосудия. Автор справедливо подчеркивает, что эта сторона «всегда выражает связь с прошлым политико-правовым опы-

¹ Винокурова Л. В. Судова влада у взаємодії громадянського суспільства і держави : дис. ... канд. політ. наук / Л. В. Винокурова. – Одеса : ОНЮА, 2009.

² Власова Г. Б. Легитимация институтов публичной власти в политико-правовом и социокультурном изменениях (на примере эволюции правосудия) : дис. ... д-ра юрид. наук / Г. Б. Власова. – Ростов н/Д, 2009. – 430 с.; Власова Г. Б. Социокультурная легитимация институциональных форм правосудия : монография / Г. Б. Власова. – Ростов н/Д, 2007. – 226 с.; Власова Г. Б. Развитие института правосудия в условиях современных глобализационных процессов : монография / Г. Б. Власова. – Ростов н/Д, 2008. – 156 с.

том конкретного общества, отражает соответствующие правовые архетипы, сохраняет символический порядок и обозначает дистанцию между тем, что социально приемлемо, и тем, что уже выходит за границы возможного».

Весьма интересными и значительными в свете тех проблем, которые связаны с проведением судебно-правовых реформ и в России, и в Украине, представляются положения, сформулированные Г. Б. Власовой о влиянии современных глобализационных процессов на развитие института правосудия. В частности, автор говорит о возникновении различных институциональных искажений и называет их причины: а) механическое внедрение новых (возникших в иной институциональной системе, отличающейся политико-правовой традицией) институтов в сложившуюся структуру судебной власти; б) неизбежное изменение в ходе конвергентных процессов, функций и содержания ряда собственных институтов судебной власти, которое происходит на фоне сохранения укорененных в повседневности правокультурных образов и стереотипов, связанных с легитимностью национального правосудия, сохранением социального консенсуса, идеологической основы этой системы и стагнации иных политико-правовых институтов; в) несоответствие заданных в ходе институциональной правовой политики в сфере судебной власти целей и стратегий национальным (например, российским и постсоветским) реалиям, темпам политико-правовых изменений и их последовательности. При этом Г. Б. Вла-

сова предлагает три отличающиеся по содержанию и результатам институциональные формы глобализации судебной власти – региональную, континентальную и планетарную – и считает, что только первые две, имеющие место на всех этапах истории человечества и охватывающие группу культурно сопряженных и географически сопредельных государств, способны минимизировать модернизационные политико-правовые риски и обеспечить оптимальное сочетание судебно-правовых традиций и инноваций.

Интересен и проведенный Г. В. Власовой в диссертации анализ содержания различных институциональных деформаций, их причин и последствий. Она, в частности, пишет, что правосудие в тоталитарных системах, «сохраняя высокий уровень легитимности своих институтов, тем не менее, утратило свою подлинную природу, “растворило” ее в системе судебных ритуалов». Примером тому являются политические процессы, в которых, как известно, все было «сыграно» заранее, а декорации ставились лишь для того, чтобы изображать важное для тоталитарного режима функционирования публичной власти «ритуальное единодушие».

В политологическом аспекте исследования судебной власти в последнее время наметилось весьма перспективное направление, в рамках которого изучаются место и роль судебной власти в системе обеспечения национальной безопасности. Именно этому посвящена интересная диссер-

тационная работа Е. И. Балыковой¹. Множество моделей взаимодействия судебной власти с другими ее ветвями в системе национальной безопасности автор сводит к двум основным – системной и кластерной. В системной модели судебная власть является символом государственного суверенитета, носителем идеи единства государственных органов, действенным инструментом защиты национальных интересов и отстаивания правовых ценностей внутри страны и на международной арене. В этой модели компетенция судебных органов значительно расширена как в сфере защиты конституционного строя, так и в области осуществления правосудия по делам о преступлениях, посягающих на безопасность личности, общества и государства, и обеспечения защиты прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц. Согласно кластерной модели дифференциация функций правотворчества, управления и защиты права между органами государственной власти предполагает разделение целей и задач в сфере обеспечения национальной безопасности, что на практике приводит к «размыванию» роли судебной власти, распаду единства органов государственной власти, росту коррупции и преступности.

Среди других интересных политологических исследований последних лет следует упомянуть диссертацию

¹ Балыкова Е. И. Институты судебной власти в системе политико-правового обеспечения национальной безопасности : дис. ... канд. юрид. наук / Е. И. Балыкова. – Ростов н/Д, 2007. – 171 с.

ционные работы: В. И. Леонтьева о политико-правовой детерминации судебной власти в контексте социального контроля² и С. И. Фарения – с анализом технологий политико-правового участия в институциональном оформлении судебной власти³, И. Е. Туркиной – о месте и роли конституционно-судебной ветви власти в демократическом политическом процессе⁴.

Те или иные аспекты функционирования судебной власти, проведения судебной реформы привлекают все больше внимания со стороны социологов. В частности, в последние годы появилось много работ, посвященных анализу отношения населения к судебной власти. Однако эмпирические исследования, фиксирующие отношение населения к отдельным направлениям судебных реформ и в России, и в Украине, все еще редко связываются с изменением статусных позиций и типовых характеристик суда, на которые реформы направлены. Недостаточно разработаны проблемы обратной связи суда с обществом и роли общественной поддержки автономности судебной власти (культурной легитимности) и обеспечения независи-

² Леонтьев В. И. Политико-правовая детерминация судебной власти в контексте социального контроля : дис. ... канд. полит. наук. – Иркутск, 2006. – 160 с.

³ Фарений С. И. Технологии политико-правового участия в институциональном оформлении российской судебной власти : дис. ... канд. юрид. наук / С. И. Фарений. – Ростов н/Д, 2007. – 164 с.

⁴ Туркіна І. Є. Місце і роль конституційно-судової гілки влади в демократичному політичному процесі : дис. ... канд. політ. наук / І. Є. Туркіна. – Севастополь, 2004. – 221 с.

мости суда. В определенной степени пробел в этой сфере восполняют интересные диссертации Ю. С. Сиды (защищена в Харькове в 2005 г.)¹ и Е. Г. Шурыгиной (защищена в Ростове-на-Дону в 2009 г.)².

В результате анализа общественных предпосылок социокультурной трансформации института суда В. Г. Шурыгина выявляет два организационных принципа – государственный и публичный, и на их основе системоцентристский (государственный) и персонцентристский (гражданско-правовой) типы суда. В системоцентристской модели суд является государственным институтом, контролирующим легальность порядка во всех сферах жизнедеятельности общества посредством лично-коллективной самоидентификации. В рамках персонцентристского типа суд, по мнению автора, является публично-правовым и государственным институтом, обеспечивающим поддержание порядка и соблюдение законности на основе признания метаюридической ценности права личности, закреплен-

ного в Конституции. Е. Г. Шурыгина ратует за постепенный переход к гражданской модели суда, важной характеристикой которого выступает независимость судебной власти, что предполагает активную информационную политику, направленную на обеспечение широкой социальной поддержки судебной власти, что обуславливает тем самым изменение социокультурного статуса суда. Невысокий уровень доверия населения к судам в настоящее время автор объясняет в значительной мере коммуникативным фактором, в частности, приверженностью социальным стереотипам, в числе которых представление о вариативности правовой нормы в зависимости от интерпретации ситуации юристами, устоявшееся мнение о коррумпированности судов и т. д.

Таким образом, даже беглый обзор исследований последнего времени в области социальной философии, политологии, социологии свидетельствует о появлении целого ряда интересных работ российских и украинских ученых, содержащих новые перспективные идеи, убеждает в эффективности применения междисциплинарного подхода в изучении такого сложного многоуровневого социального феномена, как судебная власть.

Опубликовано: Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку : Матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції. – Київ ; Сімферополь, 2011. – С. 3–15.

¹ Сіда Ю. С. Судова влада в умовах трансформації українського суспільства : дис. ... канд. соціол. наук / Ю. С. Сіда. – Х., 2005. – 198 с.

² Шурыгина Е. Г. Изменение социокультурного статуса суда в современном российском обществе: коммуникативные компоненты легитимации : дис. ... канд. социол. наук / Е. Г. Шурыгина. – Ростов н/Д, 2009. – 172 с.

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 342.3:342.4(477)

Ю. Барабаш, проректор по учебной работе Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», заведующий кафедрой конституционного права Украины Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Демократические основы конституционного строя Украины

С момента провозглашения независимости Украины одним из основных направлений развития государственности было установление демократических норм и институтов. Если говорить о результатах таких действий, то, безусловно, основные успехи были достигнуты на уровне нормирования демократических процессов. Правда, тот факт, Украина была провозглашена демократическим государством, в статье 1 Конституции, комментируется большинством ученых как определение дальнейшего развития (утверждается, что в данном случае мы имеем дело с нормой-целью), а не констатация реального состояния дел. Подводя итоги 15-летнего конституционного развития Украинского государства, можно сделать ряд промежуточных выводов относительно результатов воплощения этой нормы в жизнь.

1. Серьезным научным и практическим заданием остается раскрытие

сущности конструкции «демократическое государство» применительно к конституционно-правовой материи. Немецкие государственноведы утверждают, что «стержнем всякой демократии является представление о том, что народ есть носитель государственной власти и ее обладатель»¹. Действительно, такой подход является наиболее распространенным. В Конституции Украины одним из ключевых принципов, определяющих демократическую сущность Украинского государства, является принцип народовластия: «Единственным источником власти в Украине является народ». И уже в связи с этим возникает целый ряд вопросов.

Первый из них – что включает в себя категория «народ», используемая в конституционном тексте? На первый взгляд, вопрос даже у неспе-

¹ Государственное право Германии. – М. : ИИГиП РАН, 1994. – Т. 1. – С. 34.

циалиста может вызвать недоумение исходя из его простоты. Но системный анализ текста Основного Закона заставляет усомниться как в простоте вопроса, так и ответа на него.

«Украинский народ – граждане Украины всех национальностей» – так начинается Конституция Украины (абз. 1 преамбулы). Такое же определение содержалось и в Декларации о государственном суверенитете Украины: «Граждане Республики всех национальностей составляют народ Украины» (абз. 1 Раздела II «Народовластие»).

Достаточно интересным в этом контексте является то, что прилагательное «украинский» относительно категории «народ» используется с большой буквы, тогда как правила украинского правописания требуют его написания с маленькой¹. Объяснение такого отхода от общего правила лежит в плоскости политико-правовых воззрений наших парламентариев, которые были обнародованы в процессе принятия действующего Основного Закона. Тогда среди депутатов разгорелась оживленная дискуссия относительно того, какую категорию использовать в отношении государствообразующего субъекта. Звучали различные предложения, среди них и такие оригинальные, как «русские люди» или же «многонациональная украинская нация». Наконец, Временная специальная комиссия по разработке проекта Конституции Украины пришла к общей позиции, которая была поддержана в сессионном зале, использовать упомянутую

¹ Український правопис. – К. : Наук. думка, 2007. – 288 с.

катеорию «Украинский народ», причем «украинский» будет писаться с большой буквы. Глава комиссии Н. Сирота дал по этому поводу такие объяснения: «Украинский народ» в отличие от текста первого чтения написан с большой буквы... Тем самым еще раз подчеркиваем, что под понятием «Украинский народ» имеется в виду то, что стоит после тире: «граждане Украины всех национальностей». Для того чтобы ни у кого не возникало сомнений, термин «Украинский народ» написан с большой буквы»².

Такое понимание «народа» выглядит довольно понятным и простым, если не копнуть глубже и не поставить вопрос: а что тогда представляет собой другой субъект, который в тексте Конституции упоминается не единожды (в отдельных случаях непосредственно, в других – путем использования его прилагательной формы)? Речь идет о таком субъекте, как «украинская нация».

Впервые в тексте Конституции упоминание об украинской нации можем встретить уже в преамбуле: действующий Основной Закон был принят парламентом, опираясь на осуществленное «украинской нацией, всем Украинским народом право на самоопределение». Снова ответ на вопрос, что имели в виду народные избранники, указав сразу на два субъекта, которые реализовали право на самоопределение, можно найти при анализе материалов обсуждения про-

² Стенограма пленарного засідання Верховної Ради України від 21 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/zakon/sk12/BUL25/210696_100.htm.

екта Конституции на пленарном заседании Верховной Рады Украины: «...несмотря на юридическую или, скорее, политическую неточность («нация», а потом еще и «народ»), здесь компромисса больше, чем без слова «народ», так как... здесь отображено и право нации на самоопределение, и право народа, который определился путем референдума в 1991 году... Следует иметь в виду, что право на самоопределение реализовано благодаря не только украинской нации, но и поддержке всех, кто проживает в Украине... Если говорить об исторической правде, то состоялось самоопределение украинской нации, поддержанное большинством людей всех других национальностей».

Такая довольно странная логика отобразилась и на дальнейшем тексте Основного Закона: «государство оказывает содействие консолидации и развитию украинской нации» (ст. 11); земля признается объектом собственности Украинского народа (ч. 1 ст. 13); «земля является основным национальным богатством» (ст. 14); «внешнеполитическая деятельность Украины направлена на обеспечение ее национальных интересов» (ст. 18) и т. п.

Правда, при этом можно с определенностью утверждать, что по прошествии 15 лет существования нового конституционного порядка такая неуверенность народных депутатов в разграничении политического (как объединенный в государство народ) и этнического в понятии «нация» не отобразилось на реальном правопорядке, и проведения национального

различия среди граждан Украины не произошло.

2. В этом контексте не менее важным и до конца нерешенным остается вопрос о правосубъектности Украинского народа. В Конституции Украины за народом закреплено исключительное право на установление нового и изменение существующего конституционного строя. Это положение давно дискутируется в научной литературе. Но еще полемичнее выглядит ключевая категория «конституционный строй». Прежде следует сказать, что указанная категория впервые появилась в украинском (точнее, в советско-украинском) правовом пространстве в Конституции СССР 1977 года с довольно странной для современных конституционных доктрин характеристикой «советский»: «Не допускаются создание и деятельность партий, организаций и движений, которые имеют целью насильственное изменение *советского конституционного строя* (выделено мной. – Ю. Б.) и целостности социалистического государства, подрыв его безопасности, разжигание социальной, национальной и религиозной розни» (ч. 2 ст. 7). Эта норма попала в конституционный текст в результате принятия Закона об учреждении поста Президента СССР от 14 марта 1990 года. По абсолютно понятной для федеративной страны инертной логике аналогичная норма появилась через полгода (24 октября 1990 года) и в Основном Законе УССР, весомой причиной чего стало также принятие Декларации о государственном суверенитете. Единственное, что фактически

сделали отечественные законодатели, так это не предоставили этому строю статуса «советского». Хотя по этому поводу в сессионном зале и велись дискуссии, однако, как свидетельствует анализ стенографических материалов, особых вопросов сама категория «конституционный строй» у депутатов не вызвала. Большую дискуссионность имело положение о территориальной целостности, как о весомой конституционной ценности, которую следует защищать от посягательств политических сил. То есть можем сделать вывод, что советское, компартийное прошлое имело определенное значение для появления в нормативном инструментарии категории «конституционный строй».

Наиболее показательным в отношении содержания как самой категории «конституционный строй», так и правосубъектности Украинского народа, является решение Конституционного Суда Украины от 5 октября 2005 года № 6-рп/2005 (дело об осуществлении власти народом). В этом решении была высказана позиция, согласно которой «только народ имеет право непосредственно путем всеукраинского референдума определять конституционный строй в Украине, который закрепляется Конституцией Украины, а также изменять конституционный строй внесением изменений в Основной Закон Украины в порядке, установленном его разделом XIII». В развитие этого положения Суд вынес другое решение в деле о принятии Конституции и законов Украины на референдуме (решение № 6-рп/2008 от 16 апреля 2008 года): «народ как

носитель суверенитета и единственный источник власти в Украине может реализовать на всеукраинском референдуме по народной инициативе свое исключительное право определять и изменять конституционный строй в Украине путем принятия Конституции Украины в порядке, который должен быть определен Конституцией и законами Украины».

И в этой связи хотелось бы высказать ряд соображений относительно такого важного вопроса в доктрине конституционного демократического государства, как соотношение форм непосредственной и представительской демократии в осуществлении народовластия.

3. Согласно правовой позиции Конституционного Суда Украины, высказанной им в указанном решении по делу о принятии Конституции и законов Украины на всеукраинском референдуме, «правовое регулирование порядка осуществления непосредственной демократии, в частности референдума, направлено на то, чтобы соединить эти формы со способами и средствами, которые характеризуют представительскую демократию, взаимодополнить их, но не сделать конфликтными с возможной подменой парламента референдумом». Мы неслучайно упомянули эту позицию. В решении от 16 апреля 2008 года Суд указал на возможность принятия новой Конституции на референдуме по народной инициативе, однако сослался при этом на необходимость уточнения в Конституции и законах такого порядка.

Референдумная история Украины не изобилует множеством примеров всеукраинских плебисцитов. За 20 лет

независимости было проведено два общегосударственных референдума: первый, 1 декабря 1991 года, на котором был утвержден Акт провозглашения независимости Украины; второй, 16 апреля 2000 года, который носил конституционный (в плане предмета референдума) характер¹, правда, результаты его так и не были воплощены в жизнь. По прошествии пяти лет Суд вынес упомянутое решение в деле об осуществлении власти народом, и фактически согласился с мнением большинства парламентариев, которые после проведения референдума 2000 года отказались вносить соответствующие изменения в Конституцию. Парламентарии сослались на то, что такой порядок не соответствует нормам Раздела XIII Основного Закона «Внесение изменений в Конституцию», поскольку корректировка положений Раздела IV «Верховная Рада Украины» (именно этого раздела ка-

¹ На этот референдум было вынесено три императивных вопроса: сокращение депутатского корпуса до 300 членов («за» 26,7 млн, или же 89,91 %); установление дополнительных оснований роспуска парламента (несоздание в течение месяца парламентского большинства и неутверждение в течение трех месяцев Государственного бюджета («за» 25,17 млн, или же 84,69 %); ликвидация института депутатской неприкосновенности («за» 26,46 млн, или же 89 %). Кроме этого на референдум был вынесен такой «консультативный» вопрос: «Поддерживаете ли Вы необходимость формирования двухпалатного парламента в Украине, одна из палат которого представляла бы интересы регионов Украины и способствовала бы их реализации, и внесение соответствующих изменений в Конституцию Украины и избирательного законодательства?» («за» 24 млн, или же 81,68 %).

сались вопросы референдума) относится к исключительной прерогативе парламента. Напомним, что в решении от 5 октября 2005 года Суд указал на необходимость соблюдения порядка, предусмотренного Разделом XIII Основного Закона при реализации народом права на изменение действующего конституционного строя. Фактически речь идет о том, что посредством парламента, как органа, легитимированного народом², последний реализует свое исключительное право на изменение конституционного строя. Если же речь идет о принципиальных положениях, закрепленных в Разделе I «Общие положения» (фактически в этом разделе отображены основы конституционного строя), Разделе III «Выборы. Референдум» и Разделе XIII, последнее слово, невзирая на всю демократическую легитимность парламента, остается за народом: согласно ч. 1 ст. 156 Конституции Украины законопроект о внесении изменений в эти разделы после принятия его Верховной Радой (не менее чем 300-ми голосами) должен быть утвержден на всеукраинском референдуме, который провозглашается Президентом Украины. И здесь мы можем наблюдать то искомое соотношение не-

² Здесь, правда, тоже есть определенная конституционная недоработка: о представительской природе парламента мы можем судить исходя из положений Преамбулы («Верховная Рада Украины от имени всего Украинского народа...»), в то время как в самом тексте Основного Закона Верховная Рада определена только как единственный орган законодательной власти (ст. 75), при этом, правда, дается указание на то, что Рада является парламентом.

посредственной и представительской демократии, о котором упоминал Суд.

В этой связи, невзирая на всю плебисцитарно-демократическую привлекательность правовой позиции Суда относительно возможности принятия новой Конституции на всеукраинском референдуме по народной инициативе, хотелось бы высказать сомнение в части соответствия этого толкования соотношению форм непосредственной и представительской демократии, заложенному в действующей Конституции.

4. Раз уж речь зашла о такой форме демократии, как референдум, то не можем не сказать несколько слов по поводу состояния дел в этой сфере народовластия. Любое исследование в области референдумного права начинается со слов о моральном устаревании действующего Закона «О всеукраинском и местных референдумах» от 3 июля 1991 года. Действительно, это одна из ключевых проблем в реализации права на непосредственное решение вопросов народом Украины. Однако, кроме принятия нового Закона, существует еще целый ряд проблемных вопросов, которые носят по сути доктринальный для конституционного права Украины характер.

В первую очередь речь идет об отсутствии у высших органов власти, в частности у Президента, права инициировать референдум. Каждый раз, когда Суд рассматривал вопрос о референдумных способах принятия того или иного решения, он акцентировал внимание на том, что исходя из правовой природы института референдума, заложенной в тексте Конституции,

инициатива по его проведению должна исходить от народа. Что касается органов власти, то их задача – обеспечить выполнение воли народа по самостоятельному решению того или иного вопроса. Как разъяснил Суд в своем решении по делу о провозглашении Президентом всеукраинского референдума по народной инициативе (решение № 23-рп/2008 от 15 октября 2008 года), Президент обязан провозгласить такой референдум в случае соблюдения его инициаторами всех процедурных требований, предусмотренных действующим законодательством.

Во-вторых, практически все инициативы исходящие от народа (а если говорить объективно – от тех или иных политических сил) не доходят дальше процедуры регистрации инициативных групп в Центральной избирательной комиссии¹. ЦИК, используя правовую позицию Суда, высказанную им в решении по делу о всеукраинском референдуме по народной инициативе (от 27. 03. 2000 г. № 3-рп/2000), согласно которой Суд признал необоснованной мысль, «высказанную участниками конституционного производства, в соответствии с которой ни Центральная избирательная комиссия, ни Президент Украины, ни другие государственные органы не уполномочены осуществлять проверку относительно соответствия Конституции Украины вопросов, которые предлагаются инициативными группами граждан для всеукраинского референдума по народной инициати-

¹ Обязательный этап референдумного процесса, предшествующий сбору подписей.

ве¹», фактически каждый раз отказывал в регистрации инициативных групп. В большинстве случаев инициирование носило характер продуманной политическими акторами кампании. И таких кампаний, после проведения всеукраинского референдума 16 апреля 2000 года мы можем выделить как минимум десять.

Первая имела место в середине 2001 года. На референдуме фактически предлагалось дать политическую оценку деятельности Президента Л. Д. Кучмы. Одним из оснований для отказа в регистрации инициативных групп стало то, что инициированные вопросы «не предусматривают принятия решения относительно внесения изменений и дополнений в Конституцию Украины, принятия, изменения или отмены законов Украины или их отдельных положений, принятия решений, определяющих основное содержание Конституции Украины, законов Украины и других правовых актов» (Постановление ЦИК Украины от 22 мая 2001 года № 12)².

Вторая имела место в конце 2004 года. Были инициированы вопросы о недоверии действующему парламенту, внесении изменений в Конституцию в части введения дополнительных оснований для роспуска Верховной Рады, имплементации результатов

референдума 2000 года, превращения Украины в федеративное государство с предоставлением областям автономного статуса³. Как и в предыдущем случае, инициативные группы не были зарегистрированы, в том числе из-за неконституционного характера вопросов референдума: «решение вопроса относительно досрочного прекращения полномочий Верховной Рады Украины на всеукраинском референдуме не соответствует Конституции Украины» (Постановление ЦИК Украины от 28 декабря 2004 года № 1380).

Едва ли не единственной успешной кампанией, как с точки зрения инициирования, так и сбора подписей, была кампания конца 2005 года с такими вопросами: «Согласны ли Вы с тем, чтобы Украина стала членом Организации Североатлантического договора (НАТО)?» «Поддерживаете ли Вы участие Украины в Едином экономическом пространстве (ЕЭП) вместе с Российской Федерацией, Республикой Казахстан и Республикой Беларусь, в соответствии с Соглашением о формировании Единого экономического пространства, подписанного 19 сентября 2003 года?» (Постановление ЦИК Украины от 29 ноября 2005 года № 153). Довольно странным является то, что по сравнению с другими инициативными кампаниями, ЦИК в этом случае легко согласилась зарегистрировать инициативные группы по вопросам, которые

¹ Обращаем внимание, что, как было показано, в дальнейшем Суд фактически нивелировал роль Президента как гаранта соблюдения Конституции при инициировании референдума.

² Здесь и далее приводится информация, полученная с официального веб-сайта Центральной избирательной комиссии. – Режим доступа: <http://www.cvk.gov.ua/>

³ Напомним, что эта кампания была непосредственно связана с событиями президентских выборов этого же года.

фактически являются политически диаметрально противоположными.

Четвертая кампания имела место в начале 2006 года и касалась предложения на референдуме отменить иммунитет от уголовного преследования в отношении народных депутатов, Президента и судей. Позиция ЦИК по этому вопросу была негативной (Постановления ЦИК Украины от 27 января 2006 года № 315, от 27 января 2006 года № 316).

Пятая кампания совпала с началом проведения досрочных выборов народных депутатов Украины в середине 2007 года. Предлагалось вынести на референдум вопросы о форме правления Украинского государства (при этом предлагались сразу парламентская и президентская республики), об избрании и отзыве судей, расширении прав местного самоуправления, отмене неприкосновенности и льгот народным депутатам и Президенту, введении отзыва депутатов партиями, от которых они были избраны, более частом применении референдума для решения общегосударственных вопросов. На этот раз к аргументам по поводу несоответствия вопросов действующей Конституции ЦИК прибавила еще один полностью логичный вывод относительно взаимоисключающего характера вопросов о форме правления, а также отсутствия четкой определенности относительно понятий, используемых в других вопросах (Постановление ЦИК Украины от 17 августа 2007 года № 139).

Шестая кампания имела место в конце 2008 года, когда в отдельных западных областях Украины были

проведены общие собрания, на которых был утвержден вопрос: «Согласны ли Вы проголосовать за принятие Закона Украины “Об изменении автономного статуса Автономной Республики Крым на областной, отмене специального статуса города Севастополя и внесении соответствующих изменений в Конституцию и некоторые законодательные акты Украины”, которыми предусмотрено изменение автономного статуса Автономной Республики Крым на областной и отмена специального статуса города Севастополя?». Однако, как и во многих других случаях, ЦИК отказала в регистрации инициативных групп из-за того, что «утвержденная на сборах граждан формулировка вопроса, который предлагается вынести на всеукраинский референдум, делает невозможным установление юридических последствий утвердительного ответа на него, а затем и определения дальнейших действий соответствующих органов государства» (Постановление ЦИК Украины от 28 октября 2008 года № 55).

Седьмая кампания была инициирована одним из кандидатов в Президенты летом-осенью 2009 года и касалась уточнения положений Конституции, в которых содержались нормы избирательного права. Кампания была использована кандидатом как пиарход. ЦИК отказала в регистрации инициативных групп, сославшись на то, что предложенный референдум не вписывается в общую процедуру внесения изменений в Конституцию, предусмотренную ее XIII разделом (Постановление ЦИК Украины от 29 октября 2009 года № 213).

В остальных трех кампаниях имела место та же аргументация ЦИК по отказу в регистрации инициативных граждан. Речь шла об инициативе об отмене запрета на проведение референдума относительно вопроса налогов и введения нового основания по досрочному прекращению полномочий народных депутатов (Постановление ЦИК Украины от 28 декабря 2010 года № 546)¹; инициативе об отставке действующего Президента и роспуске парламента (Постановление ЦИК Украины от 18 января 2011 года № 11); инициативе о роспуске действующего парламента и о поддержке предложенной Правительством пенсионной реформы (Постановление ЦИК Украины от 4 февраля 2011 года № 23).

Исходя из такого анализа кампаний по инициированию всеукраинских референдумов можно сделать вывод о том, что большинство из них носило характер агитационной кампании того или иного кандидата или партии, или же способа обратить внимание власти на существующие проблемы или же вызвать реакцию на предложенные властью инициативы. Немаловажным вопросом остается роль самой ЦИК в вопросах сопровождения кампаний по инициированию референдумов. Комиссия формально подходит к решению поставленных перед ней задач. Как здесь не вспомнить о деятельности органов власти штата Калифорнии, которые они

¹ Инициатива совпала с процессом принятия парламентом Налогового кодекса и акциями протестов со стороны предпринимателей, которые сопровождали этот процесс.

предпринимают при возникновении у населения желания самостоятельно решить тот или иной вопрос: в случае возникновения инициативы законодательный совет помогает инициаторам составить и юридически оформить законодательное предложение, генеральный атторней – сформулировать название и краткое содержание законодательного предложения, министерство финансов – провести финансовый анализ последствий принятия такого закона².

В качестве альтернативы можно было бы предложить закрепить в референдумном законодательстве норму, согласно которой граждане или их объединения до начала сложной и громоздкой процедуры инициирования референдума могли бы обращаться в ЦИК с проектом вопроса, который они планируют вынести на всенародное голосование. Комиссия же должна высказать свое мнение по этому вопросу (при этом необязательно превращать ЦИК в юридическую консультацию, а ответ может быть достаточно односложным). Это бы создало определенные дополнительные возможности и гарантии для граждан по инициированию всеукраинских референдумов.

Кроме этого, невзирая на то что и выборы, и референдум относятся к формам непосредственной демократии, отношение ко второму институту

² Васильева Т. А. Институты непосредственной демократии в зарубежных странах: тенденции развития / Т. А. Васильева // Современные проблемы конституционного и муниципального строительства: материалы междунар. конф. / отв. ред. С. А. Авакьян. – М.: РоЛиКС, 2010. – С. 100.

власти народа является не таким однозначным, как к выборам. Не секрет, что целый ряд стран с учетом своего исторического опыта, специфики национальных политико-правовых традиций и других факторов предусматривают возможность использования референдума для решения государственных вопросов в незначительном количестве случаев. Достаточно вспомнить, что о таких и других институтах непосредственной демократии думали отцы-основатели американской Конституции, которые отдали полное предпочтение представительским формам. В 10-м «федералисте» Дж. Мэддисон по этому поводу отмечает следующее: «Чистая демократия, под каковой я разумею общество, состоящее из небольшого числа граждан, собирающихся купно и осуществляющих правление лично, не имеет средств против бедствий, чинимых крамолой. Общее увлечение или интерес почти во всех случаях будут владеть большинством, а поскольку широковещательность и единомыслие обуславливаются формой правления, нет ничего, что помешало бы расправиться со слабой стороной или каким-нибудь неугодным лицом. Вот почему демократии всегда являли собой зрелище смут и раздоров, всегда оказывались неспособными обеспечить личную безопасность или права собственности, существовали очень недолго и кончали насильственной смертью. Политики от теории, ратующие за этот образ правления, ошибочно полагали, что, осчастливив человечество равенством в политических правах, они тем самым полностью

уравнивают и сгладят все различия в отношении владения собственностью, как и в мыслях и увлечениях»¹. Достаточно емко и точно в этой связи высказался в свое время французский историк и филолог Э. Ренан: «Общая воля (народа. — Ю. Б.) есть лишь капризом каждого часа»².

Довольно часто сами граждане не воспринимают участие в референдуме как важную составляющую их публичной жизни: достаточно вспомнить, что около 70 % французских избирателей проигнорировали референдум 24 сентября 2000 года, на котором решался вопрос о сокращении срока президентских полномочий с 7 до 5 лет, посчитав, что и так результаты этого плебисцита являются достаточно предсказуемыми и не пожелав отвлекаться от более насущных вопросов, как-то повышение цен на бензин и транспортный кризис³.

¹ Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэддисона и Дж. Джея. — М. : Изд. гр. «Прогресс» — «Литера», 1994. — С. 83.

² Цит. по: Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність. — К. : КМА, 2009. — С. 161.

³ Преображенская А. А. Политические институты Франции на фоне перемен в общественно-политической жизни / А. А. Преображенская // Политические институты на рубеже тысячелетий. — Дубна : Феникс+, 2009. — С. 326 (Отмечаем несовпадение данных явки, указанных в этом источнике (79 %), с официальными результатами, оглашенными Конституционным советом Франции (Décision Résultats référendum 2000 du 28 septembre 2000 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2000/resultats-referendum-2000/decision-resultats-referendum-2000-du-28-septembre-2000.485.html>)).

Позволяя использовать референдум как самостоятельный способ установления нового конституционного строя, мы не должны забывать, насколько манипулятивным на сегодня является общественное мнение и насколько ограниченными являются «референдумные» возможности принятия решения, чтобы обойтись в этой ситуации без предварительного одобрения проекта Конституции парламентом.

Исследуя практику применения такого института непосредственной демократии, как референдум, мы не можем не упомянуть о том, что большую активность демонстрируют граждане и органы власти в применении референдума для решения тех или иных вопросов на местном уровне. При этом отмечаем и большую результативность применения референдума в местном самоуправлении.

По исследованию, проведенному специалистами Министерства юстиции Украины, за последние 10 лет в нашей стране было проведено более 150 местных референдумов. При этом предметом 50 из них (или 31 %) были вопросы административно-территориального устройства (в первую очередь объединения сельских населенных пунктов), 34 референдума (или 25 %) касались изменения названия населенного пункта, 31 референдум (20,4 %) был приурочен к воссозданию сельсоветов, 13 (7,5 %) – благоустройству населенных пунктов (в т. ч. строительству небезопасных объектов), 10 касались земельных вопросов и столько же – досрочного прекращения полномочий местных советов, сельских и городских голов. Абсолют-

ное большинство из них, 72,8 %, было проведено в селах¹.

В отдельных случаях референдум был использован как средство самостоятельного возложения громадой на себя дополнительных обязательств. В качестве примера – референдум 16 апреля 2000 года в г. Черновцы, на который был вынесен вопрос о самообложении налогом членов Черновицкой территориальной громады в размере 1 грн с целью финансирования работ по благоустройству городских кладбищ. Плебисцит продемонстрировал высокий уровень сознательности граждан относительно необходимости восстановления и поддержания в надлежащем состоянии мест захоронения (городские власти расширили перечень таких объектов, включив туда бесхозные памятники и могилы). За первые шесть лет было собрано 252 тыс. грн (притом, что количество граждан, подлежащих самообложению, – около 180 тысяч). В год сумма сборов составляла от 28 до 48 тыс. грн. За это время были благоустроены 2 кладбища, отремонтированы мемориал и прилегающие дороги².

Такой случай применения прямой демократии можно оценивать по-разному. С одной стороны, это реакция граждан на беспомощность городских властей, которые не в состоянии управ-

¹ Місцеві референдуми в Україні: теоретичні та нормопроектні аспекти : матеріали «круглого столу», 23 липня 2009 р. – К. : СПД Москаленко О. М., 2009 – С. 27–59.

² Письменний В. Самооподаткування: історичний досвід та сучасні проблеми / В. Письменний // Світ фінансів. – 2008. – № 3 (16). – С. 32–33.

лять коммунальным хозяйством. С другой стороны, тот факт, что референдум имел своим продолжением добровольное выполнение обязательств пусть не всей, но достаточно большой частью территориальной громады, символизирует наличие совместных стремлений и интересов у жителей города, что является немаловажным на пути построения полноценного местного самоуправления, где громада не только требует у государства больше полномочий и финансовых ресурсов, но, и как сказано в Законе Украины «О местном самоуправлении», осуществляет публичную власть под личную ответственность.

4. Украина во многих отношениях является уникальной страной. Не исключением является и экспериментирование с избирательными системами. За 20 лет независимости нами при формировании Верховной Рады были испробованы как мажоритарная и пропорциональная, так и комбинированная (смешанная) избирательные системы. Каждый раз на кон ставились сверхзадачи, как-то обеспечение возможности доступа всех граждан к высоким государственным должностям, построение партийной системы и т. д. К каким результатам в конечном счете мы пришли?

По большей части – это разочарование в представительских учреждениях и институте выборов вообще. Об этом достаточно четко свидетельствуют результаты социологических исследований. Так, по данным соцопроса, проведенного Центром Разумкова осенью 2010 года, 58,3 % опрошенных верят в то, что выборы могут быть

сфальсифицированы¹. В чем же причины того, что формы непосредственной демократии, обозначенные в ст. 69 Конституции Украины, так и не стали полноценной основой формирования свободного демократического строя?

Граждане ожидают от выборов серьезных изменений, прежде всего социально-экономической ситуации. Поэтому с большим желанием голосуют за представителей политических сил, которые обещают повышение социальных стандартов. Естественно, придя к власти, политики сталкиваются с катастрофической нехваткой средств на эти нужды. В результате – быстрое разочарование простых украинцев и усталость от политики. Такая простая схема вычисления «эффективности» реализации гражданами своих прав на участие в управлении государственными делами посредством выборов вряд ли допустима для научной статьи, тем не менее, является наиболее иллюстративным изложением модели развития постсоветской государственности с масштабными, но вместе с тем взаимопротиворечащими целями.

Прежде всего речь идет о том, что повышенные социальные обязательства государства, обремененные в конституционные права, не совсем согласуются с построением рыночной экономики. И это очень четко ощущается каждый раз, когда Закон о Государственном бюджете на текущий год, в ко-

¹ Чи можуть бути сфальсифіковані результати місцевих виборів 31 жовтня 2010 року? [Електронний ресурс] : Соц. опитування. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=569

тором урезается значительная часть льгот, попадает на проверку в Конституционный Суд. При этом восстанавливая льготы и социальные выплаты в прежних размерах, Суд не забывает в своих других решениях делать небольшое отступление, говоря о бюджетной политике следующее: при определении в законе о Государственном бюджете доходов и расходов государство должно стремиться придерживаться равномерного соотношения между ними, а также в обязательном порядке придерживаться принципов справедливого, непредвзятого распределения общественного богатства между гражданами, территориальными громадами, учитывать потребности всего общества, необходимость обеспечения прав и свобод человека и достойных условий его жизни (решение от 27 ноября 2008 года). При таком подходе вполне приемлемой могла бы выглядеть инициатива правительства по сокращению социальных выплат, исходя из реальных доходов. Однако тот же Конституционный Суд, каждый раз, когда парламент пытается принять бюджет исходя из показателей экономики, блокирует такое решение, указывая на достаточно туманную формулировку ч. 3 ст. 22 Конституции Украины относительно того, что при принятии новых или внесении изменений в действующие законы не допускается ограничение объема и содержания существующих прав и свобод.

Можно сказать, что в Украине принцип правового доверия достиг такой степени реализации, что в пору говорить о новой постсоветской пара-

дигме верховенства права (составляющей которого и есть этот принцип), смыслом которой является патерналистская вера (а может быть и убежденность) в социальные обязательства государства. Под этот запрет, по мнению Суда, попадают также и льготы, которые хотя бы единожды были установлены законодателем для определенных слоев населения. Российский политолог М. Урнов характеризует такую ситуацию как наиболее часто встречающуюся химеру переходного общества, когда происходит «сочетание крайних форм индивидуализма с не менее крайними патерналистскими ожиданиями»¹.

Естественно, что, придерживаясь таких конституционных рамок, любая политическая сила вынуждена идти на выборы с социальными лозунгами. Далее, столкнувшись с экономическими реалиями, чтобы избежать стремительного падения рейтинга, парламентское большинство вынуждено либо отложить непопулярные реформы в долгий ящик, либо же сделать их наименее радикальными (хотя в последнее время наблюдаются противоположные тенденции в осуществлении государственной политики).

Другой немаловажной составляющей электоральной идеологии является необходимость обеспечения возможности реализации пассивного избирательного права всеми без исключения гражданами. Такая задача

¹ Урнов М. Ниспровергнуть авторитарное большинство: непростая задача / М. Урнов // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 85.

ставится каждый раз, когда речь заходит о реформировании избирательного законодательства. Однако по результатам практически всегда оказывается, что в избирательных бюллетенях фигурируют одни и те же политики. И как в этой связи не вспомнить слова выдающегося экономиста Й. Шумпетера относительно реальной сущности демократии: «Демократия не означает и не может означать, что народ действительно правит в любом очевидном значении слов “народ” и “править”. Демократия означает лишь то, что народ имеет возможность согласиться или не согласиться, чтобы им правил тот или иной человек»¹. Или, как сказал бы другой известный исследователь демократических форм А. де Токвиль, «всеобщее избирательное право всего лишь легитимизирует использование властью теми, кто и так ею обладает»².

Наше постоянное стремление привлечь в политику абсолютное большинство людей сродни старому советскому выражению о способности кухарки управлять страной. В конце концов реалии сегодняшней жизни таковы, что политика не может превратиться из обособленной сферы профессиональной человеческой деятельности в повседневно-развлекательное мероприятие, не требующее мыслительных и физических усилий.

¹ Шумпетер Йозеф А. Елітарна демократія і теорія конкурентного лідерства / А. Йозеф Шумпетер // Демократія: Антологія. – К. : Смолоскип, 2005. – С. 480.

² Цит. по: Пабст Э. Рыночное государство и постдемократия / Э. Пабст // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 238.

Как правило, в отсутствии реальной, а не мнимой, политической активности обвиняют политические партии. Именно на них согласно ст. 36 Конституции Украины возложена важная функция содействия формированию и выражению политической воли граждан. Кроме того отображена и их другая задача, тесно связанная с первой, – участие в выборах³. Именно эта составляющая демократических основ конституционного строя и будет предметом рассмотрения нашего последнего, пятого, блока.

5. Советское прошлое дает о себе знать и сейчас. В частности, это касается и развития партийной системы. Так, размышляя о слабости гражданского общества в постсоветских странах, американский исследователь Марк М. Ховард приходит к выводу, что тому есть по крайней мере три причины – это недоверие к любым организациям, напоминающим принудительно-обязательное членство

³ Для ряда европейских стран характерна более детальная законодательная характеристика основных задач политических партий: согласно ч. 2 ст. 1 Закона ФРГ о партиях 1967 года партии должны влиять на формирование общественного мнения, содействовать активному участию граждан в политической жизни; готовить людей, способных брать на себя обязательства в публичной сфере; принимать участие в выборах в федеральные, земельные и местные органы власти путем выдвижения кандидатов; осуществлять влияние на политическую составляющую в деятельности парламента и правительства; инициировать внедрение их политических целей в процессе принятия решений на национальном уровне; обеспечивать длительные, жизненно важные связи (контакты) между народом и публичной властью.

в организациях коммунистического типа; устойчивость привычных неформальных личных контактов и связей; разочарование в посткоммунистической реальности – от качества жизни до властных институтов¹. Действительно, если посмотреть на реальное состояние дел в создании партийной системы, то невооруженным глазом видно, насколько виртуальными являются большинство политических проектов. В первую очередь виртуальным является членство граждан в этих организациях, из-за причин, обозначенных, Марком Ховардом, и по ряду других факторов. Как правило, партии создаются под конкретного лидера, не имея под собой серьезной идеологической основы.

И когда после очередных выборов (или в их преддверии) начинается критика партийной системы, то на первый план выходят три таких тезиса: слишком большое количество партий; низкий уровень членства избирателей в этих политических организациях; отсутствие в большинстве из них демократической системы управления. Такое критическое отношение в последнее десятилетие обусловлено значительным возрастанием роли партий в реализации гражданами пассивного избирательного права. Каждый

раз, когда ставится под сомнение возможность выдвижения кандидатов на выборные должности исключительно политическими партиями, критики такой избирательной системы указывают на отсутствие (по их мнению) у партий легитимного права выступать даже от трети населения, наделенного правом голоса. Акцентируется внимание на том, что эти объединения граждан представляют (с учетом задекларированных ими членов партии) не более 2–3 % избирателей. И при таких условиях граждане вынуждены выбирать из тех кандидатов, которые выдвинуты абсолютным меньшинством избирателей.

Хотелось бы по этому поводу высказать ряд соображений. Сегодня процесс легализации политических партий хотя и является достаточно громоздким, но при этом небезнадёжно трудным. Наиболее значительным требованием является сбор 10 тысячи подписей в поддержку решения о создании партии. Легализирующий орган в лице Министерства юстиции² подходит к этим вопросам достаточно формально (что вполне естественно для демократических процедур). Поэтому по истечении определенного времени можно будет выдвигать кандидатов от собственной политической силы. Еще одной сложной задачей является создание партий в течение 6 месяцев после регистрации своих подразделений в большинстве регио-

¹ Ховард Марк М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе / М. Марк Ховард. – М. : Аспект Пресс, 2009. – С. 128. (Хотя Ховард придерживается узкого подхода к пониманию институтов гражданского общества, они «не имеют своей целью ни власть, ни прибыль», мы считаем, что указанные им факторы имеют прямое отношение и к неэффективности политической системы.)

² После административной реформы эти функции перейдут к Государственной регистрационной службе. Правда, и она будет действовать под эгидой Министерства юстиции.

нов Украины¹. С другой стороны, как продемонстрировали политические события, предшествующие парламентским выборам 2006 года, можно путем принятия на съезде новой программы и устава партии реанимировать давно существующую на бумаге политическую силу, можно даже изменить название этой партии² (при этом не нужно проходить процедуру регистрации заново, достаточно подать новые документы в регистрирующий орган, который просто «принимает их к сведению»).

Дополнительным аргументом может служить статистика участия граждан стран Европы в жизни политических партий. П. Майер и И. ван Бизен приводят по этому поводу такие цифры: в Швеции членами партии являются 5,54 % избирателей, в Норвегии – 7,31 %, в Голландии – 2,51 %. В целом картина по Европе выглядит также разнообразно: от 17,66 % – в Австрии до 1,15 % – в Польше, при среднем показателе 4,99 %³.

¹ Одной из последних «жертв» такого требования стала «Интернет-партия Украины».

² В качестве примера, партия «Фронт перемен», которую в 2009 г. возглавил рейтинговый политик А. Яценюк. До этого это была малоизвестная политическая сила под названием «Народная трудовая партия» (с 2008 г. – «Демократический фронт»). После смены лидера, названия и программы партия сразу стала весомым игроком на политической арене (<http://poli.in.ua/ua/party/6>). Аналогичная ситуация и с партией «Единый центр», преобразованной в 2008 г. из «Партии частной собственности» (последняя была зарегистрирована в 1999 г.).

³ Mair P., Biezen I. van. Party membership in twenty European democracies, 1980–2000 / P. Mair, I. van. Biezen // Party politics. – 2001. – Vol. 7, № 1. – P. 9.

Поэтому фактически если и вести речь о неравенстве возможностей, то внимание следует переключить на ресурсы основных претендентов на выборные должности. В первую очередь следует говорить о медиа-ресурсах. Не секрет, что именно благодаря новым информационным технологиям происходит манипуляция общественным сознанием, и, как следствие, мнением избирателей. Нельзя не вспомнить, как еще 80 лет назад о подобных процессах писал известный немецкий государствовед К. Шмит: «в любой демократии есть партии, ораторы и демагоги... далее пресса, кино и иные методы психотехнического воздействия на массы. Поэтому возникает опасность того ... что общественным мнением и волей народа дирижируют невидимые и безответственные социальные силы»⁴.

На стороне подобных размышлений и результаты социологических исследований: среди источников получения информации о партиях и блоках, предложенных гражданам во время соцопроса, проведенного в январе 2006 года Центром Разумкова, 86,7 % назвали телевидение⁵. Естественно, что в рыночных (или псевдорыночных) условиях доступ к средствам массовой информации в необходимом объеме имеют далеко не все политические акторы. Однако в погоне за штуч-

⁴ Шмит К. Государство и политическая форма / К. Шмит. – М. : ГУ ВШЭ, 2010. – С. 102.

⁵ З яких джерел Ви в основному отримуєте інформацію про партії та блоки? [Електронний ресурс]: соц. опитування. – Режим доступу: http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=224

ным равенством кандидатов сделать частные СМИ нерентабельными тоже не есть демократическим выходом.

На наш взгляд, из-за отсутствия более-менее четких идеологических установок у большинства избирателей (кроме радикально настроенных граждан правового и левого толка), создавая мнимые стартовые условия для всех без исключения желающих занять высокую государственную должность, мы все дальше отдаляем возникновение реальных демократических институтов. Ведь настоящая демократия – это не просто регулярное проведение выборов. «Выборы не приводят к неизбежному созданию демократии. Выборы требуют наличия институтов и организаций, а также убеждений и норм до того, как они создадут порядок открытого доступа с демократической конкуренцией за политическую власть»¹. При таких условиях, без возникновения думающего и ответственного избирателя-собственника, появление отмеченных элементов демократического открытого порядка представляется весьма затруднительным.

С другой стороны, может ли государство никак не реагировать на хаотичное (хотя, если быть точным, олигархо-центристское) развитие партийной системы? Вопрос носит, скорее, риторический характер. Среди наиболее рациональных средств, выработанных европейскими демокра-

¹ Норт Д. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества / Д. Норт, Д. Уоллис, Б. Вайнгаст. – М. : Изд. Ин-та Гайдара, 2011. – С. 59.

тиями, наиболее привлекательным является государственное финансирование парламентских партий (достаточно интересным в этом плане является опыт ФРГ). Следует отметить, что предыдущими редакциями Закона Украины «О политических партиях в Украине» предусматривалась такая форма поддержки политических сил (в размере 1 % минимальной зарплаты за каждый полученный на последних выборах голос). Однако, не будучи ни разу реализованными, описываемые нормы закона были отменены. Считаем, что законодателю следует еще раз вернуться к этой идее, невзирая на всю постсоветскую риторику относительно невозможности при скудном бюджете тратить деньги на партии.

Возвращаясь к тезису о профессионализации политической деятельности, не можем не сказать и о том, что общество не выработало других механизмов формирования элитарного клуба политиков, нежели партии. Именно с работы в низовых структурах в юношеском возрасте начиналась политическая карьера практически всех без исключения демократических лидеров. А поэтому внимание к созданию полноценной партийной системы со стороны государства должно носить системный и постоянный характер.

Нельзя отрицать и тот факт, говоря о медиа-ресурсах, что в современных условиях партийное развитие и становление других демократических институтов невозможно представить без новых информационных технологий. Сейчас у всех на слуху роль сервиса Facebook в осуществлении

революционных преобразований в Северной Африке. Однако есть и другие более «мирные» примеры экспериментирования с Интернет-технологиями в государственном управлении. Так, шейх Дубай Мухаммед использовал упомянутый Facebook для опроса граждан относительно возможности и необходимости переноса начала учебного года на время после окончания Рамадана. Получив большинство положительных ответов, шейх принял соответствующее решение¹. Естественно, преувеличивать значение этих технологий для модернизации демократических процессов не стоит, особенно утверждать о появлении в ближайшем будущем новой электронной демократии прямого участия.

Однако и отрицать влияние hi-tes на умы избирателей не стоит. Западные политологи небезосновательно утверждают, что «глобального “отката” мировой демократии не предвидится – в силу неумолимого распространения коммуникационных технологий ... Они обеспечивают трансграничное распространение политических знаний и идей и ограничивают нелиберальные режимы

¹ Параг Х. Демократия или эффективность: вызовы XXI века / Х. Параг // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 211.

в их стремлении не допустить собственных граждан к всевозможным источникам информации»².

Заканчивая анализ демократических основ конституционного строя Украины, хочется процитировать слова выдающегося политика, бывшего премьера этой страны, доктора Махатхира Мохаммада, превратившего отсталую страну Малайзию в одного из «азиатских тигров»: «Самые важные и труднопреодолимые вызовы, с которыми сталкивается модернизация, лежат в сфере культуры... реальная проблема заключена в установлении новых ценностей таким образом, чтобы оно не порождало отчуждения и антагонизма со стороны людей»³. Именно таким трудным путем демократии еще предстоит пройти нашей стране.

Опубликовано: Конституционное развитие России и Украины. Вып. 1 : сб. науч. тр. – Харьков : Право, 2011. – С. 46–66.

² Каротерс Т. О глобальной демократии и содействии ее развитию / Т. Каротерс // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 308.

³ Цит. по: Красильщиков В. От авторитаризма к демократии на путях модернизации: общее и особенное / В. Красильщиков // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 217.

Л. Воронова, академик НАПрН Украины, профессор кафедры финансового права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Закон о Государственном бюджете Украины

Законами во всех государствах, как и в Украине, могут регулироваться все сферы общественных отношений. Конституция Украины в части 2 статьи 92 установила виды отношений, которые в Украине регулируются только законами.

В нормах Конституции перечислены наиболее важные для функционирования государства отношения, среди которых первыми названы почти все виды финансовой деятельности.

Прежде всего законом Украины утверждается Государственный бюджет, который является централизованным фондом финансовых ресурсов, форма образования и расходования денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения функционирования государства и местного самоуправления.

Статья 13 Бюджетного кодекса устанавливает, что бюджет может состоять из общего и специального фонда. Эта же статья определяет состав-

ные части общего и специального фонда.

В общий фонд включаются все доходы бюджета, кроме тех, которые предназначены для зачисления в специальный фонд бюджета. За счет общего фонда бюджета финансируются все расходы, включенные в общий фонд; проводится кредитование бюджета (т. е. возвращение кредитов, выданных за счет общего фонда без целевого назначения, и предоставление кредитов из этого фонда); финансирование общего фонда бюджета. За счет этого фонда идет обеспечение функционирования государства.

В специальный фонд бюджета включаются доходы бюджета с целевым назначением (включая собственные поступления бюджетных учреждений); расходы бюджетов, осуществляемых за счет конкретно определенных поступлений специального фонда бюджета, кредитование бюджета (возвращение кредитов из

бюджета с определением целевого назначения и предоставление кредитов из бюджета, осуществляемых за счет конкретно определенных поступлений для этих потребностей); финансирование специального фонда бюджета¹.

Нормы Бюджетного кодекса Украины, конечно, имеют императивный характер. Однако статья 13 Бюджетного кодекса не настаивает на том, что Государственный бюджет Украины обязательно делится на общий и специальный фонды, т. е. все зависит от содержания закона о Государственном бюджете. Это, как нам представляется, не способствует стабилизации местных бюджетов. Закон о Государственном бюджете согласно статье 96 Конституции Украины утверждается ежегодно, т. е. Верховная Рада может не утверждать Закон о Государственном бюджете, разделенный на два фонда – общий и особый, тогда и местные бюджеты не должны быть поделены на два фонда, а ведь их тоже составляют в течение длительного периода. Кроме этого, в статье 69 Бюджетного кодекса перечисляются доходы местных бюджетов, которые не учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов, а п. 21 этой статьи гласит о том, что в общий фонд местных бюджетов включаются другие доходы, определяемые законом о Государственном бюджете Украины. Пункт 14 части второй этой же статьи при определе-

нии доходов специальных фондов местных бюджетов говорит о том же.

Конечно, сегодня местные бюджеты остро нуждаются в средствах, но поступления собственных средств сокращаются, а налоговые поступления, особенно налог на доходы физических лиц, ежегодно уменьшаются, ибо отсев сельского населения идет все больше. В связи с этим необходимо установить порядок, при котором государственный и местные бюджеты обязательно делятся на 2 фонда, чтобы местные бюджеты не так «нервно» ожидали ежегодного утверждения закона о Государственном бюджете, а пользовались Бюджетным кодексом Украины.

Объемы доходов и расходов, указанных в законе о Государственном бюджете, рассчитаны на субъектов бюджетных правоотношений, принимающих участие в управлении бюджетными средствами. Пункт 49 статьи 2 Бюджетного кодекса Украины впервые в законодательстве Украины ввел термин «управление бюджетными средствами» и дал его определение как совокупность действий участника бюджетного процесса в соответствии с его полномочиями, связанными с формированием и использованием бюджетных средств, осуществлением контроля за соблюдением бюджетного законодательства, направленными на достижение целей, задач и конкретных результатов своей деятельности и обеспечение эффективного, результативного и целевого использования бюджетных средств.

Основными субъектами управления бюджетными средствами являются

¹ О детализации доходов и расходов общего и специального фондов см. статьи 29–31 Бюджетного кодекса Украины, по местным бюджетам – статьи 70 и 71.

ся их главные распорядители. Однако предписание Верховной Рады в законе о Государственном бюджете рассчитано, в первую очередь, на Кабинет Министров Украины (поскольку пункт 4 статьи 116 возлагает на Кабинет Министров Украины разработку проекта закона о Государственном бюджете Украины и обеспечение исполнения утвержденного Верховной Радой Государственного бюджета Украины, подачу Верховной Раде отчета о его выполнении), Министерство финансов, Казначейство, которые будут непосредственно управлять бюджетными средствами. Все эти отношения имеют императивный характер. А при выполнении расходной части бюджета появится возможность у распорядителя бюджетных средств в границах утвержденных в бюджете объемов средств, а затем в сметах бюджетных учреждений выбрать себе участника отношений. Оставаясь бюджетными средствами, деньги будут расходоваться, как правило, на договорной основе и регулироваться не только финансово-правовыми нормами.

Нормы законов о Государственном бюджете Украины и решений органов местного самоуправления носят в большинстве своем конкретно-адресный характер, ибо они распространяют свое действие в первую очередь на органы, управляющие бюджетными средствами.

Нормами законов о бюджетах, имеющих конкретно-адресное содержание, утверждаются и устанавливаются, как правило, годовые объемы доходов и расходов, иногда указыва-

ются объемы средств по главным распорядителям бюджетных средств. Так, в статье 9 Закона Украины о Государственном бюджете на 2007 год было установлено, что государственному предприятию «Национальная энергогенерирующая компания «Энергоатом» обеспечить ежемесячно равными частями в течение 2007 года перечисление в специальный фонд государственного бюджета 165 687 тысяч гривен задолженности перед целевым отраслевым фондом создания ядерно-топливного цикла в Украине за приобретенный концентрат природного урана и поставленное ему на компенсационной основе в течение 1994–1999 гг. ядерное топливо.

Конституция Украины предоставляет право на утверждение Государственного бюджета и внесение изменений в него; осуществление контроля за исполнением Государственного бюджета Украины, принятие отчета о его исполнении только Верховной Раде как единственному законодательному органу страны.

Практика Верховной Рады Украины свидетельствует о том, что ежегодные законы о Государственном бюджете включают разное количество статей, в которых утверждаются или устанавливаются бюджетные показатели. Поскольку Верховная Рада – единственный орган, принимающий любые законы и о Государственном бюджете тоже, она может принимать их с любым количеством статей и любого содержания. Однако в законах и решениях органов местного самоуправления о соответствующих бюджетах должны быть обязательные

показатели, которые содержатся в законах о бюджетах всех уровней.

Во введенном в действие с 1 января 2011 года Бюджетном кодексе Украины теперь есть статья 40, которая определяет содержание закона о Государственном бюджете Украины.

Закон «О Государственном бюджете Украины» содержит точную терминологию, которая, на первый взгляд, имеет одинаковое значение, поскольку эти термины содержатся в одной статье. Например, статья 1 Закона «О Государственном бюджете Украины на 2011 год» определяет доходы Государственного бюджета, утверждает на 2011 год возвращение кредитов в Государственный бюджет в общий фонд и отдельно – в специальный фонд, и предоставление кредитов в 2011 году в эти фонды Государственного бюджета. В статье 1 также устанавливается предельный размер дефицита по общему и специальному фондам на 2011 год, но в приложении к Закону эти цифры детализируются.

Общие объемы доходов Государственного бюджета в Законах о Государственном бюджете на любой бюджетный год устанавливаются, а объем расходов утверждается. Для бюджетного финансирования характерным является нормирование расходов, поскольку в актах о бюджете содержится конечный показатель расходов, который нельзя превышать. Бюджетные средства всегда необходимо расходовать бережливо и эффективно, поэтому каждый бюджетный расход нормируется, а общий показатель не подлежит увеличению объема, утвержденного в бюджете.

Статья 95 Конституции Украины установила, что любые расходы государства на его функционирование определяются законом о Государственном бюджете. Статья 40 Бюджетного кодекса Украины определяет «предмет регулирования закона о Государственном бюджете», т. е. определяет виды показателей, которые должны содержаться в этом Законе:

1) общая сумма доходов, расходов и кредитование государственного бюджета (с распределением на общий и специальный фонды);

2) предельный объем годового дефицита (профицита) государственного бюджета в соответствующем бюджетном периоде и государственного долга на конец соответствующего бюджетного периода, граничный объем предоставления государственных гарантий, а также полномочия по этим гарантиям (по государственным – Кабинет Министров Украины, по местным – Совет министров АРК и соответствующие городские советы – ст. 17 Бюджетного кодекса);

3) доходы государственного бюджета в соответствии с бюджетной классификацией (в приложении к закону);

4) финансирование государственного бюджета в соответствии с бюджетной классификацией (в приложении к закону);

5) бюджетные назначения главным распорядителям средств государственного бюджета в соответствии с бюджетной классификацией с обязательным выделением расходов потребления (зарплата, коммунальные услуги и энергоносители) и расходов

развития, включая распределение расходов на централизованные мероприятия между административно-территориальными единицами (в дополнении к закону);

6) бюджетные назначения межбюджетных трансфертов (в дополнении к закону);

7) размер оборотного остатка средств государственного бюджета;

8) размер минимальной заработной платы на соответствующий бюджетный период;

9) размер прожиточного уровня на соответствующий бюджетный период в расчете на месяц на одно лицо, а также отдельно для основных социальных и демографических групп населения и уровень обеспечения прожиточного минимума на соответствующий бюджетный период¹;

10) перечень кредитов (займов), привлекаемых нашим государством у иностранных государств, банков и международных финансовых организаций для реализации инвестиционных программ (проектов) с опреде-

¹ Например, на 2011 год ст. 21 Закона о Государственном бюджете установила прожиточный минимум на 1 человека в расчете на месяц в размере: с 1 января – 894 грн, с 1 апреля – 911 грн, с 1 октября – 934 грн, с 1 декабря 953 грн. Для детей в возрасте до 6 лет: с 1 января – 816 грн, с 1 апреля – 832 грн, с 1 октября – 853 грн, с 1 декабря – 870 грн. Дифференцированно установлена эта цифра и по возрасту детей от 6 до 18 лет, трудоспособных и нетрудоспособных граждан. Минимальная зарплата установлена на 2011 год: с 1 января – 941 грн, с 1 апреля – 960 грн, с 1 октября – 985 грн, с 1 декабря 2011 года – 1004 грн.

Как правило, в течение года установленная в январе цифра прожиточного минимума не изменяется.

лением кредиторов, общих объемов кредитов и объемом их привлечения в соответствующем бюджетном периоде в разрезе бюджетных программ (в дополнениях к закону);

11) дополнительные положения, регламентирующие процесс исполнения бюджета.

Как видим, Бюджетный кодекс Украины в статье 40 содержит предмет регулирования законом о Государственном бюджете Украины, т. е. эта статья и определяет содержание закона о Государственном бюджете.

Часть показателей государственного бюджета утверждается в законе (это в основном доходные показатели), а часть устанавливается (в основном это показатели по расходам).

В Законе о Государственном бюджете устанавливаются защищенные расходы, размеры которых не уменьшаются в случаях увеличения бюджетного дефицита в течение бюджетного периода. В соответствии со статьей 55 Бюджетного кодекса к защищенным расходам относятся:

- оплата труда сотрудников бюджетных учреждений;
- начисления на заработную плату;
- приобретение медикаментов и перевязочных материалов;
- обеспечение продуктами питания;
- оплата коммунальных услуг и энергоносителей;
- обслуживание государственного долга;
- текущие трансферты населению;
- текущие трансферты местным бюджетам;

– подготовка кадров высшими учебными заведениями I–IV уровней аккредитации;

– обеспечение инвалидов техническими и другими средствами реабилитации, изделиями медицинского назначения для индивидуального пользования;

– фундаментальные исследования, прикладные научные и научно-технические разработки. До 2011 года (до принятия нового Бюджетного кодекса Украины) виды защищенных расходов ежегодно включались в закон о Государственном бюджете. Теперь эти виды включаются не в закон, а выносятся в приложения. Виды этих расходов значительно сократились. А главные распорядители теперь тоже с трудом могут ознакомиться с приложениями, не говоря уже о тех людях, которые могли быть уверены в том, что они имеют право на получение денежных средств на цели, предусмотренные в бюджетном законодательстве.

До 2011 года приложения к Закону о Государственном бюджете тоже были, но их было немного. В основном предписания по выполнению бюджетных показателей содержались в самом Законе о Государственном бюджете Украины.

Бюджетный кодекс Украины предусматривает порядок внесения изменений в закон о Государственном бюджете Украины. Причем изменения вносятся на протяжении всего года, начиная с января текущего, сразу с начала бюджетного периода. Конечно, это не вина финансовых органов, а сбой в экономике, несвоевременное поступление доходов влечет неизбежные срывы финансирования.

Статья 52 Бюджетного кодекса Украины дает возможность внесения изменений в закон о Государственном бюджете в случае отклонения оценки основных прогнозных макропоказателей экономического и социального развития Украины и поступлений бюджета от прогноза, учтенного при утверждении Государственного бюджета на соответствующий бюджетный период, а также изменения структуры расходов государственного бюджета.

Процедура внесения изменений в действующий закон в Бюджетном кодексе Украины, к сожалению, не регламентируется. В статье 52 содержится отсылка к разделу IV «Законодательная процедура» Регламента Верховной Рады Украины. В соответствии со статьей 155 Регламента Верховной Рады Украины изменения в закон о Государственном бюджете могут вносить субъекты права законодательной инициативы.

Регламент не допускает внесения исправлений в закон о Государственном бюджете, если они непосредственно предусматривают изменения соответствующего закона. Вначале вносятся изменения в этот закон, а после этого – предложения о дополнении или изменении закона о Государственном бюджете.

Бюджетный кодекс Украины в статье 53 устанавливает порядок признания факта перевыполнения поступлений доходов в государственный бюджет на основании заключений Счетной палаты и Министерства финансов Украины по итогам превышения показателей поступлений государственного бюджета по итогам трех

кварталов. Заключение о перевыполнении более чем на 15 % установленных законом о Государственном бюджете, подаются Верховной Раде Украины до 15 октября текущего года.

Новый Бюджетный кодекс Украины не содержит понятия «бюджетное устройство государства», чем оно определяется и каково его содержание. Он устанавливает понятие бюджетной системы, ее принципов и бюджетного процесса.

В Бюджетном кодексе Украины сформулированы 10 принципов, на которых строится бюджетная система Украины. Анализируя закон о Государственном бюджете Украины, которым оканчивается ежегодное формирование государственного бюджета, остановимся на одном из принципов бюджетной системы Украины, как он назван в статье 7 Бюджетного кодекса Украины – принцип публичности и прозрачности. Соблюдение этого принципа предусматривает: обязательное информирование общественности в открытой прессе об утвержденных бюджетах, опубликование отчетов об их исполнении; полноту предоставления информации о ходе исполнения бюджетов и доступность других сведений по решению законодательных органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Широкая общественность и просто грамотное население, которое «болеет» за страну и кроме этого интересуется, на что государство тратит деньги, взыскиваемые с него, не могут ознакомиться в «широкой прессе» с полным текстом закона о Государственном бюджете, поскольку приложе-

ния к нему, откуда можно почерпнуть интересующие данные, широко не публикуются. Правда, в течение года, довольно часто можно в «Урядовому кур'єрі» посмотреть на распоряжения или постановления Кабинета Министров об использовании средств общего фонда государственного бюджета по разным бюджетным программам. Не зная, как эти средства распределялись в законе, читатель не может видеть, как меняются объекты финансирования в течение бюджетного года.

Прозрачность, обещанная Бюджетным кодексом Украины, «замутнена» тем, что в законе о Государственном бюджете не публикуется «расшифровка» показателей, которые раскрывают объемы доходов и расходов, объем задолженностей государства. Это все идет отдельно в дополнениях к закону о бюджете.

Проект закона о Государственном бюджете подлежит обязательной публикации в газете «Урядовий кур'єр» не позднее семи дней после подачи проекта Верховной Раде, что дает возможность ознакомиться с ним всем желающим. Но если сравнить показатели проекта и утвержденного закона о Государственном бюджете, они совсем разные. Это и понятно. Проект подвергается значительным изменениям. Однако в проекте нет никаких приложений, поэтому тем, кто интересуется детальным распределением доходов и расходов (хотя бы по главным распорядителям бюджетных средств), их увидеть невозможно.

После окончания финансового года бюджетные материалы (в соответствии со ст. 28 Бюджетного кодек-

са Украины) подлежат публичному представлению (по государственному бюджету не позднее 1 марта). В газетах «Голос України» и «Урядовий кур'єр» это делает Министерство финансов Украины, Уполномоченные представители Комитета Верховной Рады по вопросам бюджета, Счетной палаты – до 20 марта, главные распорядители средств государственного бюджета – до 15 марта; по местным бюджетам это представление дается в газетах, определенных Верховной Радой АРК и соответствующими местными советами до 20 марта года, наступающего после отчетного.

Все эти данные представляются для ознакомления в обобщенных показателях. Бюджетный год окончен 31 декабря минувшего года, март – третий месяц нового, текущего года, когда всем заинтересованным людям можно думать о выполнении бюджета текущего года, как будет составляться проект бюджета на следующий период, а еще лучше на два предстоящих. Было бы очень показательным, если бы отчеты утверждались по бюджетным вотумам (вотум – показатель, утвержденный или установленный законодательным или местным представительным органом). Тогда бы и мог законодательный орган потребовать от исполнительного и тех органов, которые исполняли бюджеты, наглядно отчитаться перед избирателями.

В юридической литературе неоднократно среди теоретиков права возникает дискуссия о том, что Закон о Государственном бюджете является законом формальным, поскольку он необходим каждому государству и без

централизованного фонда денежных средств функционировать не сможет ни одно из них. Ко всем законам закон о бюджете отнести нельзя, ибо он состоит из цифр, утверждается на один период. Правовых норм он не включает. Поэтому закон или правовой акт о бюджете, принимаемый законодательным или местным представительным органом, является законом только в формальном, но не в материальном смысле.

Бюджетное право, как и налоговое, является центральным институтом финансового права. Наш земляк и единственный академик Российской академии наук И. И. Янжул в конце XIX века писал, что финансы и их организация имеют огромное значение, они и опосредованно, и прямо влияют на весь государственный строй и управление. Они являются мерилем благосостояния страны и мерилем цивилизации¹.

Осуществляя финансовую деятельность по формированию, распределению и использованию централизованных и децентрализованных денежных фондов с целью обеспечения осуществления своих функций, социально-экономических задач, управления, обороноспособности, деятельности государственных органов, государство должно урегулировать отношения с плательщиками доходов, идущими на покрытие его функционирования. Это сделать очень сложно,

¹ Янжул И. И. Основные начала финансовой науки. Учебник о государственных доходах / И. И. Янжул // Золотые страницы финансового права России. Т. 3. – М. : Статут, 2002. – С. 35.

о чем свидетельствует длительный процесс принятия Налогового кодекса Украины. Но еще труднее эти доходы распределить и регламентировать их расходование. Это регулирование осуществляется Бюджетным кодексом и законом о Государственном бюджете Украины. Но Государственный бюджет принимается на один бюджетный период и утверждается единым законом. В этом законе отражается вся политика государства, поэтому данный закон не может не отличаться от всех остальных законов, принимаемых Верховной Радой Украины.

Например, в статье 17 Закона «О Государственном бюджете Украины на 2011 год» утверждаются нормативы ежедневных отчислений для перечисления дотаций выравнивания из государственного бюджета местным бюджетам и средств, передаваемых в государственный бюджет из местных бюджетов согласно приложению № 6 к этому Закону.

Отношения между соответствующими бюджетами в этом случае возникнут после наступления юридических фактов – отчислений средств либо из государственного бюджета в местные, либо из местных в государственный. Эти отношения регулируются бюджетно-правовыми нормами. Они отличаются от норм, которые имеют конкретно-адресный характер. Местные бюджеты будут получать поддержку в размерах ежедневных поступлений в форме дотаций, норматив которых определен в законе.

А правила, регулирующие эти отношения, – и есть типичные финансово-правовые нормы, которые не носят конкретно-адресного содержания.

Отношения между получателями средств из соответствующего бюджета и вышестоящими органами (или, наоборот, между распорядителями средств по местным бюджетам и вышестоящими органами, которым отчисляются средства из местных бюджетов), регулируются правилами, не имеющими конкретно-адресного содержания. Они возникают на основании юридических фактов, которыми являются ежедневные платежи в бюджет, норматив которых определен в законе. Правила, регулирующие эти отношения, – и есть типичные финансово-правовые нормы, которые не носят конкретно-адресного характера. По нашему мнению, закон о Государственном бюджете Украины состоит из статей, содержащих конкретно-адресные предписания, и предписания, которые служат основанием для существования бюджетно-правовых отношений на основе юридических фактов – внесения (выделения) бюджетных средств из вышестоящих в нижестоящие и из нижестоящих в вышестоящий бюджет.

И, естественно, закон о Государственном бюджете является одним из важнейших законов, принимаемых ежегодно Верховной Радой Украины.

Опубликовано: Очерки финансово-правовой науки современности : монография / под общ. ред. Л. К. Вороновой. – М. ; Харьков : Право, 2011. – С. 273–283.

В. Гарашук, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры административного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения

Принятые в апреле 2011 г. Закон Украины «Об основах предупреждения и противодействия коррупции»¹ и Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины об ответственности за коррупционные правонарушения»² являются определенным шагом в деле борьбы с коррупцией в Украине. Данными актами усилена административная и уголовная ответственность за коррупционные правонарушения, установлена стоимостная граница между уголовно и административно наказуемой коррупцией, очерчены границы административно наказуемой коррупции. Из перечня субъектов ответственности за коррупционные правонарушения уместно исключены

юридические лица³, физические лица-предприниматели, а к субъектам, которые осуществляют мероприятия по предотвращению и противодействию коррупции, добавленные органы прокуратуры. Текст Закона стал более взвешенным, последовательным⁴. Но,

³ Авторы считают такой шаг правильным, ведь юридическое лицо – это условная единица, фикция (см. теорию фикции). Условное лицо ничего противоправного в объективном мире совершить не может. Где искать объективную и субъективную стороны в его действиях? Попытка «спрятаться» за руководителя такого юридического лица, его основателя, участника или иное уполномоченное лицо нелогична. Она нарушает принцип персональной ответственности за содеянное правонарушение, поскольку за противоправные действия одного человека фактически наказывают весь трудовой коллектив.

⁴ Например, Закон избавился от таких терминов, как «...реальные или такие, которые кажутся реальными, противоречия...». Конструкция использовалась при определении «конфликта интересов» в ст. 1 Закона Украины 2009 г. «Об основах предотвращения и противодействия коррупции» (см.: Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 45. – Ст. 691).

¹ Офіц. вісн. України. – 2011. – № 44. – Ст. 1764.

² Там же. – Ст. 1765.

так же как и не действующий ныне Закон Украины 2009 г. «Об основах предупреждения и противодействия коррупции»¹, новый акт содержит ряд существенных недостатков, разногласий, что усложнит его применение. Так же как и в законе 2009 г., в новом Законе Украины «Об основах предупреждения и противодействия коррупции» определение коррупции, некоторых других терминов не является удачным. Из старого новый Закон заимствует значительное количество расплывчатых и оценочных понятий, таких как: «...**принятие обещания/предложения** такой выгоды для себя или других лиц...» (ст. 1 Закона — определение «коррупции»); «должностное и служебное лицо **других органов государственной власти**» (п. «ж» ст. 4 «Субъекты ответственности за коррупционные правонарушения»); «лица, которые **для целей** настоящего Закона **приравниваются** к лицам, уполномоченным на выполнение функций государства или местного самоуправления» (п. 2 ст. 4 Закона); «лица...могут принимать подарки, отвечающие общепризнанным

¹ Авторы, анализируя новый Закон, юридически будут обращаться к содержанию Закона 2009 г., который стал основой Закона 2011 г., существенным образом не отличался от нового и даже имел практически тождественное название (отличие лишь в союзе «и»). В предыдущем использовался союз «та» (укр.). Так же как и Закон 2009 г., новый состоит из восьми разделов (7+1 раздел — «Заключительные и переходные положения»), имеет 33 статьи (на две больше, чем закон 2009 г.) Правда, эти статьи не имеют «прикладного» значения, а указывают лишь на законодательство в сфере предупреждения и противодействия коррупции и основные принципы предотвращения и противодействия коррупции.

представлениям о гостеприимности...» (ч. 2 ст. 8 Закона)²; «должностные лица юридических **лиц публичного права...**» (подп. «а» п. 2 ст. 4 Закона), «юридические **лица частного права**» (п. 3 ст. 4 Закона). Кто такие эти «лица публичного... частного права»? Надлежащего определения в законодательстве эти термины не имеют. Существуют определение публичной службы (тоже не очень удачное) в п. 15 ст. 3 Кодекса административного судопроизводства Украины³, но не «публичного права», под которым в теории права понимают блок отраслей права, регулирующих публичные правоотношения (соответственно и блок отраслей права, регулирующих частные правоотношения)⁴;

² Какие это представления? У каждого они свои.

³ Відом. Верхов. Ради України. — 2005. — № 35–37. — Ст. 446.

⁴ Авторы не считают надлежащим определением использование терминов «юридическое лицо частного права» и «юридическое лицо публичного права», которые содержит Гражданский кодекс Украины (статьи 2, 80, 81 и некоторые другие), поскольку Кодекс лишь «намекает» на смысл этих терминов, используя такие фразы, как «юридическое лицо публичного права создается распорядительным актом Президента Украины, органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органа местного самоуправления» (ч. 2 ст. 81), «настоящим Кодексом устанавливается порядок создания, организационно-правовые формы, правовой статус юридических лиц частного права» (ч. 3 ст. 81). То есть о том, что именно следует считать юридическим лицом публичного... частного права, нам надо догадываться, анализируя полномочия соответствующих органов, образованных государственными структурами, органами местного самоуправления и полномочия органов, образованных в соответствии с нормами Гражданского кодекса Украины.

«близкие лица» (п. 2 ст. 1). Кстати, содержание данного пункта в значительной мере совпадает с содержанием п. 7 этой же статьи — «члены семьи» и др.

Читателю предлагается обратить внимание и на крайне неудачное определение коррупции в Законе, которое фактически отсылает нас к такому термину — «неправомерная выгода». Под последней Закон понимает «денежные средства или другое имущество¹, преимущества, льготы, услуги... которые без законных на то оснований обещают, предлагают...». Сам же термин «коррупция» противоправным действием называет «обещание/предложение неправомерной выгоды», или соответственно «принятие обещания/предложения такой выгоды». Эти крайне опасные конструкции могут навести на мысль о том, что для квалификации достаточным является установление факта предоставления (принятия) таких обещаний, предложений. С формальной точки зрения это так. Но доказать это будет практически невозможно. Остается отговорка: «пообещал (или же принял обещание), чтобы только «отцепиться» от слишком уже настойчивого «просителя». Кстати, такое имеет место. В последнем случае действия лица как противоправные квалифицироваться не могут. Такая конструкция создает и опасность конфликта ст. 364 Уголовного кодекса Украины (далее — УК Украины) «Злоупотребление властью или служебным положением» со ст. 368 УК Украины «Получение взят-

ки». Обе эти статьи предусматривают ответственность за корыстные противоправные действия, которые фактически стали следствием злоупотребления властью или служебным положением.

Не является логическим, на наш взгляд, и дальнейшее расширение субъектов ответственности за коррупционные правонарушения (ст. 4 Закона), в частности, отнесение к ним должностных лиц иностранных государств (лиц, которые занимают должности в законодательном, исполнительном или судебном органе иностранного государства, в том числе присяжные заседатели, другие лица, осуществляющие функции государства для иностранного государства, в частности для государственного органа или государственного предприятия), а также иностранные третейские судьи, лица, уполномоченные решать гражданские, коммерческие или трудовые споры в иностранных государствах в порядке, альтернативном судебному (подп. «в» п. 2 ст. 4 Закона). Возникает вопрос, причем здесь должностные лица иностранных государств, которые работают на иностранное государство? Пусть с ними и «разбирается» иностранное государство.

Слишком ретивое стремление предупредить возникновение коррупционных правоотношений приводит законодателя к тому, что он вместо содействия режиму спонсорства собственными руками усложняет его распространение, запрещая органам государственной власти, органам местного самоуправления получать от

¹ То, что УК Украины определяет как коррупционное преступление, хотя использовать такой термин он избегает.

физических, юридических лиц безвозмездно услуги и имущество, кроме случаев, предусмотренных законами или действующими международными договорами (ст. 17 Закона). Правда, данный запрет является декларативным. Статей, которые бы предусматривали ответственность за получение услуг или имущества, ни Кодекс Украины об административных правонарушениях (далее — КУоБАП), ни УК Украины не содержат. К тому же антикоррупционное законодательство 2011 г. не предусматривает ответственности юридических лиц. Закон же запрещает именно органам государственной власти и органам местного самоуправления (то есть юридическим лицам, а не руководителям этих структур) получать такие услуги или имущество. Исключен и прямой запрет (в Законе 2009 г. он был) физическим и юридическим лицам предоставлять финансовую помощь органам государственной власти или местного самоуправления.

Много вопросов вызывает и требование законодателя осуществлять специальную проверку лиц, претендующих на занятие должностей, связанных с выполнением функций государства или органов местного самоуправления. Организация такой проверки возлагается на руководителя (заместителя руководителя) органа государственной власти, органа местного самоуправления, на занятие должности в котором претендует лицо и к которой привлекаются специально уполномоченные субъекты в сфере противодействия коррупции, а в случае необходимости — другие центральные органы

исполнительной власти (ст. 11 Закона). Учитывая перечень сведений, подлежащих проверке, можно сделать вывод: такая проверка (если она не формальная) потребует значительных сил и времени, что обязательно отрицательно скажется на качестве работы подразделения¹.

Вопреки банковской тайне², новый закон оставил старое требование к ряду лиц в случае открытия валютного счета в учреждениях банка-нерезидента, в десятидневный срок письменно сообщать об этом в орган государственной налоговой службы по месту проживания с указанием номера счета и местонахождения банка-нерезидента (ст. 12 Закона).

Довольно широкими, но преимущественно декларативными остались полномочия общественности по осуществлению мер по предупреждению

¹ Безусловно, такая проверка нужна. Позитивным в новом Законе является то, что такая процедура (в отличие от Закона 2009 г.) достаточно детально описана, что уменьшает возможность ведомственной «эквилибристики» в данном вопросе.

² Приходится снова напоминать, что в соответствии со ст. 1076 Гражданского кодекса Украины банк гарантирует тайну банковского счета, операций по счету и сведений о клиенте. Сведения об операциях и счетах могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям. Другим лицам, в том числе органам государственной власти, их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, установленном законом о банках и банковской деятельности (а не другими актами). В случае разглашения банком сведений, которые представляют банковскую тайну, клиент имеет право требовать от банка возмещения причиненного ущерба и морального вреда.

и противодействию коррупции (ст. 18 Закона). В тот же время внимательное ознакомление с ними наталкивает на мысль, что с помощью умелого манипулирования действиями общественности можно существенным образом осложнять (притормозить) работу государственных структур и органов местного самоуправления.

Содержит Закон и недостатки такого характера, как возложение обязанности на депутатов местных советов ежегодно подавать **по месту работы (службы)** декларацию об имуществе, доходах, расходах и обязательствах финансового характера за прошлый год (п. 1 ч. 1 ст. 12 Закона). Законодатель забывает о том, что много депутатов местных советов не имеют места работы (например, пенсионеры) или являются мелкими частными предпринимателями и др. Куда же им подавать декларации? Данная статья (ч. 2) требует, чтобы соответствующие сведения, указанные в декларации об имуществе, доходах, расходах и обязательствах финансового характера за прошлый год, оглашались в течение 30 дней со дня их представления путем опубликования в официальных печатных изданиях соответствующих органов государственной власти и местного самоуправления. А много ли сельских (поселковых) советов имеют свои печатные издания¹?

¹ По нашему мнению, проблема может быть решена путем предоставления сведений в совет, депутатами которого являются такие граждане, и опубликования данных сведений в СМИ местного совета высшего уровня, то есть того, который имеет собственное печатное издание.

Не устранил законодатель и конфликт терминов, используемых в уголовном и административном законодательстве: «служебное» и «должностное» лицо. В УК Украины речь идет о служебном лице, в КУобАП — о должностном лице, в Законе Украины «Об основах предупреждения и противодействия коррупции» упоминается и служебное, и должностное лицо. Дело в том, что УК Украины 2001 г. отказался от термина «должностное лицо», заменив его словосочетанием «служебное лицо», тогда как административное законодательство абсолютно верно использует оба термина, различая их. Служебное лицо может и не быть лицом должностным, тогда как должностное лицо — это служащий (служебное лицо) с более широкими, чем обычный служащий, полномочиями. Это те, кто государством (органами местного самоуправления) наделены организационно-распорядительными или административно-хозяйственными функциями и представляют соответствующий орган. Действия этих лиц, осуществляемые в пределах их полномочий, влекут за собой юридические последствия. Последнее важно для квалификации противоправных действий, решения вопросов о наказании.

Изменения в УК Украины² (дополнение к ст. 18) показывают, что законодатель сделал попытку (хотя и половинчатую) «отграничить» должностное лицо от рядового служащего.

² См.: Закон Украины от 7 апреля 2011 г. № 3207-VI «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины об ответственности за коррупционные правонарушения».

В соответствии с частями 3 и 4 ст. 18 к служебным лицам УК Украины относит лиц, которые постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиям осуществляют функции представителей власти или местного самоуправления, а также занимают постоянно или временно в органах государственной власти, местного самоуправления, на предприятиях, в учреждениях или организациях независимо от формы собственности **должности**, связанные с осуществлением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций или осуществляют такие функции в соответствии со специальными полномочиями, которыми лицо наделяется уполномоченным на то органом государственной власти, местного самоуправления, центральным органом государственного управления со специальным статусом, полномочным органом или полномочным служебным лицом предприятия, учреждения, организации, судом или законом.

Служебными лицами также признаются **должностные лица** иностранных государств (лица, которые занимают должности в законодательном, исполнительном или судебном органе иностранного государства, в том числе присяжные заседатели, другие лица, осуществляющие функции государства для иностранного государства, в частности для государственного органа или государственного предприятия), иностранные третейские судьи, лица, уполномоченные решать гражданские, коммерческие или трудовые споры в иностранных

государствах в порядке, альтернативном судебному, **должностные лица** международных организаций... судьи и **должностные лица** международных судов. Таким образом, «должностное лицо» хотя и «спрятано» за термином «служебное лицо», все же находит свое законодательное закрепление в УК Украины.

Не устраняют упомянутые акты и ряда других разногласий действующего законодательства, например норм УК Украины, Закона Украины «О государственной службе»¹ и др.²

Довольно «оригинально» законодатель подошел к формированию норм материальной части КУобАП, которыми установлена административная ответственность за коррупционные правонарушения. Законом Украины 2011 г. № 3207-VI «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно ответственности за коррупционные правонарушения» КУобАП дополнен главой 13-А «Административные коррупционные правонарушения», состоящей сейчас из восьми статей. «Оригинальность» подхода законодателя состоит в том, что он технически переработал не действующую на сегодня главу 15-Б КУобАП, которой Кодекс был дополнен в 2009 г. Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

² См.: Гарашук В. Категоріально-правова характеристика корупції: визначення понять «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин» / В. Гарашук, А. Мухатаєв // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2008. – № 3 (54). – С. 254–265.

Украины относительно ответственности за коррупционные правонарушения»¹ (глава состояла из 13 статей), изменив название некоторых статей и оставив тождественный (или с незначительными редакционными изменениями) текст (например: действующая статья 172² «Нарушение ограничений относительно использования служебного положения» по смыслу близка к статье 212²¹ главы 15-Б «Получение неправомерной выгоды», диспозиция статьи 172³ «Предложение или предоставление неправомерной выгоды» схожа с диспозицией статьи 212²² «Подкуп» главы 15-Б, диспозиция статьи 172⁷ «Нарушение требований уведомления о конфликте интересов» наследует статью 212³³ «Нарушение требований декларирования личных интересов» главы 15-Б и др.), или же соединив в одну статью две статьи главы 15-Б, как это сделано в статье 172⁴ «Нарушение ограничений о совместительстве и совмещении с иными видами деятельности», части которой почти тождественны диспозициям статей 212²⁴ «Нарушение ограничений по занятию предпринимательской деятельностью и требований о совместительстве» и 212²⁵ «Незаконное вхождение в состав правления или руководящих органов субъектов хозяйствования» главы 15-Б².

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 46. – Ст. 699.

² Понятно почему. Закон Украины 2011 г. № 3207-VI «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины об ответственности за коррупционные правонарушения» является производным от Закона Украины 2011 г. № 3206-VI «Об основах предотвращения и противодействия коррупции». Последний же существенно от Закона 2009 г. не отличается.

Следует отметить, что появление неудачных по конструкции норм, которые мы анализируем, в значительной мере обусловлено ратификацией Украиной ряда международных документов, направленных на борьбу с коррупцией³. Именно они, приобретая силу закона, привносят в наше законодательство такие термины, как «подкуп», «лица, которые для целей настоящего Закона приравниваются к лицам, уполномоченным на выполнение функций государства или органов местного самоуправления» и др. Фактически, благодаря этим актам к субъектам ответственности за коррупционные правонарушения законодатель снова планирует (как это было сделано в 2009 г. и от чего отказались в 2011 г.) отнести юридических лиц⁴. Ведь эти ратифицированные Украиной конвенции предусматривают привнесение в национальное правовое поле гражданской, уголовной и административной ответственности юридических лиц.

³ Прежде всего это Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (см.: Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 49.), Гражданская конвенция о борьбе с коррупцией (см.: Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266), Уголовная конвенция о борьбе с коррупцией (см.: Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 47–48.) и др.

⁴ Такие планы содержатся в проекте «Национальной антикоррупционной стратегии на 2011–2015 годы» и проекте «Государственной программы по предупреждению и противодействию коррупции на 2011–2015 годы», присланных автору данной статьи Кабинетом Министров Украины и Администрацией Президента Украины на рецензирование.

Появление в нашем законодательстве норм с такими конструкциями обусловлено и некачественной работой переводчиков, которые, не будучи юристами, не сознавали всей опасности и тех проблем, которые эти нормы спровоцируют при их практическом применении. Законодатель (так же как и в 2009 г., принимая пакет антикоррупционных законов) ситуацию не исправил.

Указанные недостатки заранее заложили двойное толкование, ошиб-

ки и возможные злоупотребления при применении данных актов. Как и в ситуации с Законом Украины 1995 г. «О борьбе с коррупцией»¹, нам придется ожидать официальных разъяснений применения ряда их норм.

Опубліковано: Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 3 (66). – С. 230–237.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.

В. Колесник, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры конституционного права Украины Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Конституционно-правовые основы регулирования языковых отношений и их воплощение при определении языка судопроизводства

Язык играет определяющую роль в жизни каждого человека, ибо существенным образом влияет на формирование его мировоззрения, является для него средством повседневного общения, приобретения знаний, получения разнообразной информации, приобщения к национально-культурным истокам и достижениям культуры. Великий русский философ И. А. Ильин писал: «Есть закон человеческой природы и культуры, в соответствии с которым все великое может быть высказано человеком или народом только по-своему, и все гениальное рождается именно в лоне национального опыта, духа и уклада... Денационализируясь, человек утрачивает доступ к глубочайшим колодцам и к святейшим огням жизни, ибо эти колодцы и огни всегда национальны... Национальное обезличивание является величайшей

бедой и опасностью в жизни человека и народа»¹.

Основное содержание конституционно-правового регулирования национально-языковых отношений, как верно указывает Е. М. Доровских, «составляет защита прав носителей языка на его использование и развитие, что в равной мере относится к соблюдению прав личности и прав национальной (этнической) общности. Это особенно важно для полиэтнической общности, когда необходимо соблюдать баланс национальных и в частности, этнолингвистических интересов отдельной личности и общества в целом, национального меньшинства и доминирующей нации...»²

¹ Ильин И. А. Собрание сочинений : в 10 т. / И. А. Ильин ; сост., вступ. ст. и коммент. Ю. Т. Лисицы. – М. : Рус. кн., 1993. – Т. 1. – С. 200–201.

² Доровских Е. М. Конституционно-правовое регулирование использования языков народов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Е. М. Доровских. – М., 2006. – С. 25.

В европейских государствах применяются разные подходы к решению вопроса о статусе языков национальных меньшинств, что предопределяет характер взаимоотношений в многонациональном обществе. Первый состоит в предоставлении официального статуса всем или некоторым языкам основных лингвистических групп. Второй – в признании официального статуса за языками лишь некоторых групп и только на региональном уровне. Особенностью третьего подхода является то, что официальным языком признается один из языков, а языкам меньшинств не предоставляется официальный статус ни на государственном, ни на региональном уровне. Но при этом их широкое использование гарантируется посредством принятия законов или иных нормативно-правовых актов¹. Украинские законодатели изначально придерживались третьего подхода, однако после ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств 15 мая 2003 г. наметилась тенденция к своеобразному симбиозу второго и третьего подходов, хотя и весьма своеобразному.

Для украинского общества вопрос об использовании государственного языка и языков национальных меньшинств до сих пор остается довольно актуальным и весьма сложным. И хотя еще в 1989 г. был принят Закон УССР «О языках в УССР», который заложил основу правового механизма обеспечения свободного ис-

пользования языков, проблем в указанной сфере с тех пор не стало меньше, решаются они медленно и даже продолжают накапливаться. Это обусловлено прежде всего невнятной и непоследовательной государственной политикой, политизацией вопросов использования языков, политическими спекуляциями, отсутствием дискуссий по этим вопросам, научно обоснованной концепции дальнейшего развития языковых отношений и политической воли к усовершенствованию законодательства об использовании языков, а также рядом иных факторов. В результате до сих пор большинство граждан не удовлетворены уровнем развития и использования ни украинского, ни русского, ни других языков².

1 ноября 1991 г. Верховная Рада Украины приняла Декларацию прав национальностей Украины, в которой государство взяло на себя обязательство гарантировать право «свободно использовать родные языки во всех сферах общественной жизни, включая образование, производство, получение и распространение информации»³. С целью обеспечения реализации и гарантирования национальным меньшинствам права на свободное развитие 25 июня 1992 г. Верховная Рада Украины приняла Закон «О на-

² Ткаченко Е. В. Конституційно-правове регулювання мовних відносин : монографія / Є. В. Ткаченко. – Х. : Фінн, 2010. – С. 124–152; Актуальні питання вітчизняної етнополітики : шляхи модернізації, врахування міжнародного досвіду. – К. : Укр. незалеж. центр політ. дослідж., 2004. – С. 53–107, 149–166.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 799.

¹ Демченко Т. Украинский язык – правовые проблемы / Т. Демченко, И. Филиппчук // Право України. – 1996. – № 7. – Ст. 47.

циональных меньшинствах в Украине». По мнению И. Ю. Пешперовой, «в нормативных актах, посвященных этим недоминирующим группам, важно указать только особые права (коллективные), в том числе развивать и сохранять их самобытность»¹, что собственно и было реализовано в указанном Законе, хотя и не в полном объеме. Так, например, право «на сохранение национальной, культурной, религиозной, языковой самобытности» получило закрепление в украинском законодательстве лишь с принятием Гражданского кодекса в 2003 г., но сформулировано оно как составная часть «права на индивидуальность»² любого физического лица (ст. 300), а не только лица, которое считает себя принадлежащим к определенному национальному меньшинству.

Начало нового этапа конституционного регулирования национально-языковых отношений было положено с принятием в 1996 г. новой Конституции Украины. Учитывая сложную, а порой драматическую историю украинского народа, основные этапы становления украинской государственности и развития украинского языка, а также то, что украинский язык является родным для большинства населения Украины (по данным пе-

реписи 2001 г. – для 67,5 % населения), в ст. 10 Конституции Украины государственным признается украинский язык³. Причем указанное положение содержится в разделе I Основного Закона, закрепляющем основы конституционного строя в Украине как фундаментальные и основоположные принципы функционирования гражданского общества и правового государства. А поскольку «право определять и изменять конституционный строй в Украине принадлежит исключительно народу» (ч. 3 ст. 5 Конституции Украины), то и любое изменение ст. 10 Основного Закона возможно лишь при условии соблюдения специальной и вместе с тем довольно сложной (так называемой «жесткой») процедуры. Для этого потребуются, во-первых, принятие законопроекта двумя третями от конституционного состава парламента и, во-вторых, его утверждение большинством граждан на всеукраинском референдуме (ст. 156 Конституции Украины). Многие эксперты небезосновательно полагают, что такой путь имеет мало перспектив, и более того, чреват очередным расколом украинского общества.

Вопросы конституционно-правового регулирования языковых отношений неоднократно становились предметом рассмотрения Конституционного Суда Украины. В своем Решении № 10-рп/99 от 14 декабря 1999 г. (дело о применении украинского языка) орган конституционной юрисдик-

¹ Пешперова И. Ю. Права национальных меньшинств и их защита в рамках организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) / И. Ю. Пешперова. – СПб. : Летний сад, 2001. – С. 157.

² Ярема А. Г. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 1. – К. : А. С. К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. – С. 695.

³ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

ции сформулировал правовую позицию, в соответствии с которой «положения Конституции Украины обязывают применять государственный – украинский язык как язык официального общения должностными и служебными лицами при исполнении ими служебных обязанностей, в работе и делопроизводстве и т. д. органов государственной власти, представительного и иных органов Автономной Республики Крым, органов местного самоуправления, а также в учебном процессе в государственных и коммунальных учебных заведениях Украины»¹. При этом Конституционный Суд Украины почему-то возложил обязанность применять государственный язык и на негосударственные по своей природе органы (в частности, на органы власти автономии и органы местного самоуправления), чем, по мнению В. В. Речицкого, вторгся «в неподвластные государственному регулированию сферы жизнедеятельности гражданского общества»².

Государственный (официальный) язык – это язык, которому «государством предоставлен правовой статус обязательного средства общения в публичных сферах общественной жизни

¹ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 494.

² Речицкий В. Независимый комментарий к Решению Конституционного Суда Украины по делу об официальном толковании положений статьи 10 Конституции Украины касательно применения государственного языка органами государственной власти и местного самоуправления от 14 декабря 1999 г. / В. Речицкий // Рос.-укр. бюл. – 2000. – № 6–7. – С. 141.

ни... Публичными сферами, в которых применяется государственный язык, охватываются прежде всего сферы осуществления полномочий органами законодательной, исполнительной и судебной власти, иными государственными органами и органами местного самоуправления (язык работы, актов, делопроизводства и документации, язык взаимоотношений этих органов и т. п.)»³. Это означает, что должностные лица обязаны использовать государственный язык в процессе осуществления ими служебных обязанностей, т. е. в течение всего времени их пребывания в официальном качестве. И прежде всего во время непосредственного официального делового общения с подчиненными, руководителями, другими государственными служащими, гражданами (посетителями) как в пределах соответствующего предприятия, учреждения или организации, так и за их пределами, как представляя определенный орган или учреждение, так и представляя себя лично в качестве должностного либо служебного лица, а также на конференциях, симпозиумах, совещаниях, собраниях, общаясь с представителями других учреждений и организаций, средств массовой информации, общественности и другими лицами.

Согласно ч. 5 ст. 10 и п. 4 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины порядок применения языков должен быть определен исключительно законами Украины. До последнего времени указан-

³ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 493.

ный порядок установлен Законом Украины «О языках в УРСР» от 28 октября 1989 г., который безнадежно устарел, но все еще остается действующим, поскольку ни одному составу украинского парламента не хватило дальновидности, решительности, настойчивости и политической воли для принятия нового, более демократичного, взвешенного и учитывающего современные реалии закона о языках. Согласно ст. 11 Закона «О языках в УРСР» языком работы, делопроизводства и документации, а также взаимоотношений государственных и других органов, предприятий, учреждений является украинский язык¹.

Представляет интерес ст. 6 Закона Украины «О языках в УРСР», согласно которой служебные лица должны владеть не только украинским языком, но и русским, а в случае необходимости – и другим национальным языком в объеме, необходимом для выполнения служебных обязанностей. При этом незнание гражданином украинского или русского языка не может быть основанием для отказа ему в приеме на работу. После принятия на работу служебное лицо должно овладеть языком работы органа или организации в том объеме, который требуется для выполнения служебных обязанностей². Однако в Законе не установлено, на протяжении какого именно срока служащий должен овладеть языком работы соответствующего органа, что неоднократно подвергалось вполне обоснованной кри-

тике³. Указанные положения формально сохраняют свою юридическую силу, поскольку они не были изменены, а Конституционный Суд Украины, рассматривая дело о применении украинского языка, обошел эти и некоторые другие неудобные и сложные вопросы. Хотя принцип «полноты и всесторонности рассмотрения дела» требует, по нашему мнению, чтобы Конституционный Суд Украины анализировал всесторонне, системно и комплексно существующие или даже обозначенные в текущем законодательстве подходы, весь массив нормативно-правовых актов, прямо касающихся или косвенно затрагивающих предмет рассмотрения. Только в таком случае он сможет проникнуть в сущность того или иного правового феномена, установить его юридическую природу и подлинный конституционно-правовой смысл. Игнорирование такого подхода приводит к половинчатым решениям и поэтому вынуждает Конституционный Суд Украины иногда возвращаться по нескольку раз к рассмотрению разных аспектов одной и той же проблемы⁴.

³ См.: Костицький М. Державна мова в Україні (політико-правовий огляд) / М. Костицький, В. Годованець, Т. Ткаченко // Політ. думка. – 2000. – № 3. – С. 122–123; Колісник В. П. Проблеми правового регулювання порядку функціонування мов в Україні / В. П. Колісник // Проблеми активізації конституційно-правових досліджень і вдосконалення викладання конституційного права. – Х. : НЮАУ, 1999. – С. 114.

⁴ Колісник В. Теоретико-правові аспекти подальшого вдосконалення статусу Конституційного Суду України / В. Колісник // Конституційний Суд у системі органів державної влади : актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : матеріали міжнар. наук. конф. 16 трав. 2008 р. – К. : Ін Юре, 2008. – С. 86–91.

¹ О языках в УРСР : Закон Украины от 28 октября 1989 г. № 8312-XI // Ведом. Верхов. Совета УССР. – 1989. – № 45. – Ст. 631.

² Там же.

Учитывая, что научные исследования носят творческий характер и прежде всего именно поэтому не могут быть чрезмерно «зарегулированы», в ст. 30 Закона «О языках в УССР» установлено, что «результаты научно-исследовательских работ оформляются на украинском или русском языках», а исполнители таких работ «могут выбирать язык публикаций научных результатов». Однако вопреки этому праву, предусмотренному Законом, в соответствии с п. 15 Порядка присуждения ученых степеней и присвоения научного звания старшего научного сотрудника, утвержденного Постановлением Кабинета Министров Украины от 7 марта 2007 г. № 423, автореферат диссертации должен быть издан на государственном языке¹. Как видим, никаких альтернатив указанное положение не предусматривает и на практике действует не Закон, а постановление правительства Украины. И это при том, что именно в автореферате диссертации в концентрированном виде находят свое отражение результаты проведенного диссертантом исследования.

Вместе с тем в соответствии с ч. 3 ст. 10 Конституции Украины «гарантируется свободное развитие, использование и защита русского, других языков национальных меньшинств Украины»². Конституционный Суд Украины в Решении от 14 декабря 1999 г. подчеркнул: «В государственных и коммунальных учебных заведе-

ниях наряду с государственным языком согласно положениям Конституции Украины, в частности ч. 5 ст. 53, и законам Украины, в учебном процессе могут применяться и изучаться языки национальных меньшинств»³.

9 декабря 1997 г. Верховная Рада Украины ратифицировала Рамочную конвенцию Совета Европы о защите национальных меньшинств от 1 февраля 1995 г. В этой связи государство взяло на себя обязательство создать в пределах своей территории необходимые условия для того, чтобы лица, принадлежащие к национальным меньшинствам, имели возможность сохранять и развивать свой язык⁴.

15 мая 2003 г. Верховная Рада Украины приняла Закон «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств». Согласно ст. 2 этого Закона положения указанной Хартии применяются к таким языкам, как «белорусский, болгарский, гагаузский, греческий, еврейский, крымско-татарский, молдавский, немецкий, польский, русский, румынский, словацкий и венгерский»⁵. Этим Законом определены и те меры, которые применяются относительно каждого из указанных языков национальных меньшинств. В частности, согласно пп. iii п. 1 ст. 8 Хартии предполагается обеспечить предоставление дошкольного образования (или существенной части такого образова-

¹ Довідник офіційного опонента. – К. : Толока, 2008. – С. 7.

² Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 496.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 14. – Ст. 56.

⁵ Там же. – 2003. – № 30. – Ст. 259.

ния) соответствующими языками меньшинств «по меньшей мере к детям из тех семей, которые этого желают и количество которых представляется для этого достаточным». Согласно п «б» ст. 14 Хартии государство обязуется «в интересах региональных языков или языков меньшинств содействовать транспограничному сотрудничеству, в частности между органами регионального или местного самоуправления, на территории которых аналогичный язык используется в же самой или похожей форме, и развивать такое сотрудничество»¹. При этом, как отмечается в п. 5 указанного Закона, «при применении положений Хартии меры, направленные на утверждение украинского языка как государственного, его развитие и функционирования во всех сферах общественной жизни на всей территории Украины, не признаются препятствующими или создающими угрозу для сохранения или развития языков, на которые согласно статье 2 этого Закона распространяются положения Хартии»².

Некоторые возможности для использования и сохранения языков меньшинств предусмотрены в ч. 2 ст. 3 Закона «О языках в УССР». Так, например, «в работе государственных и других органов, предприятий, учреждений, организаций, расположенных в местах компактного проживания национальных меньшинств при условии, что они составляют большинство в определенной административно-

территориальной единице (город, район, село, поселок, сельский населенный пункт, их совокупность) могут использоваться наряду с украинским и их национальные языки»³. Со временем в Декларации прав национальностей Украины от 1 ноября 1991 г. парламент осуществил официальное толкование указанной нормы: «Верховная Рада Украины толкует статью 3 Закона «О языках в УССР» таким образом, что в пределах административно-территориальных единиц, где компактно проживает определенная национальность, может функционировать ее язык наравне с государственным языком»⁴. Однако порядок использования языка «наряду» или «наравне» с государственным языком законодательно не определен, что оставляет широкую нишу для злоупотреблений со стороны чиновников⁵.

Среди языков национальных меньшинств в ч. 3 ст. 10 Конституции Украины выделяется русский язык. Это обусловлено тем, что русским языком повседневно пользуется значительная часть населения Украины. Показательным является тот факт, что в масштабе всей Украины, по результатам переписи населения 2001 г., русский язык признали родным 29,6 % населения. К тому же в Украине довольно распространено такое явление,

³ О языках в УРСР : Закон Украины от 28 октября 1989 г. № 8312-XI // Ведом. Верхов. Совета УССР. – 1989. – № 45. – Ст. 631.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 799.

⁵ Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти / В. П. Колісник. – Х. : Фоліо, 2003. – С. 181–182.

¹ Офіц. вісн. України – 2006. – № 50. – Ст. 3381.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 30. – Ст. 259.

как билингвизм, или же двуязычие, которое также нуждается в отдельном исследовании с целью более полного учета этого феномена в конституционно-правовом регулировании. Ведь рассчитывать на жизнеспособность любого закона можно лишь тогда, когда он адекватно отражает реальные отношения, складывающиеся в обществе (в данном случае – реальную языковую ситуацию).

Особая роль признается за русским языком и в Конституции Автономной Республики Крым (далее – АРК), в которой он определен как «язык большинства населения» и язык «межнационального общения»¹. Это обусловлено кроме указанных выше причин еще и тем, что АРК – это единственный регион Украины, в котором количество граждан, относящих себя к русским, представляет большинство и составляет 58,3 % от общего количества населения АРК. Для сравнения следует напомнить, что в Луганской области русские составляют 39 %, а в Донецкой – 38,2%.

Таким образом, официальные результаты переписи населения Украины 2001 г. (даже если не принимать во внимание языковые предпочтения граждан и результаты социологических опросов) дают основания для легального, основанного на требованиях действующего законодательства, использования русского языка во многих сферах не только в АРК, но и на всей территории Украины. При этом следует иметь в виду, что использова-

ние русского языка допускается именно «наряду» или «наравне» с государственным языком. Это означает, что в сфере официального общения должны быть созданы примерно одинаковые и равные условия для использования как государственного языка, так и русского. Однако нельзя воспринимать право на использование обоих языков «наряду» или «наравне» как возможность выбирать для официального общения лишь один из указанных языков, игнорируя при этом другой язык. Использование обоих языков «наряду» или «наравне» возлагает на депутатов всех уровней, должностных и служебных лиц обязанность не только владеть ими на достаточном уровне, но и использовать в тех случаях, когда возникает такая необходимость. Так, например, в случае, когда гражданин (посетитель) обращается к должностному лицу на русском языке, указанное лицо обязано дать разъяснения также на русском языке. Но если гражданин обращается к должностному лицу на государственном (украинском) языке, тогда должностное лицо обязано дать разъяснения на украинском языке.

Вместе с тем следует обратить внимание на то, что в соответствии со ст. 6 Закона Украины «Об обращениях граждан» последние «имеют право обращаться к органам государственной власти, местного самоуправления, в предприятия, учреждения, организации, независимо от форм собственности, к объединениям граждан, должностным лицам на украинском или ином языке, приемлемом для

¹ Конституция Автономной Республики Крым. Научно-практический комментарий. – Харьков : Факт, 2012. – С. 101–109.

сторон»¹. Однако, несмотря на внешнюю демократичность и некоторую привлекательность, указанная норма содержит опасность навязывания чиновниками при определенных условиях языка общения.

Относительно русского языка в ч. 1 ст. 10 Конституции АРК указывается, что ему «наряду с государственным языком обеспечивается функционирование и развитие, использование и защита», а в ч. 2 ст. 10 Конституции АРК указанное положение усиливается и уточняется: «Русский язык как язык большинства населения и приемлемый для межнационального общения используется во всех сферах общественной жизни»². Указанные положения отражают реальную языковую ситуацию, которая сложилась в АРК, и означают возможность повсеместного использования русского языка прежде всего в публичной сфере, т. е. при осуществлении полномочий представительным органом АРК – Верховной Радой АРК, органами исполнительной власти автономии – Советом министров АРК, министерствами АРК и республиканскими комитетами АРК, иными органами власти автономии и органами местного самоуправления (язык работы, актов, делопроизводства и документации, язык взаимоотношений этих органов и прочее).

В сфере же частных интересов, а также в сфере предпринимательства и функционирования институтов граж-

данского общества (общественных, религиозных, благотворительных организаций, политических партий, средств массовой информации и т. д.) использование языков определяется предпочтениями частных лиц, конъюнктурой рынка и точкой зрения владельцев (или совладельцев) предприятий, учреждений, фирм.

Учитывая сложную, а порой и трагическую судьбу крымско-татарского народа, а также те утраты, которые понес крымско-татарский народ в течение последних веков³ (имеются в виду прежде всего депортация и связанные с ней утраты: уничтожение храмов, книг, многих исторических, культурных и религиозных реликвий, переименование населенных пунктов и географических объектов в местах некогда компактного проживания крымских татар и др.), Конституция АРК выделяет также и крымско-татарский язык, которому «наряду с государственным языком обеспечивается функционирование и развитие, использование и защита»⁴.

В связи с этим заслуживает внимания предложение Е. В. Ткаченко

³ Хаваджи Д. Р. Політико-правове регулювання національної депортації з Кримської АРСР та депортації до Автономної Республіки Крим у складі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. Р. Хаваджи. – Х., 2005. – С. 7–17; Бекіров Н. Кримськотатарська проблема і законодавче забезпечення прав національностей в Україні / Н. Бекіров // Проблеми міграції. – 1999. – № 1. – С. 28–33; Беліцер Н. Кримські татари (проблеми корінного народу) / Н. Беліцер // Права людини в Україні : Щорічник. 1994. – К. : Право, 1996. – С. 65–80.

⁴ Конституция Автономной Республики Крым. – Симферополь : Таврида, 1998. – С. 54.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.

² Конституция Автономной Республики Крым. – Симферополь, Таврида, 1998. – С. 54.

относительно «необходимости на законодательном уровне ввести категорию официального языка с тем, чтобы придать русскому и крымско-татарскому языкам режим официальных языков на территории АРК»¹.

И Конституция Украины, и Конституция АРК признает за гражданами, принадлежащими к национальным меньшинствам, право обучения на родном языке либо на изучение родного языка в государственных и коммунальных учебных заведениях или через национальные культурные общества. В статье 10 Конституции АРК предусмотрены такие формы воспитания и обучения на родном языке, а также изучения родного языка: 1) в учебных заведениях государственной, республиканской и коммунальной форм собственности; 2) или через национальные культурные общества; 3) либо в порядке, определяемом законодательством Украины и нормативно-правовыми актами Верховной Рады АРК в пределах ее компетенции². Наличие таких альтернативных подходов частично напоминает и воспроизводит формулировку ч. 5 ст. 53 Конституции Украины. На практике это означает отсутствие точных и четких критериев, позволяющих гражданам требовать создания группы в детском саду или класса в школе с определенным языком обучения. А чиновники всегда смогут сослаться на существование иной, менее обременительной

для бюджета, альтернативы, в частности, удовлетворения потребности в воспитании или обучении детей на родном языке, например, через «национальные культурные общества». Таким образом, и Конституция Украины, и Конституция АРК в действительности гарантируют лишь невмешательство в процесс создания «национальных культурных обществ» и недопустимость преследования граждан за стремление к сохранению своего языка, культуры, исторического наследия и своей национально-культурной самобытности. Обеспечить же всем гражданам реализацию права на воспитание или обучение детей на родном языке в полном объеме и для всех национальных меньшинств ни государство, ни АРК, ни органы местного самоуправления на практике не могут и не имеют для этого достаточных материально-финансовых ресурсов. Поэтому сказуемое «гарантируется» является неуместным ни в ч. 5 ст. 53 Конституции Украины, ни в ч. 3 ст. 10 Конституции АРК.

Довольно сложным остается во многих случаях и вопрос определения языка судопроизводства. И по Конституции УССР 1937 г., и по Конституции УССР 1978 г. судопроизводство должно было осуществляться по общему правилу на украинском языке. Разница состояла лишь в том, что в соответствии со ст. 90 Конституции УССР 1937 г. для лиц, не владеющих языком судопроизводства, предполагалось обеспечить «полное ознакомление с материалами дела через переводчика, а также право выступать

¹ Ткаченко Е. В. Конституційно-правове регулювання мовних відносин : монографія / Є. В. Ткаченко. – Х. : Фінн, 2010. – С. 69.

² Конституция Автономной Республики Крым. – Симферополь : Таврида, 1998. – С. 54.

в суде на родном языке»¹. А статья 157 Конституции УССР 1978 г. предусматривала еще одну альтернативу: «Судопроизводство в УССР ведется на украинском языке или языке большинства населения данной местности»². Такой же подход составил основу ст. 19 Уголовно-процессуального кодекса Украины. Однако на практике судопроизводство в УССР повсеместно осуществлялось на русском языке даже в тех местностях, где подавляющее большинство граждан предпочитало общаться на украинском языке.

В настоящее время по общему правилу судопроизводство и составление судебных документов на территории Украины осуществляются на государственном языке. Об этом прямо указывается в ст. 12 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», ст. 56 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины», ст. 7 Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК Украины) и ст. 15 Кодекса административного судопроизводства Украины (далее – КАС Украины).

В статье 12 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» указывается, что «суды используют государственный язык в процессе судопроизводства и гарантируют право граждан на использование ими в судебном процессе родного языка или языка, которым они владеют»³. При этом в ч. 4 ст. 12 указанного Закона

подчеркивается, что «в судах наряду с государственным, могут использоваться региональные языки или языки меньшинств в соответствии с Законом Украины “О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств”». А затем сделана оговорка о том, что такое использование должно осуществляться «в порядке, установленном процессуальным законом»⁴.

Однако в процессуальном законодательстве Украины этот вопрос урегулирован совершенно по-разному для отдельных видов судопроизводства.

В частности, лица, которые не владеют государственным языком (либо недостаточно им владеют) имеют право: «пользоваться услугами переводчика» (ст. 56 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»); «пользоваться родным языком или языком, которым они владеют, а также услугами переводчика» (ст. 15 КАС Украины); «делать заявления, давать объяснения, выступать в суде и заявлять ходатайства на родном языке или языке, которым они владеют, пользуясь при этом услугами переводчика» (ст. 7 ГПК Украины). Проанализировав указанное положение ГПК, Л. В. Афанасьева пришла к выводу о том, что гражданин, обратившийся в суд за защитой и не владеющий или недостаточно владеющий государственным языком, вынужден будет оплачивать услуги переводчика, т. е. нести дополнительные расходы. С учетом уровня благосостояния населения это сделает судебную защиту

¹ Конституция (Основной Закон) УССР. – Киев : Политиздат Украины, 1965. – С. 23.

² Там же. – С. 58.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 41. – Ст. 529.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 41. – Ст. 529.

менее доступной¹. Такое же мнение высказывают и многие судьи.

Следует отметить, что Конституционный Суд Украины, рассматривая дело о языке судопроизводства, в своем Решении № 8-рп/2008 от 22 апреля 2008 г. пришел к заключению о том, что ст. 7 ГПК Украины и ст. 15 КАС Украины соответствуют Конституции Украины. При этом непонятно, почему Конституционный Суд Украины, рассматривая указанное дело, проигнорировал положение ч. 1 ст. 12 Конституции АРК, которая предусматривает использование в качестве языка судопроизводства украинский язык или же «по ходатайству участника соответствующего производства русский язык как язык большинства населения Автономной Республики Крым»². Совершенно очевидно, что Конституция АРК предусматривает альтернативное использование украинского и русского языков во всех видах судопроизводства. Если подобное ходатайство не поступило, тогда в качестве языка судопроизводства используется украинский язык. А если хотя бы от одного из участников соответствующего производства поступило ходатайство, тогда в качестве языка судопроизводства должен использоваться русский язык. При этом необходимо помнить, что Конститу-

ция АРК была принята Верховной Радой АРК и утверждена Законом Украины «Об утверждении Конституции АРК» еще в 1998 г. Таким образом, и процессуальные кодексы, и Конституция АРК имеют одинаковую юридическую силу – силу закона.

К тому же, в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Украины, сформулированной им в Решении от 16 января 2003 г. (дело о Конституции АРК), Закон Украины «Об утверждении Конституции АРК» в системе нормативно-правовых актов по юридической силе занимает такое же место, как и другие законы Украины, в частности, «О местном самоуправлении в Украине», «О столице Украины – городе-герое Киеве». После Конституции Украины, обладающей высшей юридической силой (часть вторая статьи 8), законы в иерархии нормативно-правовых актов занимают ведущее место³. Таким образом, Конституционный Суд Украины фактически признал наличие одинаковой юридической силы и у Закона Украины «Об утверждении Конституции АРК», и у любого другого украинского закона.

Многие специалисты полагают, что Конституционный Суд Украины при рассмотрении дела не вправе выходить за пределы требований, сформулированных в конституционном представлении или в конституционном обращении. Однако тогда возникает вопрос, а как же определить, например, язык гражданского судопроизвод-

¹ Афанасьева Л. В. Принцип национального языка судопроизводства и положения нового Гражданского процессуального кодекса Украины / Л. В. Афанасьева // Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2005. – Вип. 1. – С. 101.

² Конституция Автономной Республики Крым. – Симферополь : Таврида, 1998. – С. 55.

³ Офіц. вісн. України. – 2003. – № 5. – С. 192.

ства в АРК, которая на конституционном уровне официально признана «неотъемлемой составной частью Украины»? Что произойдет, если один судья будет руководствоваться ст. 7 ГПК Украины, а другой – ст. 12 Конституции АРК, ведь оба эти акта имеют силу закона, введены в действие в установленном порядке и официально их действие не было ни приостановлено, ни прекращено? Тем более, что Конституционный Суд Украины официально признал юридическую силу Закона Украины «Об утверждении Конституции АРК» именно как полноценного действующего закона.

Иной подход заложен в Хозяйственном процессуальном кодексе Украины, ст. 3 которого содержит отсылочную норму и устанавливает, что «язык судопроизводства определяется ст. 21 Закона “О языках в УССР”¹. В основу указанной нормы заложен дифференцированный подход, в соответствии с которым хозяйственное судопроизводство с участием сторон, которые расположены на территории Украины, осуществляется на государственном языке. Хозяйственное судопроизводство, в котором принимает участие сторона, расположенная за пределами Украины, осуществляется на русском языке. Указанная норма безнадежно устарела, поскольку была рассчитана на ситуацию, когда одной из сторон выступал субъект, расположенный на территории другой союзной республики бывшего СССР. Однако более двадцати лет тому назад

СССР прекратил существование, а украинский законодатель не считал возможным внести соответствующие изменения ни в Закон «О языках в УССР», ни в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины. И это при том, что последние изменения в Закон «О языках в УССР» были внесены в 2003 г., а изменения в указанный Кодекс вносятся с удивительной регулярностью. Всего же с момента принятия в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины изменения вносились более 40 раз, а последние изменения были внесены в декабре 2011 г.

Совершенно другая методологическая основа положена в основу уголовно-процессуального регулирования. В соответствии со ст. 19 Уголовно-процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) по общему правилу «судопроизводство осуществляется на украинском языке либо на языке большинства населения данной местности»². Указанное положение следует понимать так, что по общему правилу уголовное судопроизводство осуществляется на украинском языке. Однако в случаях, когда большинство населения определенной местности составляют представители неукраинской национальности, тогда уголовное судопроизводство осуществляется на языке большинства населения данной местности (ч. 2 ст. 3, ч. 1 и ч. 2 ст. 18 Закона «О языках в УССР»³). Именно такая ситуация

² Ведом. Верхов. Совета УССР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

³ О языках в УРСР : Закон Украины от 28 октября 1989 г. № 8312-XI // Ведом. Верхов. Совета УССР. – 1989. – № 45. – Ст. 631.

¹ Ведом. Верхов. Совета Украины. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

складывается в АРК, где в соответствии с официальными данными переписи населения 2001 г. русские составляют 58,3 % от общего состава населения, а украинцы – 24,3 %. Подобное соотношение складывается и в отдельных районах АРК, например, в Красногвардейском (русских – 48,7 %, украинцев – 27,3 %, крымских татар – 16,7 %); Белогорском районе (русских – 46,2 %, крымских татар – 32,5 %, украинцев – 16,8 %). Вместе с тем не совсем понятно, о каком именно большинстве населения определенной местности идет речь в УПК: об абсолютном или относительном?

Законодатель, к сожалению, не предусмотрел критерии и порядок определения «языка большинства населения данной местности». Такими критериями могут быть: 1) данные о количестве лиц, владеющих языками, преимущество используемыми в определенной местности; 2) данные о количестве лиц, признающих определенные языки родными; 3) данные о национальном составе лиц, проживающих в определенной местности; 4) данные о количестве лиц, предпочитающих общаться на определенном языке. Однако в процессе переписи населения 2001 г. не было установлено, на каком именно языке граждане предпочитают общаться, да такая задача организаторами и не ставилась.

В статье 19 УПК Украины установлено, что «лицам, которые принимают участие в деле и не владеют языком, на котором осуществляется судопроизводство, обеспечивается право делать заявления, давать показания, заявлять хода-

тайства, знакомиться со всеми материалами дела, выступать в суде на родном языке и пользоваться при этом услугами переводчика в порядке, установленном этим Кодексом»¹.

Однако в УПК не определен порядок и критерии установления уровня «владения языком судопроизводства», что относится к оценочным понятиям. Уровень владения языком обычно определяет лицо, осуществляющее производство по делу. При этом указанное лицо обязано прежде всего установить собственное мнение лица, принимающего участие в деле, по этому поводу. Если последнее официально заявляет о том, что не владеет языком, на котором осуществляется судопроизводство, тогда должностное лицо должно обеспечить участнику процесса возможность воспользоваться услугами переводчика. Отказ подозреваемого или обвиняемого от услуг переводчика не может считаться для следователя обязательным².

Более того, нарушение права обвиняемого пользоваться родным языком или языком, которым он владеет и помощью переводчика, признается существенным нарушением уголовно-процессуального законодательства и отнесено к безусловным основаниям для отмены приговора (либо постановления) суда (ст. 370 УПК Украины). В таком случае дело не может быть назначено к судебному рассмотрению и подлежит возвращению на дополни-

¹ Ведом. Верхов. Совета УССР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

² Кримінальний процес : підручник / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010. – С. 68–69.

тельное расследование (ст. 246 УПК Украины)¹.

Не позволяет разрешить сложившуюся ситуацию и обращение к ч. 4 ст. 12 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», в которой указывается, что «в судах наряду с государственным, могут использоваться региональные языки или языки меньшинств в соответствии с Законом Украины “О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств”². На основании указанного Закона Украинское государство взяло на себя следующие обязательства: в уголовном судопроизводстве – «предусмотреть, чтобы ходатайства и доказательства, в письменной или устной форме не рассматривались как неприемлемые исключительно на том основании, что они сформулированы на региональном языке или языке меньшинства» (подпункт «а(iii)» пункта 1 ст. 9); в гражданском судопроизводстве – «разрешить представление документов и доказательств на региональном языке или языке меньшинства» (подпункт «b(iii)» пункта 1 ст. 9); в административном судопроизводстве – «разрешить возможность представления документов и доказательств на региональном языке или языке меньшинства, в случае необходимости, с привлечением устных и письменных переводчиков» (подпункт «с(iii)» пункта 1 ст. 9).

Кроме того, Украина взяла на себя обязательство «не отрицать дей-

ствительность для сторон процесса юридических документов, составленных в пределах страны, исключительно на том основании, что они сформулированы на региональном языке или языке меньшинства» (подпункт «с» пункта 2), а также «обеспечить наличие составленных на региональных языках или языках меньшинств наиболее важных национальных законодательных актов и тех документов, которые, в частности, касаются лиц, использующих эти языки, если их наличие не обеспечено иным способом»³ (пункт 3 ст. 9).

Конституционный Суд Украины в Решении № 17-рп/2011 от 13 декабря 2011 г. признал конституционными ч. 4 и ч. 5 ст. 12 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», в соответствии с которыми «допускается использование в судах, наряду с государственным, региональных языков и языков меньшинств». При этом Конституционный Суд Украины проигнорировал тот факт, что Закон Украины «О судостроительстве и статусе судей», предусмотрев возможность использования региональных языков или языков меньшинств в соответствии с Законом Украины «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств», еще больше усложнил, запутал и усугубил ситуацию, поскольку фактически воплотил четвертый подход к решению проблемы определения языка судопроизводства, который полностью не согласуется ни с действующим процессуальным законодательством, ни

¹ Кримінальний процес : підручник / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010. – С. 69.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 41. – Ст. 529.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 30. – Ст. 259.

с Законом «О языках в УССР», ни с Конституцией АРК.

По мнению Л. В. Афанасьевой, «принцип исключительно государственного языка гражданского судопроизводства, предусмотренный в ГПК 2004 года, не допускающий ведение процесса на региональном языке (языке меньшинств), не противоречит принятым Украиной обязательствам в связи с ратификацией Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств»¹. Если исходить из требований формальной логики, такая точка зрения имеет право на существование, однако позиция украинского законодателя в этом вопросе выглядит весьма зыбкой, непоследовательной и совершенно неубедительной. Дело в том, что он проигнорировал подходы к определению языка судопроизводства, во-первых, сложившиеся ранее в отечественном законодательстве (ст. 157 Конституции УССР 1978 г., ст. 19 УПК Украины), во-вторых, нашедшие отражение в нормах, формально сохраняющих свою юридическую силу (ст. 3, ст. 18 Закона «О языках в УССР»), а в-третьих, в нормах, юридическая сила которых официально признана Конституционным Судом (ст. 12 Конституции АРК).

Что касается последнего положения, то следует подчеркнуть, что ст. 12 Конституции АРК по своей

¹ Афанасьева Л. В. Принцип национального языка судопроизводства и положения нового Гражданского процессуального кодекса Украины / Л. В. Афанасьева // Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2005. – Вип. 1. – С. 107.

сущности во многом (хотя и не во всем) совпадает с весьма демократичным подпунктом b (i) п. 1 ст. 9 Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств. В частности, относительно того, чтобы в отдельных судебных округах «суды, по ходатайству одной из сторон процесса, осуществляли производство на региональных языках или языках меньшинств». Однако в соответствии со ст. 4 Закона Украины «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств» Украинское государство не взяло на себя обязательства по внедрению в судебную практику указанного положения. Таким образом, частично признавая подобный подход во время утверждения Конституции АРК в пределах автономии за носителями русского языка (впоследствии признанного Законом от 15 мая 2003 г. региональным), позднее украинские законодатели установили перечень региональных языков, но почему-то отказались от возможности использования в отдельных случаях альтернативного способа определения языка судопроизводства как такового и соответственно распространить его на другие региональные языки. Получается, что до ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств законодатель на протяжении многих лет признавал возможность осуществления судопроизводства при определенных условиях на языке одного из национальных меньшинств. Но в процессе ратификации указанной Хартии изменил свое мнение, отказался воспринимать и развивать подобный под-

ход, использованный в процессе разработки этой Хартии, что выглядит совершенно нелогичным и непоследовательным. Особенно, если учесть неоднократные заявления многих должностных лиц Украины о стремлении к европейской интеграции.

В статье 2 Закона Украины «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств» установлено, что «положения Хартии применяются к языкам таких национальных меньшинств: белорусского, болгарского, гагаузского, греческого, еврейского, крымскотатарского, молдавского, немецкого, польского, русского, румынского, словацкого и венгерского»¹. Вместе с тем законодатели не удосужились определить ни регион (либо регионы), ни соответствующие местности или населенные пункты, в которых представители указанных меньшинств могли бы рассчитывать на осуществление соответствующих мер. Они также не установили правовой механизм и уполномоченного субъекта (либо субъектов), которые имели бы право устанавливать, в каких именно регионах, местностях или населенных пунктах и относительно каких именно языков должны осуществляться такие меры, а также критерии и условия отнесения таких языков к тем из них, к которым должны применяться предусмотренные Хартией меры.

Именно поэтому решение любого местного совета (начиная от областного и заканчивая сельским) или исполкома сельского, поселкового, го-

родского совета о придании какому-либо языку статуса регионального является незаконным как несоответствующее требованиям Закона Украины «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств». К тому же в соответствии с ч. 5 ст. 10 и п. 4 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины применение языков в Украине должно определяться только законом. Поэтому подобные решения местных советов или исполкомов противоречат правилам формальной логики. Ведь принимая решение о признании за каким-либо языком статуса регионального, местный совет или исполком местного совета фактически пытается учредить осуществление соответствующих мер, как правило, лишь в отношении одного из языков. При этом он блокирует осуществление указанных мер на данной территории в отношении остальных 12 языков, предусмотренных в ст. 2 Закона Украины «О ратификации Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств». Иными словами, местный совет или исполком местного совета определяет своим решением объем и пределы действия указанного Закона на подведомственной территории (или территориальные пределы действия Закона), причем весьма избирательно и несколько тенденциозно, что выглядит по крайней мере противоречащим самой природе закона, его месту и роли в иерархии нормативно-правовых актов. И к тому же демонстрирует очевидный выход местного совета или исполкома за пределы предоставленных ему полномочий.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 30. – Ст. 259.

Таким образом, несовпадение подходов к определению языка судопроизводства не было устранено ни во время принятия в 2004 г. ГПК Украины, ни во время принятия в 2005 г. КАС Украины, ни во время принятия в 2010 г. Закона Украины «О судопроизводстве и статусе судей». Разнообразие таких подходов предопределяет разное понимание и применение на практике соответствующих норм о языке судопроизводства, что приводит к сужению возможностей судебной защиты гражданином своих конституционных прав, свобод и законных интересов. Так, руководствуясь ст. 7 ГПК Украины и ст. 15 КАС Украины, судьи обязаны осуществлять гражданское и административное судопроизводство на государственном языке, руководствуясь же ст. 19 УПК Украины, судьи могут осуществлять уголовное судопроизводство на государственном языке или на языке большинства населения соответствующей местности.

Еще более сложной является проблема определения языка судопроизводства в АРК. Поскольку во всех районах и городах АРК русские составляют большинство населения, то и уголовное судопроизводство, если руководствоваться ст. 19 УПК Украины, не только может, но даже должно осуществляться на русском языке. Если же руководствоваться ч. 1 ст. 12 Конституции АРК, тогда судопроизводство всех видов в АРК должно осуществляться по общему правилу – на украинском языке, а в случае заявления соответствующего ходатайства хотя бы от одного из участников соответствующего производства – на рус-

ском языке. А чем же должен руководствоваться один и тот же судья в Саках, Белогорске или в Бахчисарае, рассматривая в один и тот же день сначала гражданское дело, а потом – уголовное?

Ответить на эти и многие другие подобные вопросы вряд ли позволят устоявшиеся представления о соотношении общих и специальных правовых норм (в соответствии с которыми применению подлежит специальная правовая норма), о необходимости применения более поздней нормы (которая якобы фактически отменяет действие правовой нормы, принятой ранее, даже в том случае, когда это специально не оговорено при принятии новой нормы). В этой связи представляет интерес правовая позиция Конституционного Суда Украины, сформулированная в п. 3 мотивировочной части его Решения № 4-зп от 3 октября 1997 г.: «Конкретная сфера общественных отношений не может быть одновременно урегулирована однопредметными нормативными правовыми актами одинаковой силы, которые по содержанию противоречат один другому. Обычной является практика, когда следующий по времени акт содержит прямое предостережение о полной или частичной отмене предыдущего. Общепризнанным является и то, что с принятием нового акта, если иное не предусмотрено самим этим актом, автоматически отменяется однопредметный акт, действовавший по времени раньше»¹. Вместе

¹ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 45–46.

с тем, если предположить, что ч. 1 ст. 19 УПК как специальная норма имеет приоритет над ч. 1 ст. 12 Конституции АРК как нормой общего характера, то как тогда быть с тем, что указанная конституционная норма, имеющая силу закона, принята позже? И можно ли считать, что ч. 4 и ч. 5 ст. 12 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» фактически отменяет действие ч. 1 ст. 12 Конституции АРК как нормы, принятой намного раньше?

Следовательно, конституционно-правовые основы регулирования национально-языковых отношений в Украине не получили окончательного, согласованного, взаимосвязанного и логически завершенного закрепления в текущем законодательстве, а демократическая сущность конституционных положений в значительной мере выхолощена ввиду отсутствия

внятной государственной политики в этой сфере. Пытаясь отойти от весьма несовершенного третьего подхода в процессе уточнения правового статуса языков национальных меньшинств, украинские законодатели не смогли уяснить, понять, осознать, обосновать, согласовать со здравым смыслом и элементарной логикой, а главное – вразумительно отразить в текущем законодательстве второй подход, остановившись при этом фактически на раздорожье. Указанные общие демократические подходы в сфере использования языков пока что не удалось в полной мере воплотить и при определении порядка использования национальных языков в отдельных видах судопроизводства.

Опубликовано: Конституционное развитие России и Украины : сб. науч. тр. Вып. 1. – Харьков : Право, 2011. – С. 151–172.

Н. Кучерявенко, академик НАПрН Украины, заведующий кафедрой финансового права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Правовая природа процессуального регулирования налоговых отношений

Налогово-правовое регулирование характеризуется несколькими чертами, которыми мы можем обозначить своеобразие проявления финансово-правовых отношений в сфере налогообложения (достижение определенных юридических целей и посредством этого конкретных социальных результатов; наличие специфического, но не изолированного от финансово-правового предмета регулирования; использование средств и методов регламентации и развития общественных отношений)¹. Достижение определенных целей предполагает выделение в рамках налогово-правового регулирования основного концептуального ориентира – обеспечение исполнения налоговой обязанности, закрепление порядка, гарантирующего формирование доход-

ных частей бюджетов. В этих же условиях закладывается система стимулов, провоцирующих появление и развитие прогрессивных, отражающих современный этап развития налоговых механизмов, также как и преодоление отношений, тормозящих динамику общественного развития за счет костных, устаревших налогов и сборов.

Преодолению подобных противоречий способствует и интенсивное развитие процессуальных форм регулирования налоговых отношений. Являясь правовыми формами государственной деятельности, они основываются на реализации функций государства. Исходя из этого, можно обозначить три основных направления закрепления как процедурного регулирования, так и реализации процессуальных форм в налогообложении. Прежде всего это осуществление законотворческой

¹ См.: Шундигов К. В. Механизм правового регулирования : учеб. пособие / К. В. Шундигов. – Саратов, 2001. – С. 9.

функции, которая связывается с процедурным регулированием законодательных актов в сфере налогообложения. Кроме того, управленческая функция формирует основу для появления и реализации регулятивных налоговых процедур, реализации налогового процесса в условиях своевременного и точного исполнения налоговой обязанности. И наконец, осуществление правосудия при разрешении налоговых споров.

В целом же подобная конструкция может быть сведена к реализации двух форм правовой деятельности государства: правотворчеству и правоприменению¹. Последнее фактически и охватывает как регулятивные налоговые процедуры, так и процедуры разрешения налоговых споров. В то же время в контексте разграничения видов налоговых процедур, построения системы соотношения их видов с процедурами, участвующими в регулировании налогообложения, но не являющимися непосредственно налоговыми, представляется более логичной трехзвенная система налогового процесса. Она объединяет процедуры, определяющие появление нормативно-правовых актов, регулирующих налогообложение; налоговые регулятивные процедуры, закрепляющие порядок точного и своевременного исполнения налоговой обязанности, и процедуры согласования (административные и судебные).

Деление на материальное и процессуальное пока что логичнее рас-

сматривать как внутриотраслевую проблему. Относительно налогообложения, пожалуй, даже более уместен акцент на внутриинституциональной проблеме, если исходить из того, что налоговое право выступает как внутренняя составная часть финансово-правовой отрасли. Безусловно, что налоговое регулирование призвано не просто провозгласить необходимость уплаты налогов и обозначить размеры этих сумм, но прежде всего урегулировать и гарантировать действия участников налоговых отношений, обеспечивающих их непосредственное поступление государству и территориальным громадам. Данная цель предполагает и определенный симбиоз, переплетение материального и процессуального регулирования в режиме регулятивных и охранительных процедур.

Следует учитывать, что «...материальные нормы по своему характеру и социальному назначению просто не приспособлены регулировать правоприменительную деятельность»². Реализация этого происходит посредством процессуальной формы, осуществления требований процедур, воздействия управленческой деятельности через процедуры на регулируемые отношения. Материальное регулирование налогообложения, существование исключительно материальных налогово-правовых норм является абстрактной конструкцией, поскольку их реализация может обеспечиваться только за счет налогово-процессуальных норм,

¹ См.: Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Харьков : Изд. об-ние «Вища школа», 1985. – С. 6–7.

² Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 142.

специальных формализованных налоговых процедур. Обособленное материальное право бездейственно, поскольку в этом случае сложно предположить, каким образом будут реализовываться предписания материальных налогово-правовых норм через воздействие на права и обязанности субъектов, поведение участников налоговых правоотношений. В то же время процессуальное право без материального не имеет как основы (соответствующей материальной нормы, предписания которой необходимо осуществить через процедурное регулирование), так и цели, направленности в достижении какого-либо результата, выражающегося опять-таки через предписания материальной нормы. К примеру, закрепление понятия и составляющих объекта налогообложения осуществляется через материальную налогово-правовую норму. Его исчисление, определение базы налогообложения и применение ставки налога осуществляется через процедурное регулирование, применение процессуальных норм. И наконец, внесение в результате этих действий суммы налога в соответствующий бюджет опять-таки затрагивает содержание материальной налогово-правовой нормы, регулирующей момент исполнения налоговой обязанности. Более того, при этом можно ставить вопрос и о необходимости применения материальной нормы иного вида – бюджетной, поскольку уплата налога сразу же породит востребованность регулирования на границе финансово-правовых институтов: налогового и бюджетного. Таким образом, проце-

дурные нормы, связанные с определением, исчислением и уплатой налога, станут предпосылками подключения к регулированию как материальных налогово-правовых норм (момент исполнения налоговой обязанности), так и материальных бюджетно-правовых норм (поступление денежных средств от уплаты налога на соответствующий казначейский счет определенного бюджета).

Переплетение материального и процессуального регулирования в единый механизм правового воздействия не исключает и важности их четкого разграничения. Особенно значение этого усиливается в правотворческих процедурах, поскольку именно на этом этапе должен быть сформирован четкий, логичный режим соотношения предписаний материальных и процессуальных норм, который не только по возможности исключил бы появление коллизий закона, но и обеспечил адекватное воздействие на поведение участников отношений. Необходимость четкого размежевания материального и процессуального важно и на стадии правоприменения, что обеспечивает эффективную защиту субъективных прав участников отношений.

Регулятивное воздействие процессуального права реализуется через закрепление определенных правил процедуры, правил, обеспечивающих соблюдение определенного порядка. Эти правила устанавливают очередность и последовательность действий субъектами процессуальных отношений и группируются в определенные образования, выражающие содержание разновидностей процедур.

Регулятивное воздействие осуществляется с помощью механизма правового регулирования, предполагающего закрепление правового статуса участников отношений, придание определенным действиям или событиям значения юридического факта, установление типа правоотношения и мер ответственности¹. Фактически применительно к налоговым отношениям правовое регулирование будет охватывать последовательные этапы появления налогово-правовой нормы и ее общего, неперсонифицированного воздействия на урегулирование налоговых отношений; конкретизацию налогово-правовой нормы относительно конкретного вида отношений (определяющихся или разновидностью налога, плательщика, или стадией налоговой обязанности), возникновение в связи с этим субъективных прав и обязанностей; реализацию последних в реальном поведении субъектов при регулировании налоговой обязанности.

Налоговый процессуальный механизм является безусловной внутренней составляющей механизма правового регулирования в целом. Его своеобразие отличается динамизмом, консолидацией таких правовых средств, которые упорядочивают действия участников при охране налоговых отношений. Поэтому в такой же мере процессуальному механизму, регулируемому налогообложением,

¹ Подробнее см.: Теория государства и права / под ред. Н. Г. Александрова. – М., 1974. – С. 542–545; Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. – М. : НОРМА, 2003. – С. 157–166.

присущи элементы, обуславливающие реализацию процессуального права и предполагающие наличие нормы процессуального права, соответствующего юридического факта и на основании этого – процессуального правоотношения. В этом случае действие процессуального механизма будет обеспечиваться как исключительно налоговым регулированием (наличие нормы налогового закона и соответствующего юридического факта), так и административным регулированием (наличие нормы, регулирующей процесс разрешения налогового спора в режиме административного судопроизводства).

Опосредованность процессуального регулирования материальными предписаниями предполагает определенную промежуточную форму реализации этой связи. «...Процессуальное право производно от материального и связано с ним через такое промежуточное звено, как правоприменительная деятельность (правоприменительный процесс) уполномоченных на то субъектов»². Подобная деятельность является как формой реализации этой связи, так и предпосылкой процессуального регулирования в целом, основанием, порождающим необходимость налогово-процессуальных норм. Правоприменительная деятельность фактически представляет собой реализацию норм материального права в деятельности участников налоговых правоотношений. Она нацелена на определенный результат, обеспечи-

² Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 27.

вающий реализацию налоговой обязанности в целом. При этом и материальная налогово-правовая норма, и процессуальная рассчитаны на достижение именно этого результата. Особый акцент необходимости налогово-процессуальных форм придают требования четкой организации и упорядоченности правоприменительной деятельности в регулировании налогообложения. Сложно переоценить ее значение, поскольку именно в этом режиме фактически создаются финансовые основы существования государства, фонды, за счет которых реализуются государственные задачи, обеспечивается осуществление государственных функций.

Рассматривая правовое регулирование как реализацию стимулов и ограничений в воздействии на поведение участников при регулировании налогообложения, необходимо иметь в виду, что процессуальное воздействие в большей степени связывается именно с ограничениями¹. Правовые ограничения при этом предполагают закрепление четких закрытых перечней обязанностей участников отношений, систему мер пресечения и принудительного обеспечения, адекватную совокупность санкций. Регулирование налоговых отношений, безусловно, отражает данную направленность процессуального регулирования. Хотелось бы обратить внимание на своеобразное проявление правовых ограничений в данной области. Иногда в качестве синонимов при

характеристике уплаты налогов используют понятия «взимание налогов» и «взыскание налогов». Однако это положение логично рассматривать в контексте осуществления охраны и защиты при функционировании правовых ограничений в процедурном регулировании налогообложения. Взимание налога предполагает фактическое наличие охранного правового ограничения, когда сложившаяся конструкция правового воздействия обеспечивает своевременное и точное исполнение налоговой обязанности и уже самой возможностью применения принуждения исключает его необходимость, обеспечивает законопослушное поведение плательщика. Взыскание налогов связывается уже с реализацией защитных ограничений в налогообложении. Оно отражает нарушение обязанности, непоступление денежных средств в бюджеты и предполагает включение защитного механизма через принудительное взыскание как суммы неперечисленных средств, так и санкций.

Реализация налогового публичного интереса предполагает выделение в качестве его носителя не только государства. Осуществление власти в сфере налогообложения обеспечивается не столько действиями государства, сколько через реализацию компетенции специально созданных государством органов. Именно они и реализуют действия, направленные на достижение налогового публичного интереса. В данном случае можно говорить о совпадении интереса государства и интереса подобных органов, которые, собственно, и созданы для его достижения.

¹ См.: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. – М. : НОР-МА, 2003. – С. 89–90.

Однако нельзя абсолютизировать налоговый публичный интерес. Подобная позиция последовательно приведет к государству, «зарабатывающему налогами». «...Они не самоцель, иначе все сведется к самообеспечению власти. Налоги, сборы и бюджет служат базой для выполнения функций государства... Государство пока не научилось с помощью налогов гибко и эффективно влиять на производство и торговлю, на удовлетворение общественного спроса»¹.

Безусловно, интерес является основой развития механизма правового регулирования. Реализация интереса определенного типа субъекта обуславливает и особенности правового регулирования, соответствующие правовые режимы. Налогообложение, преследуя реализацию прежде всего публичных интересов, в то же время не связывается исключительно с этим. Действительно, за счет налогов и сборов формируются публичные денежные фонды государства и территориальных громад, и с этих позиций речь идет о достижении их интересов. Однако не менее важным при этом представляется регулирование налоговых отношений с позиций законности. Последнее выступает как принцип государственного управления (реализующимся в специфической сфере), так и методом государственного руководства. Более того, законность в регулировании налоговых отношений выступает как режим, атмосфера взаимоотношений личности и государст-

венной власти². Это несколько не противоречит тому, что принципиальной особенностью налоговых отношений является исключительное положение властвующего субъекта, на формирование денежных фондов которого и нацелено налогово-правовое регулирование. Такое положение одного из субъектов налоговых правоотношений вовсе не исключает того, что его интерес в налоговом регулировании должен реализовываться исключительно с позиции законности.

Государственное принуждение в принципе отличает правовое регулирование. Возможность его применения характеризует природу правовой нормы. Причем это характерно для разноотраслевых норм (и частного, и публичного права). Безусловно, принуждение в публичном праве имеет более определенный, жесткий характер, что выражается даже в подходе при распределении прав и обязанностей участников правоотношений – какую сторону они представляют: властвующую или обязанную. Знаковый акцент на налоговом принуждении объясняется первоочередностью, значением налоговых отношений для существования государства вообще, обязательностью уплаты налогов, без которых существование его невозможно.

Своеобразие реализации принуждения добавляет и вид правоотношения. Так, охранительное налоговое правоотношение, порождая охранительную налоговую процедуру, отгра-

¹ Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001. – С. 16.

² Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Харьков : Вища шк., 1985. – С. 41–43.

ничивает ее от регулятивной и правотворческой процедур, которые связаны в большей степени с регулятивным налоговым правоотношением. «При этом, те процессуальные нормы и отношения, которые защищаются процессуальными охранительными, можно назвать соответственно регулятивными... Однако следует помнить об относительности выделения таких образований»¹ и руководствоваться критериями разграничения материального и процессуального в плоскости процедурного регулирования. В этом случае прежде всего необходимо учитывать, что основанием возникновения охранительных процедур является охранительное налоговое правоотношение. Кроме того, специфической в этом случае выступает связь правоотношений в процессуальной форме, которая выделяет как отношения действующие, так и отношения, обеспечивающие действия первых (что не всегда совпадает с разграничением правоотношений на регулятивные и охранительные)². И наконец, независимо от оснований возникновения, различной направленности это, несомненно, процессуальные отношения, в том числе и в ситуации, когда речь идет о реализации принуждения, когда позитивное правоприменение нарушено.

Устойчивым признаком налогового процесса, специфики процессуальной деятельности в регулировании

налогообложения является процессуальный режим. Рассматривая процессуальный режим как метод, способ, общеобязательные принципы или правила либо как комплекс их³, необходимо иметь в виду определенную структурированность конструкции налогово-процессуального режима. Прежде всего он включает в себя принципы процессуальной деятельности в сфере налогообложения. Детализация их может осуществляться от общеправовых, характерных для всех разновидностей процессуального регулирования (законность, целенаправленность и т. д.), до специальных (ориентированных либо на отдельную составляющую налоговой обязанности, либо на отдельный вид налога или плательщика) или специфических (определяющихся видовым своеобразием конкретного элемента правового механизма налога). Принципы процессуальной деятельности, будучи законодательно закрепленными, обеспечивают достижение и осуществление наиболее оптимальных ее вариантов.

Налогово-правовые режимы, представляя собой разновидность юридических режимов, основанных на позитивных обязываниях, предполагают закрепление особой воли государства. Суть этого режима выражается в закреплении законодателем системно жестких и однозначных позитивных обязываний в сфере налогообложения, распространяющихся на всех обязанных участников нало-

¹ Протасов В. М. Основы общеправовой процессуальной теории / В. М. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – С. 40.

² Там же.

³ Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Харьков : Вища шк., 1985. – С. 152.

говых отношений. На этой основе формируются одинаковый для всех порядок, правила поведения, формулируемые чаще всего в безусловной форме, для обеспечения высокой организованности и управляемости в сфере формирования бюджетных доходов.

Налоговое правоотношение, представляя определенную абстракцию, обозначает конкретное отношение, которое предполагает участие определенных лиц, наделенных соответствующими налоговыми правами и обязанностями. При этом поведение налогоплательщиков может соответствовать предписанию, модели налогово-правовой нормы, а может и отклоняться от нее. Как бы «примеряя» на поведение налогоплательщика налогово-правовую норму, мы соотносим абстрактные требования, закрепляющие его права и обязанности с конкретным поведением, реализацией (соблюдением или несоблюдением) их, что лежит в основе определенного раздвоения плательщика, который может выступать либо как лицо своевременно и в полном объеме реализовавшее свои налоговые права и обязанности, либо как субъект ответственности. «В правоотношении происходит качественный скачок. Нормы, создающие возможность или обязательность того или иного поведения, соотносятся с реальным поведением. Из сферы долженствования мы переходим в сферу сущего, от абстракции – к конкретному, от общего – к единичному»¹.

¹ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – С. 82.

Важно учитывать замечание Р. О. Халфиной в этой связи о неизбежности диалектических противоречий, проявляющихся при правовом регулировании и связанных с динамикой содержания и относительной устойчивостью форм, что находит выражение в противоречии правовой формы и материального содержания отношений². Правовая норма при выделении объекта регулирования, направленности предполагает некую стабильность, определенность, поскольку без этого невозможно обозначить совокупность однородных, стабильных общественных отношений, на которые необходимо воздействовать праву. Именно поэтому норма и призвана закрепить наиболее важное, устойчивое, что связано с сущностью отношений. При этом ею учитываются и перспективы развития отношений. Применение нормы предполагает и возможность использования мер государственного принуждения. Возможность их применения возникает с момента издания нормы, именно поэтому правовой нормой должны реализовываться определенные консервативные начала, закрепление такого поведения широкого круга лиц, предпосылки которого отражают созревшие отношения, которые приобрели устойчивую, закономерную форму.

Урегулированность организационных отношений в области налогообложения нормами процессуального права приводит к появлению налогово-процессуальных отношений. Однако важно иметь в виду, что качество

² Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – С. 97–98.

«процессуального» касается не фактического общественного отношения, связанного с налогообложением, а именно правоотношения¹. Процессуальные налоговые правоотношения, являясь вторичными по сравнению с материальными, реализуют свое служебное назначение именно через обеспечение реализации материальных налоговых отношений. Назначение налогово-процессуальных отношений, таким образом, реализуется через урегулированность налогово-процессуальными нормами деятельности по реализации, применению материальных норм налогового права.

Характеризуя процесс как цельную единую конструкцию, не следует абстрагироваться от того, что он функционирует как совокупность составляющих его элементов, характеризуется внутренней организацией. Сложность процесса определяется как особым характером организации внутреннего строения, так и специфической динамикой, возникновением, изменением и развитием отношений. Анализ налогового процесса как сложного правоотношения обуславливает определенные акценты, связанные с исследованием субъектного состава, структуры, динамики последнего.

Сложность конструкции налогового процесса определяется и специфической динамикой развития, которая обуславливает его стадийность, последовательность в осуществлении определенных действий участников. В основе структурирования стадий

в данной ситуации может лежать структура налоговой обязанности, которая в целом определяет последовательность поведения участников налоговых отношений и соответственно формирует исходные подходы к моменту возникновения процедур в налоговых отношениях. Так, правонарушение на стадии налогового учета может быть самостоятельным основанием возникновения налоговых процедур, хотя непосредственно обязанность, связанная с перечислением сумм налога, и не была реализована. В то же время правонарушение на стадии уплаты налога, при реализации второй составляющей налоговой обязанности, предполагает реализованную первую стадию – осуществление регистрации налогоплательщика. Нельзя уплатить налог, не легализовав себя как обязанное лицо в сфере налогообложения, не став на налоговый учет либо не учтя поступления или имущество в режиме налогового учета и на основании этого не определив объект налогообложения и его базу. Поэтому правонарушение на стадии уплаты налога предполагает определенный возврат к действиям на предыдущей стадии, и в этом случае необходимо выяснить: неправомерные действия плательщика связаны только с уплатой налога или позитивное применение налогово-правовых норм было прекращено им еще на стадии налогового учета. Аналогичный экскурс в предыдущие стадии в связи с налогово-процессуальным режимом регулирования отношений характеризует соответственно и последнюю составляющую налоговой обязанности – налоговую отчетность.

¹ См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 33–34.

Исходя из сложности налогового процесса, основываясь на структурировании содержания налогового правоотношения, важно иметь в виду, что правовая структура, определяющая налоговые правоотношения, характеризует фактически правовые связи. Рассмотрение налогового правоотношения в таком контексте обуславливает анализ зависимостей между участниками правоотношения, определяемого взаимной корреспонденцией их прав и обязанностей, которая и обеспечивает структурирование на основе налоговых правоотношений процедурной в целом и процессуальной в частности деятельности. При этом рассмотрение отдельной разновидности налоговой процедуры предполагает регулирование поведения участников не в рамках именно этой отдельной разновидности процедурного регулирования, а востребованность и реализацию предписаний практически всех налоговых процедур. Естественно, будет определенная разница между участием и применением норм, реализующих правотворческие, регулятивные и охранительные процедуры. Если при реализации регулятивных налоговых процедур правотворческие будут участвовать в этом как уже пройденный этап, в качестве использования уже определенного результата, то охранительные процедуры смогут влиять на поведение участников регулятивных налоговых процедур как некое идеальное предостережение, показатель того, что может случиться при нарушении правил поведения в режиме регулятивной

налоговой процедуры. «С позиции системного подхода правоотношение представляет собой систему, элементами которой являются участники правоотношения (субъекты), объединенные правовой структурой – целесообразной правовой связью, вытекающей из субъективных юридических прав и обязанностей (целесообразных правовых свойств субъектов), – и которая функционирует для достижения социально полезного результата»¹.

Характеристика системы процедур, участвующих в регулировании налогообложения, соотношение между ними опосредуется содержанием налоговых правоотношений. Важно иметь в виду, что налоговые правоотношения характеризуют отношения между юридически неравными субъектами, между властвующими и обязанными участниками налоговых правоотношений, когда формируются реальные предпосылки осуществления защитной функции права, реализации охранительных налоговых правоотношений. Содержание налоговой процедуры, ее разновидности определяются теми отношениями, которые она опосредует, которые реализует через поведение субъекта.

Важное место в процедурном урегулировании поведения субъектов налоговых правоотношений занимают доюрисдикционные процедуры. Они отличаются рядом принципиальных особенностей². Во-первых, доюрис-

¹ Протасов В. М. Основы общеправовой процессуальной теории / В. М. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – С. 119.

² Там же. – С. 80–81.

дикционные процедуры характеризуют ситуацию, связанную с возникновением спора в рамках регулятивного налогового правоотношения. Они реализуются при нарушении в реализации права (например, применение налоговой льготы) или исполнении обязанностей, связанных с налогообложением, возникновением разногласий между участниками отношений, спора между налогоплательщиком и налоговыми органами. Во-вторых, разрешение спора в данной ситуации осуществляется без участия судебных органов, в режиме согласования позиций налоговых органов и обязанных лиц. В-третьих, конфликт, возникший в режиме доюрисдикционных налоговых процедур, преодолевается за счет действий участников спора. В-четвертых, разрешение конфликта в этой ситуации предполагает многоуровневость: а) устранение противоречий на уровне первичного налогового органа (налоговая инспекция); б) разрешение спора на уровне областной налоговой администрации; в) преодоление конфликта на уровне Государственной налоговой администрации Украины. Примечательно при этом одна особенность: хотя разрешение спора связывается с соотношением поведения двух субъектов, тем не менее иерархичность системы налоговых органов обуславливает появление на втором и третьем уровнях своеобразного арбитра – вышестоящего налогового органа. Вряд ли в данном случае можно ставить вопрос о его абсолютной независимости, но определенные предпосылки для урегулирования спорной ситуации, для разрешения

конфликта между плательщиком и налоговой инспекцией (или областной налоговой администрацией) все-таки в данном случае появляются. В-пятых, реализация налогово-правовых норм на стадии доюрисдикционных налоговых процедур происходит в режиме соблюдения предписаний норм, определяющих регулятивную налоговую процедуру, использование прав и обязанностей, закрепленных ими. В-шестых, доюрисдикционные налоговые процедуры не предполагают использования на этой стадии мер принуждения. Фактически в этих условиях речь идет о согласовании позиций субъектов, противостоящих в споре, тогда как санкции как меры принуждения могут использоваться позже. В-седьмых, особенностью доюрисдикционных налоговых процедур является возможность продолжения процедурного урегулирования после их окончания. В данном случае налогоплательщик имеет право обратиться в суд и оспорить действия налоговых органов.

Доюрисдикционные налоговые процедуры представляют разновидность процедур, в режиме которых осуществляется реализация регулятивных налоговых правоотношений. Вряд ли имеет смысл в данной ситуации связывать доюрисдикционные налоговые процедуры с обязательным наличием правонарушения. Нельзя однозначно утверждать, что именно оно является основанием возникновения данной разновидности процедур. В то же время представляется логичным утверждать, что основанием начала доюрисдикционных налоговых

процедур является момент возникновения разногласий у субъектов, представляющих властную и обязанную стороны налоговых правоотношений. В основе такого разногласия может находиться как неверное понимание соответствующей законодательной нормы, так и коллизия актов налогового законодательства. В соотнесении позиций противостоящих сторон может быть достигнуто общее видение проблемы и фактически урегулирован спор. В этой ситуации, безусловно, можно считать, что такой порядок урегулирования разногласий является согласительным¹.

Основная цель существования доюрисдикционной процедуры сводится к устранению разногласий между сторонами регулятивного налогового правоотношения в режиме позитивного правоприменения. Фактически она существует в этих условиях как разновидность регулятивной налоговой процедуры, предполагающей устранение конфликта. «Процесс тоже возникает независимо от реального существования своего основного (охранительного) отношения и на первоначальных стадиях своего развития имеет дело лишь с предположением о наличии такового»². Урегулирование спора в условиях доюрисдикционной налоговой процедуры принципиально отличается от подхода к урегулированию спора с участием суда. Если в первом случае задачей является

установление соответствия поведения субъектов предписанию правовых норм при реализации налоговой обязанности, согласованию точек зрения участников спора, то во втором случае целью выступает выяснение наличия или отсутствия налогового правонарушения.

Рассматривая доюрисдикционные налоговые процедуры как разновидность регулятивных налоговых процедур, необходимо все-таки учитывать и их некоторую специфику. В этих условиях участники налоговых отношений реализуют не просто свои налоговые права и обязанности, а специфическое право – своими действиями урегулировать спорные, конфликтные отношения с другими участниками налоговых правоотношений. Именно поэтому в условиях доюрисдикционных налоговых процедур материальное регулятивное налоговое отношение выступает уже фактическим предметом согласительного урегулирования.

Характеризуя процессуальное регулирование налоговых отношений, надо иметь в виду, что оно включает как процедуры, не выражающие исключительно налоговую природу, так и безусловно налоговые. То есть в данном случае механизм процессуального регулирования налогообложения будет содержать деятельность по реализации как налоговых, так и неналоговых процедур:

а) *нормотворческие процедуры* в регулировании налогообложения (их сложно назвать налоговыми, поскольку они не отличаются какими-либо процедурными особенностями

¹ См.: Протасов В. М. Основы общеправовой процессуальной теории / В. М. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – С. 82.

² Там же.

по сравнению с процедурами, регулирующими принятие нормативно-правовых актов как в финансово-правовых институтах, так и в иных отраслях);

б) *регулятивные процедуры* (включают как процедуры, регулирующие порядок реализации налоговой обязанности в режиме своевременного и точного исполнения предписаний налогово-правовых норм субъектами налоговых правоотношений, так и процедуры согласования и разрешения налоговых споров). К разновидности регулятивных процедур логично отнести и процедуры судебного разрешения налоговых споров (представляют порядок разрешения налоговых споров судебными органами – прежде всего специализированными административными судами, и реализуются в административно-процессуальных формах). Данный вид процедур регулируется Кодексом об административном судопроизводстве Украины и не содержит принципиальных особенностей, исходя из специфики налогообложения. Налоговые споры разрешаются в общем порядке административного судопроизводства для споров с участием субъекта властных полномочий;

в) *охранительные процедуры* (содержат процедуры реализации мер принуждения за нарушения налогового законодательства и предполагают весь комплекс ответственности: уголовной, административной и финансовой).

Система процессуального регулирования налогообложения основывается на общетеоретической кон-

струкции процедур и обеспечивает весь комплекс правового воздействия на сферу налогообложения. Она предполагает использование не исключительно налогово-процессуальных форм, но и использование административно-правовых, уголовно-правовых способов регулирования. Налоговый процесс, в отличие от более широкой конструкции процессуального регулирования налогообложения, включает исключительно налоговые процедуры:

а) *учетные налоговые процедуры* (процедуры, определяющие как порядок регистрации лиц, у которых возникает налоговая обязанность, так и учет объектов налогообложения);

б) *процедуры уплаты налогов и сборов* (обеспечивают непосредственное поступление денежных средств от налогов и сборов как в режиме добровольного исполнения обязанности, так и при принудительном ее исполнении);

в) *процедуры налоговой отчетности* (предполагают закрепление порядка поведения на заключительной стадии реализации налоговой обязанности – подачи отчетности юридическими и физическими лицами, внесение изменений в налоговые декларации и т. д.);

г) *процедуры налогового контроля* (объединяют порядок деятельности органов, осуществляющих контрольные функции в сфере налогообложения (прежде всего налоговых), права и обязанности обязанных лиц);

д) *налоговые процедуры административного согласования* (представляют собой порядок разрешения

споров между плательщиками и налоговыми органами в режиме административного апелляционного согласования на различных уровнях налоговых органов). Несмотря на привязанность к административному режиму согласования, данная разновидность процедур является именно налоговыми и регулируется исключительно налоговым законодательством (Закон Украины «О порядке погашения обязательств налогоплательщиков перед бюджетами и государственными целевыми фондами»). Они предполагают специальный порядок согласования позиций между плательщиками и налоговыми органами, их должностными лицами, закрепленный налоговым законодательством;

е) *охранительные налоговые процедуры* связаны с реализацией мер принуждения, применением финансовой ответственности и опосредованы несвоевременным или неточным исполнением налоговой обязанности. Данный вид процедур имеет двойственный характер и подразделяется на охранительные процедуры, связанные с реализацией мер принуждения на стадии административного согласования, и охранительные процедуры, связанные с реализацией мер принуждения на основании решения суда после разрешения налогового спора.

Обсуждение соотношения таких понятий, как процесс и процедура, находится в центре внимания ученых относительно долго¹. При этом принципиальным моментом является отра-

¹ Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 8–11.

слевого характер материально-правовых норм, процедурную реализацию которых призваны обеспечить процессуальные формы. В некоторых случаях предпринимались попытки разграничить процесс и процедуру, в некоторых между ними проводилась определенная аналогия, исходя из того, что «...процессуальное право – это всегда право, устанавливающее определенную процедуру... это право, определяющее процесс, т. е. движение, развитие деятельности органов и лиц»². Логично вывод по поводу содержания процесса и соотношения его с процедурами связывался с выделением таких недостатков концепции понимания юридического процесса как исключительной деятельности суда: естественного расширения процедурной регламентации всех сторон государственной деятельности; противопоставления суда иным органам государства; различное отношение к режиму законности в охранительной и регулятивной сферах правового регулирования³.

В таком же контексте рассматривался и близкий по правовой природе к налоговому процессу – административный процесс⁴. При этом встречались довольно логичные возражения против узкого (юрисдикционного) понимания процесса. «...Если административный процесс рассматрива-

² Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – С. 44–45.

³ Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Харьков : Выща шк., 1985. – С. 13–14.

⁴ См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 10.

ется только как порядок применения мер административных взысканий... то получается, что всего лишь один “правоприменительный” институт материального административного права, а именно институт административной ответственности..., “обслуживается” целой отраслью – административно-процессуальным правом»¹. Видимо, юрисдикционный подход вряд ли применим и к налоговому процессу. Более того, такую условность усиливает еще то положение, что и непосредственно ответственность за налоговые правонарушения во многих случаях осуществляется через институт административной ответственности.

Поэтому понятно, что на определенном этапе сформировалось представление о том, что «...любые попытки противопоставить процедуру и процесс как в реальном, так и в понятийном плане бесперспективны, поскольку в сфере общественного мнения эти понятия отождествляются, и вряд ли удастся достигнуть иного толкования»². Безусловно, что, исходя из концепции широкого понимания процесса, любая правоприменительная деятельность, предполагающая участие субъектов властных полномочий, должна основываться, подчиняться строгим процедурным формам. Фактически процессуальная форма и представляет собой реализуемую, осуществляемую деятельность в режиме соответствующих

процедур. На основании этого логична соответствующая процедурная регламентация, разграничение видовых проявлений процессуальных форм в сфере налогообложения, связанных с:

а) появлением самого нормативного предписания, регулирующего порядок реализации интересов в сфере налогообложения;

б) упорядочиванием и регламентацией поведения участников налоговых процедур при своевременном и полном исполнении налоговой обязанности;

в) осуществлением процедур при разрешении налоговых споров или привлечении к ответственности.

Налоговые процедуры выражают порядок реализации предписаний материального налогового права в поведении участников налоговых правоотношений и непосредственно связаны, опосредованы материальными налогово-правовыми нормами. Налоговые процедуры представляют собой нормативно урегулированный и закрепленный порядок поведения, сочетающий нормативное регулирование (прежде всего) и организационное (в некоторых случаях не урегулированное правовыми нормами). Налоговые процедуры – закрепленный порядок поведения участников налоговых отношений. В то же время налоговый процесс представляет собой урегулированную последовательность действий по осуществлению налоговых процедур. Он выражается в реализации налоговых процедур, осуществлении юридически значимых действий, которые основываются на требованиях налогово-процедурных норм.

¹ Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 141.

² Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 11.

Налоговый процесс – реальная деятельность по осуществлению порядка поведения, закрепленного предписаниями налоговых процедур.

Являясь юридическим выражением государственной управленческой деятельности в области налогообложения, налоговый процесс представляет именно комплексную систему, то есть не сводится исключительно к реализации правоприменительных функций. С его помощью организуется и нормотворчество по принятию налоговых актов, и разрешение налоговых споров, и непосредственная деятельность по осуществлению регулятивных налоговых процедур.

В самом общем смысле налоговый процесс можно рассматривать с двух позиций, как это делают сторонники широкого и узкого понятия юридического процесса¹. С одной стороны, под ним понимают процесс как урегулированный правом порядок юрисдикционной деятельности при рассмотрении индивидуальных дел. В этом случае акцент в назначении налогового процесса делается на юрисдикционном правоприменении, когда его задачи сводятся к опосредованию принуждения, устранению любых помех, регулирующему действию права в рамках и посредством охранительных налоговых правоотношений. С другой стороны, процесс ассоциируется с применением норм материального права.

Вряд ли можно согласиться и с таким утверждением И. В. Глазуновой: «У каждого вида юридического процесса свой властный источник – соответствующая ветвь государствен-

ной власти»². Источником любого вида юридического процесса является закон, в некоторых случаях возможны и иные формы подзаконных актов, которые уточняют или детализируют предписания акта высшей юридической силы. Поэтому сводить источник к субъекту правотворчества, видимо, не совсем точно даже в условиях такого формирующегося и развивающегося образования, как налоговый процесс. Более того представляется, и властвующих источников не может быть несколько. Властный носитель один – государство, а через какой орган реализуется полномочие относительно того или иного вида юридического процесса – это и не столь важно.

Несколько ниже И. В. Глазунова пишет: «...налоговый процесс можно определить как разновидность юридического процесса (правореализующе-правоприменительного), представляющего собой урегулированную нормами налогового права процессуальную деятельность налогоплательщиков, налоговых агентов, уполномоченных государственных органов, направленную на формирование налоговых доходов бюджета и бюджетов внебюджетных фондов и обеспечение надлежащей реализации налогоплательщиками и плательщиками сборов их налоговых обязанностей»³. Мы

² Глазунова И. В. Налоговый процесс: подходы к определению понятия / И. В. Глазунова // Актуальные проблемы финансового права Республики Беларусь, России, Украины / отв. ред. Д. В. Винницкий. – СПб., 2006. – С. 190.

³ Глазунова И. В. Налоговый процесс: подходы к определению понятия / И. В. Глазунова // Актуальные проблемы финансового права Республики Беларусь, России, Украины / отв. ред. УрГЮА Д. В. Винницкий. – СПб., 2006. – С. 190.

¹ См.: Протасов В. М. Основы общеправовой процессуальной теории / В. М. Протасов. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 60.

уже обращали внимание выше на соотношение юридического процесса и деятельности, направленной на формирование бюджетных доходов. Здесь же хотелось бы обратить внимание на то, что реализация плательщиками налоговых обязанностей может быть разной и обеспечиваться различными правовыми режимами, что делает несколько спорным данное выше определение налогового процесса. Реализация налоговой обязанности может осуществляться в нескольких формах, на основании чего и можно предложить принципиальный подход к классификации типов налоговых процедур. Так, осуществление налоговой обязанности может выступать:

а) в форме активных действий обязанного лица. В данном случае особенностью подобного типа налоговых процедур является то, что ими регулируется поведение одного субъекта. Безусловно, при этом речь идет о построении и реализации поведения налогоплательщика в соответствии с предписаниями налогово-правовых норм, о действиях законопослушного плательщика;

б) в форме активных действий как обязанного лица, так и субъекта, представляющего властвующую сторону в налоговых правоотношениях (чаще всего речь идет о налоговых органах). Данная разновидность процедур обеспечивает урегулированность поведения плательщика и контролирующего его органа. Причем в этом случае речь может идти о двух разновидностях такого типа процедур. Во-первых, они могут касаться активных действий и одного, и другого участ-

ника при реализации прав и обязанностей каждого в условиях правомерного поведения налогоплательщика (уточнение сведений в едином реестре плательщика, подача и согласование данных налоговой отчетности и т. д.). Во-вторых, в режиме данного типа процедур могут согласовываться и спорные ситуации, возникшие между плательщиком и налоговым органом при налоговых проверках, уточнении сведений, предоставленных налогоплательщиком в налоговые органы и т. д. Особенностью этого является тот факт, что все согласования и фактическое разрешение спора осуществляются в рамках самих налоговых органов. То есть речь идет об апелляционном административном согласовании, определяющемся иерархией налоговых органов (район – область – государство);

в) в форме действий трех субъектов: обязанного лица, налогового органа и судебного органа. В данном случае речь идет о споре, который либо невозможно было разрешить в режиме апелляционного административного согласования, либо который сразу возник в форме, предполагающей судебное разбирательство. В этой ситуации налицо уже отношения между тремя субъектами, которые и обуславливают существование специфической процедуры разрешения налоговых споров.

Опубликовано: Очерки финансово-правовой науки современности : монография / под общ. ред. Л. К. Вороновой и Н. И. Химичевой. – М. ; Харьков : Право, 2011. – С. 424–457.

А. Лукашев, доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры финансового права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Методологические проблемы системы финансового права

Значение категории «система финансового права» для науки финансового права трудно переоценить. Без сомнения, ее можно отнести к числу фундаментальных, детализирующих особенности предмета финансово-правового регулирования, а потому традиционно остается в центре внимания представителей финансово-правовой науки. Особую актуальность исследование содержания категории «система финансового права» приобретает сегодня, в условиях динамичной реформации финансового законодательства. Вопросы системы финансового права, методологии ее построения постоянно обсуждаются в научных кругах. При этом, на наш взгляд, принципиальное значение приобретает задача обоснования той или иной концепции построения системы финансово-правовой отрасли, ведь именно на основании такой концепции можно сформулировать научно обоснованные предложения по систематизации финансового законодательства.

Одним из наиболее распространенных подходов к построению системы финансового права является обоснование ее детерминации структурой финансовой системы государства. Именно поэтому мы считаем целесообразным исследование особенностей взаимодействия категорий «финансовая система» и «система финансового права», а также выявление взаимосвязи между элементарным составом финансовой системы государства и структурным содержанием финансово-правовой отрасли.

Обусловленность системы финансового права структурой финансовой системы государства сегодня нельзя считать новацией, поскольку еще с советских времен в науке финансового права не вызывал сомнений вопрос о взаимосвязи этих категорий. Так, Н. И. Химичева отмечает, что «в системе финансового права отражается финансовая система Российской Федерации как объективно существующая экономическая основа. Единство финансов получило правовое воплоще-

ние в Общей части. Построение Особенной части отражает состав финансовой системы, выделение в ней нескольких звеньев. В результате бюджетная система, государственный, муниципальный и банковский кредит, организация страхования получили правовое оформление в виде соответствующих разделов финансового права»¹.

Однако на сегодня, учитывая трансформационные тенденции в экономике Украины и иных постсоветских стран, возникает необходимость нового научного осмысления содержания категории «финансовая система». В этом контексте представляют научный интерес подходы С. В. Запольского, который в своих работах² выделил ряд принципиально важных вопросов для дальнейшего развития финансово-правовой теории. Некоторые из них определенным образом связаны с предметом данного исследования.

Во-первых, отвечая на собственный вопрос «Является ли понятие финансовой системы правовой категорией?», С. В. Запольский отмечает: «Для положительного ответа на этот вопрос необходимо, по меньшей мере, существование законодательной дефиниции или юридической конструкции, в которой это понятие имеет правообразующее значение»³. Для ответа на этот

вопрос необходимо обратиться к постсоветскому периоду развития законодательства Украины. Термин «финансовая система» неоднократно использовался в законодательных актах.

В разд. VI Декларации о государственном суверенитете Украины, посвященной экономической самостоятельности, было установлено, что Украина самостоятельно создает финансовую систему⁴. Законом «Об экономической самостоятельности Украинской ССР» (ч. 1 ст. 5) определялось, что «Украинская ССР имеет собственную финансовую систему»⁵. Несколько позднее, после внесения изменений в Закон Украины «О бюджетной системе Украины», законодательное закрепление получило понятие «звено финансовой системы», а именно в ст. 23 указанного Закона «Взаимоотношения бюджетов с другими звеньями финансовой системы» устанавливалось, что бюджет является составной частью финансовой системы Украины. Кроме того, этой же статьей был нормативно закреплён принцип законодательного регулирования взаимоотношений бюджета с другими звеньями финансовой системы⁶. Таким образом, отвечая на поставленный С. В. Запольским вопрос, следует констатировать, что понятие «финансовая система» может рассматриваться как правовая категория, даже при отсутствии непосред-

¹ Финансовое право : учебник / отв. ред. Н. И. Химичева. – М. : Юристъ, 2003. – С. 53.

² Запольский С. В. О природе понятия «финансовая система России» / С. В. Запольский // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 2–8; Он же. Дискуссионные вопросы теории финансового права / С. В. Запольский. – М. : РАП, Эксмо, 2008. – 160 с.

³ Запольский С. В. О природе понятия «финансовая система России» / С. В. Запольский // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 3.

⁴ Декларация о государственном суверенитете Украины // Ведомости Верхов. Рады УССР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

⁵ Об экономической самостоятельности Украинской ССР : Закон УССР // Ведомости Верхов. Рады УССР. – 1990. – № 34. – Ст. 499.

⁶ О бюджетной системе Украины : Закон Украины от 29 июля 1995 г. // Ведомости Верхов. Рады УССР. – 1995. – № 26. – Ст. 195.

ственного закрепления соответствующего термина в законодательстве, поскольку, как справедливо отмечает А. М. Васильев, правовые категории являются формой, в которой юридическая наука теоретически познает государственно-правовую действительность¹.

Для науки финансового права категория «финансовая система» имеет методологическое значение, так как позволяет очертить круг отношений, составляющих предмет финансово-правового регулирования. Именно поэтому мы разделяем мнение ученых, которые признают категорию «финансовая система» общеправовой для финансового права². Нельзя не согласиться с С. В. Запольским, который видит роль финансовой системы как понятия в том, чтобы соотношением ее границ с границами правового регулирования финансовых отношений было возможно контролировать эффективность и соответствие правовой формы экономическому содержанию. Резюмируя, С. В. Запольский делает важный методологический вывод о том, что финансовая система в гносеологическом смысле выполняет в финансовом праве практически ту же роль, что и понятие предмета правового регулирования для всего права в целом³.

¹ Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 95.

² Яричевская Л. В. Проблемы формирования системообразующих категорий финансового права / Л. В. Яричевская, В. С. Яричевский // Актуальные проблемы финансового права Республики Беларусь, России, Украины / отв. ред. Д. В. Винницкий. – СПб., 2006. – С. 146.

³ Запольский С. В. О природе понятия «финансовая система России» / С. В. Запольский // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 3.

Приведенную позицию можно рассматривать как один из подходов к определению границ финансово-правового регулирования. Только на основании выяснения предмета отрасли можно судить об особенностях построения ее системы, поскольку «для отраслей права предмет правового регулирования имеет первоочередное, повышенное системообразующее значение»⁴. Если категория «финансовая система» является определяющей для предмета финансового права, то бесспорно она непосредственно влияет на специфику системы этой отрасли. А поэтому возникает вопрос об особенностях взаимосвязи между структурой финансовой системы и содержанием системы финансового права.

М. В. Карасева относит финансовую систему к числу факторов, влияющих на построение системы финансового права. Но своеобразие ее позиции заключается в предложении двух критериев: экономического и правового. Экономическим критерием выступают финансовая система и денежные потоки, которые ее обслуживают. Исходя из существующей финансовой системы, в науке финансового права выделяются: бюджетное право, институт государственных внебюджетных фондов, институт финансов унитарных предприятий, институт государственного и муниципального кредита. Кроме того, система финансового права включает налоговое право, институт неналоговых доходов

⁴ Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 170.

бюджета, институт расходов бюджета, которые представляют собой правовую форму денежных потоков финансовой системы.

По мнению С. Д. Цыпкина, единственно правильным является определение финансовой системы как совокупности различных звеньев, каждое из которых выступает самостоятельным финансовым институтом, имеющим помимо общего назначения и специальные задачи. В состав финансовой системы СССР С. Д. Цыпкин включал бюджетную систему, финансы предприятий, организаций и отраслей народного хозяйства, государственное имущество и личное страхование, государственное социальное страхование, кредит¹. Такой подход к определению структуры финансовой системы в целом воспринимается учеными и сегодня с учетом определенной специфики. Ю. А. Крохина звеньями финансовой системы Российской Федерации считает: 1) бюджетную систему; 2) внебюджетные государственные и муниципальные фонды; 3) кредит; 4) обязательное государственное страхование; 5) финансы предприятий любых форм собственности, объединений, организаций, учреждений, отраслей народного хозяйства².

Особенностью предложенных моделей финансовой системы является

¹ Цыпкин С. Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности Советского государства / С. Д. Цыпкин. – М. : Изд-во МГУ, 1983. – С. 7.

² Крохина Ю. А. Финансовое право России : учеб. для вузов / Ю. А. Крохина. – М. : Норма, 2004. – С. 10.

ся то, что в качестве ее звеньев выделяются различные по содержанию элементы. В частности, это касается кредита. Если другие звенья по сути отражают конкретные денежные фонды (бюджеты, внебюджетные целевые фонды, фонды социального страхования), то кредит независимо от вида (государственный, муниципальный или банковский) по своему содержанию является одним из средств, обеспечивающих движение денег в соответствующие фонды. Поэтому, на наш взгляд, в финансовой системе следует выделять несколько структур, каждая из которых будет объединять однопорядковые по смыслу элементы. Безусловно, центральной, системообразующей является структура, представляющая собой совокупность публичных денежных фондов, поскольку именно их формирование, распределение и использование является содержанием финансовой деятельности. Кроме того, финансовая система содержит структуры, включающие: а) совокупность органов специальной компетенции (государственных и муниципальных), осуществляющих управление в сфере публичных финансов, б) совокупность методов, применяемых на стадиях формирования, распределения и использования публичных денежных фондов. Выделение указанных относительно самостоятельных структур обусловлено не только соображениями научного поиска, но и отражает объективные особенности структурирования элементов финансовой системы на основе применения определенного классификационного критерия.

На современном этапе развития финансово-правовой науки исследование сущности финансовой системы привело к выделению нескольких подходов относительно характеристики ее содержания: фондовый, посубъектный, институциональный, стадийный (или динамический).

1. Фондовая концепция предусматривает классификацию составляющих финансовой системы на основании дифференциации публичных денежных фондов¹. В данном случае в структуру финансовой системы включаются бюджеты, внебюджетные фонды, финансы государственных предприятий и т. д. Каждый из публичных денежных фондов является не только совокупностью средств, а прежде всего финансовым институтом, который объединяет специфический вид финансовых отношений по поводу формирования, распределения и использования данного денежного фонда. Совокупность таких отношений является предметом соответствующих финансово-правовых институтов, входящих в состав особенной части финансового права.

При этом принципиальным является вопрос о количественном соотношении публичных денежных фондов и финансово-правовых институтов. На этот вопрос в науке финансового права существуют различные точки зрения. Исходя из того, что система особенной части финансового права детер-

минирована финансовой системой государства, А. И. Худяков считал, что «количество правовых институтов и их видов точно соответствует количеству и видам экономических институтов», после чего делает вывод: «Правовых институтов, которые не соответствуют экономическим, не существует»². Оппоненты А. И. Худякова, указывая, что взаимодействие финансовой системы и системы финансового права не всегда прямое, но иногда и косвенное, обращают внимание на то, что соответствие между количеством звеньев финансовой системы и количеством правовых институтов становится препятствием для выделения таких институтов финансового права, как государственные доходы, расходы, денежное обращение, не имеющих собственных звеньев финансовой системы, которые могли бы стать объектом регулирования названных правовых институтов³.

2. Посубъектная концепция структурирования финансовой системы предусматривает выделение совокупности государственных органов, осуществляющих управление и контроль на стадиях формирования, распределения и использования средств публичных денежных фондов. Мы исходим из того, что посубъектное структурирование финансовой системы обуславливает достаточно обобщенную и приблизительную картину. Если в качестве субъектов выделять

¹ Соколова Э. Д. Правовые основы финансовой системы России / Э. Д. Соколова. – М., 2006; Запольский С. В. О природе понятия «финансовая система России» / С. В. Запольский // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 2.

² Худяков А. И. Основы теории финансового права / А. И. Худяков. – Алматы: Жеті жарғы, 1995. – С. 205.

³ Вакарюк Л. В. Критерии определения финансово-правовых институтов / Л. В. Вакарюк // Фин. право. – 2005. – № 1. – С. 6–7.

собственников денежных средств, регулирование которых осуществляется в рамках финансовой системы, то мы должны выделить только двух: государство и территориальные громады.

3. Институциональный подход к структурированию финансовой системы предполагает фактически выделение на первый план институтов финансово-правовой отрасли. Исходя из этого, финансовая система состоит из институтов государственных доходов и расходов, обязательного государственного страхования, банковского кредита, денежного обращения¹. Отчасти можно согласиться с такой классификацией составляющих финансовой системы, но, нам кажется, что при этом отсутствует единый принцип, согласно которому можно сформировать логическое и последовательное представление не только о существовании таких институтов в финансовой системе, но и о соотношении их между собой. Например, вряд ли целесообразно в качестве отдельной составляющей финансовой системы как предмета публичного финансово-правового регулирования выделять институт банковского кредитования. Влияние на отношения в сфере банковского кредитования не являются финансово-правовыми. Публично-правовое регулирование банковского кредитования проявляется в реализации контрольных и надзорных функций Национальным банком Украины. К тому же эти отношения, будучи публично-правовыми, вряд ли

можно напрямую относить к финансово-правовым, так как они имеют прежде всего управленческую природу, что обуславливает применение административно-правовых методов воздействия.

4. Стадийный (или динамический) подход к выделению структурных составляющих финансовой системы представляется нам наиболее логичным и последовательным. Приходя к такому выводу, мы исходим из природы предмета финансово-правового регулирования. В обобщенном виде речь идет о регулировании движения публичных денежных фондов. Не останавливаясь подробно на характеристике предмета финансового права, мы хотели бы акцентировать внимание именно на динамическом аспекте финансово-правового воздействия – регулировании движения публичных денежных средств. Финансово-правовое регулирование преимущественно обеспечивается прежде всего процессуальными нормами. Материальные предписания существуют как некая цель или толчок для осуществления процедурного регулирования оборота средств государства и территориальных общин. Именно поэтому, по нашему мнению, такой подход к структурированию финансовой системы наиболее важный. Исходя из этого, мы должны выделить несколько стадий: формирования, распределения и использования. Основываясь на разграничении этих стадий, как раз и можно проследить динамику финансово-правового регулирования.

Стадийность финансовых отношений может связываться с некоторой

¹ Запольский С. В. О природе понятия «финансовая система России» / С. В. Запольский // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 2.

двойственностью. Во-первых, зависимость финансовых отношений от отношений отдельной стадии общественного производства – отношений распределения (на стадии производства, обмена и потребления финансовые отношения существуют лишь как определенные ориентиры). Во-вторых, стадийность финансовых отношений уже выходит на уровень внутреннего структурирования, когда выделяются стадии движения публичных средств.

Впрочем, хотелось бы добавить еще одно, на наш взгляд, очень важное замечание. Динамическая концепция структурирования финансовой системы не означает исключительно процессуальный взгляд на данную категорию. Речь идет о логическом соотношении материального и процессуального регулирования, в условиях чего определенные акценты смещаются в сторону процессуального. Сложно представить исключительно, обособленно материальную или процессуальную конструкцию в финансовом праве. Стадийное структурирование финансовой системы логично связывать с соответствующими фондами и характеризовать финансовую систему, содержание которой включает формирование публичных денежных фондов, распределение и расходование средств этих фондов,

В некоторых случаях акцентируется внимание на существовании четвертой стадии движения публичных денежных средств, что соответственно обусловило бы и вывод относительно отдельной составляющей финансовой системы – контроля. Нам представляется, что на сегодня суще-

ствует больше аргументов, чтобы не делать такого вывода. Во-первых, когда мы характеризуем предложенную выше стадийную последовательность, то окончание предыдущей стадии означает начало следующей. Контрольные действия осуществляются на каждой из этих трех стадий, они являются обоснованной, необходимой их составляющей. Нельзя формировать публичные фонды и не контролировать своевременность, полноту поступления средств. И вообще нельзя представить распределение и использование публичных денег без соблюдения целевого их назначения. Во-вторых, когда выделяются стадии формирования, распределения и движения, основанием является изменение режима оборота средств. В то же время контроль не предполагает какое-либо новое, специфическое направление или форму движения средств. В-третьих, контролируемые действия отличаются специфической двойственностью, когда их можно рассматривать как сквозные (присутствуют на каждой стадии движения публичных средств), так и итоговые – на основании которых необходимо прийти к выводам о целесообразности, своевременности исполнения обязанностей и реализации прав на этом этапе.

Считаем очень важным замечание Д. В. Винницкого относительно того, что финансовая система состоит из самовоспроизводящихся элементов¹. Существование элементов фи-

¹ Винницкий Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и инновации / Д. В. Винницкий // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 9.

нансовой системы предусматривает ряд неразрывных связей их друг с другом. Но это не исключает и того, что каждая из составляющих финансовой системы является относительно законченным, самостоятельным механизмом. Безусловно, целостную конструкцию они образуют в совокупности, но это не исключает и автономного развития каждого. Именно это закладывает основание довольно своеобразного взгляда на систему финансового права.

Прежде чем перейти к характеристике и обоснованию представлений о системе финансового права, хотелось бы отметить дискуссионность этого направления вообще. Обсуждение состава системы права вообще прошло несколько этапов и продолжается до сих пор¹. Проблема системы права в этом контексте непосредственно связывалась с развитием и практическим функционированием права, нормативным его пониманием.

Одной из первых дискуссий о системе советского права (1938–1940 гг.) было обсуждение проблемы предмета правового регулирования как исходной основы формирования отраслей и критерия, который разграничивает их в целостном группировании системы права. Обосновывая основания существования отдельных отраслей права, целью этого обсуждения было выявление исходных критериев деле-

ния права на отрасли. Исходя из сложной дифференцированности общественных отношений, большинство исследователей предлагали исходить исключительно из предмета правового регулирования (М. М. Агарков, Д. М. Генкин, М. С. Строгович, В. С. Тадевосян, Е. А. Ровинский, С. С. Студеникина и др.).

Эта дискуссия разворачивалась в свете доклада А. Я. Вышинского на Всесоюзном совещании по вопросам науки советского государства и права. Он определил право как совокупность правил поведения, которые выражают волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаи и правила общежития, которые санкционированы государственной властью и применение которых гарантируется государственным принуждением в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений, в которых заинтересован господствующий класс². Итогом этой дискуссии стал вывод о принудительном характере права, в котором предпочтение отдается исключительно административно-командному методу управления обществом, обоснованию логичности и последовательности использования репрессий и санкций. Вместе с тем некоторые специалисты настаивали на учете при распределении права на отрасли не только содержания и характера общественных от-

¹ Мозолин В. П. Система российского права : (докл. на Всерос. конф. 14 нояб. 2001 г.) / В. П. Мозолин // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 107–108; Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. И. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 25–27.

² Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права, используемые при конструировании понятия отрасли права / А. Я. Вышинский. – М., 1949. – С. 84.

ношений, но и метода правового регулирования¹.

Акцентирование внимания исключительно на предмете правового регулирования дополнялось резкой критикой значения метода в механизме правового регулирования, единства предмета и метода при построении отрасли права. Такой подход рассматривался как принципиальный шаг в прошлое, отказ от разграничения публичного и частного права. Безусловно, эта дискуссия отражала состояние общественных отношений и не была способна в условиях тоталитарной системы управления ответить на многие актуальные вопросы. В то же время ею были заложены фундаментальные подходы к выяснению предмета правового регулирования, заложены принципиальные основы соотношения предмета и метода².

Вторая дискуссия о системе советского права (1956–1958 гг.) в большей степени сместила акцент на метод правового регулирования³. Относительно новым в ходе этой дискуссии стало обоснование и исследование как системообразующего субъективного фактора. Активное участие в обсуждении этих вопросов приняли такие специалисты, как М. Г. Александров, О. С. Иоффе, И. В. Павлов,

¹ Аржанов М. А. Предмет и метод правового регулирования в связи с вопросом о системе советского права / М. А. Аржанов // Сов. государство и право. – 1940. – № 8/9. – С. 48.

² Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. И. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 25.

³ Сов. государство и право. – 1956. – № 8, 9; 1957. – № 1–4; 6–7; 1958. – № 5, 11.

М. Д. Шаргородский, Б. В. Шейндлин и др. Достижением этого обсуждения стала характеристика метода правового регулирования как критерия, непосредственно связанного с характером и типом общественных отношений (предметом правового регулирования). Осталась позади характеристика метода как внешне обособленного, автономного относительно предмета регулирования. Сосредоточение внимания на исследовании именно проблем метода правового воздействия привело к детализации элементов его структуры. Ученые-юристы пришли к выводу о целесообразности разграничения отраслей с единственным методом регулирования (гражданским, уголовным, административным) и отраслей, которые используют полиэлементные методы правового воздействия (земельное, хозяйственное и т. д.). Исходя из предмета регулирования, можно было обосновать существование довольно широкого ряда правовых отраслей, но самостоятельность отрасли права предусматривала не только предметную специфику, но и соответствующий метод правового воздействия. Доказывалось, что отрасли права, объективно разграничиваясь, не дублируют, а взаимоисключают друг друга (М. Д. Шаргородский, О. С. Иоффе). Отраслевое регулирование не может быть охвачено общими положениями других отраслей, а предусматривает определение самостоятельных общих положений, присущих только данной отрасли права⁴.

⁴ Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. И. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 26.

Итогом третьей дискуссии о системе финансового права (1982 г.) оказалось расширение и увеличение количества системных факторов, которые используются для структурирования отраслей. Кроме предмета и метода к этой совокупности добавили принципы, состояние законодательства и т. д. Было отмечено, что система права включает: а) фундаментальные отрасли (государственное, административное, гражданское, уголовное, гражданско-процессуальное и уголовно-процессуальное право); б) другие основные отрасли (земельное, колхозное, финансовое, семейное, трудовое право и право социального обеспечения); в) комплексные отрасли права (банковское, хозяйственное, страховое, морское, природоохранное право)¹. Именно на этом этапе еще более обострилось противоречие относительно соотношения понятий «отрасль права», «отрасль законодательства», «учебная дисциплина», сложились очень непростые принципы корректировки и совершенствования системы законодательства.

В ходе этой дискуссии сформировались принципиальные подходы относительно реформирования системы права по содержанию². Некоторые специалисты (В. Д. Сорокин, В. В. Лаптев, В. К. Мамутов и др.) предлагали отказаться от метода регулирования как критерия структурирования системы

права. Другие (В. Г. Беляев, В. Н. Кудрявцев, М. И. Коржанский и др.) предлагали обратиться к другим признакам, отказавшись от предмета и метода как критериев отраслевой дифференциации. Некоторые (Р. З. Лившиц, Ц. А. Ямпольская и др.) видели бесперспективность такой дискуссии, исходя из того, что отраслей в праве не существует и от этого следует отказаться, остановившись на исследовании вопросов системы законодательства и отраслей законодательства. Несмотря на такое расхождение представлений, в ходе этой дискуссии пришли к целому ряду определенных этапных выводов, которые обогатили анализ юридических особенностей отраслей права как дополнительных критериев дифференциации. Активно предлагалось и применение наряду с методом правового регулирования как отдельного элемента понятия юридического режима.

Определяя систему права, опираются на то, что она представляет собой взаимосвязанные и взаимодействующие правовые общности, которые в своей регулятивной направленности опираются на совокупность конституционных предписаний³. Система права рассматривается как один из важнейших факторов, раскрывающих объективно существующие закономерности общественного развития. «Система права по его содержанию – это внутренняя структура права, соответствующая характеру общественных отно-

¹ Алексеев С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – М., 1981. – Т. 1. – С. 247–259.

² Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. И. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 26.

³ Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. И. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 29.

шений, подлежащих регулированию»¹. Исходя из того, что система предполагает структурирование на принципах единства природы правовых норм, по этим же основаниям можно осуществлять исследование и системы финансового права. В этой ситуации, безусловно, речь будет идти о единстве, которое базируется на единой природе норм, обеспечивающих финансово-правовое регулирование, и таком единстве, которое объективно обуславливает взаимосвязанные внутренние составляющие: финансово-правовая норма – финансово-правовой институт – подотрасль финансового права.

Сегодня исследование системы финансового права уже осуществляется на определенных итоговых выводах о системе права вообще. Относительно этого было несколько концепций, согласно которым система права рассматривалась: а) как система принципов и учебных дисциплин, б) как система информации². Согласно первому подходу основанием формирования системы права был субъективный фактор, суждения субъективного порядка относительно содержания системы права. Исходя из этого совершенствование системы права сводилось к согласованию предметов преподавания правовых дисциплин. Лишь

¹ Оніщенко Н. М. Співвідношення права, правової системи і держави / Н. М. Оніщенко // Держава і право : зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – Вип. 16. – С. 9.

² Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) / О. А. Красавчиков // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 63–67.

позже, в 50–60-х гг., система права стала рассматриваться как объективная, социальная реальность³.

Характеристика системы права через информационные основы базировалась на том, что, во-первых, представление о системе права еще не означает истинного состояния, во-вторых, на логичности включения в юридическую науку принципов и положений теории систем. Системный подход приобретал в этой ситуации надотраслевое значение. При отсутствии общего определения системы в качестве последних выделялись самые разнообразные объекты. Они характеризовались рядом признаков: сложность объекта, целостность, способность распределяться на подсистемы, быть элементом системы более высокого порядка, образовывать особое единство с окружением⁴. Исходя из этого систему права можно было бы характеризовать как некое упорядоченное множество знаков, под которыми понимаются средства воздействия одного организма на поведение или состояние другого в коммуникативной ситуации⁵. При таком подходе, делал вывод А. А. Красавчиков, «от властного содержания права как не-

³ Алексеев С. С. Общие теоретические проблемы системы советского права / С. С. Алексеев. – М., 1961. – С. 8; Общая теория советского права / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко. – М., 1966. – С. 316.

⁴ Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) / О. А. Красавчиков // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 66–67.

⁵ Черри К. Человек и информация (критика и обзор) / К. Черри. – М., 1972. – С. 348–352.

кой совокупности норм в конечном счете ничего не остается. Есть знаки, есть семиотика, семантика, информация, коммутация, но права, а соответственно, и его системы нет»¹.

Попытки создать логически окончательную модель системы права, в рамках которой согласованы все его составляющие, которые не противоречат друг другу, были во все времена и существуют и сегодня². В то же время, представляется, что вряд ли это может быть окончательно достигнуто в законченном виде. Принципиальным основанием такого явления, на наш взгляд, является динамизм как нормативно-правового акта, так и системы права в целом. Динамизм общественных отношений, их непредсказуемо интенсивный рывок в развитии или, наоборот, торможение приводит к расхождению содержания правового предписания с теми отношениями, на регулирование которых он направлен. Это усиливается и многоаспектностью связей в системе права, которые очень сложно оперативно предусмотреть и переделать. Именно поэтому анализ как системы права в целом, так и системы отдельной отрасли, по нашему мнению, должен осуществляться постоянно.

Следует согласиться по поводу этого с представлением Н. Ю. Пришвы, что финансовое право как отрасль права является сложным поли-

структурным динамичным образованием. «Правоотношения по поводу финансов отражают экономические общественные отношения, поэтому изменения в развитии страны непосредственно повлияли и на процесс структуризации этой отрасли. Увеличивается массив финансово-правовых норм, расширяется и детализируется круг общественных отношений, подпадающих под предмет финансово-правового регулирования. Формируются новые финансово-правовые институты, отдельные финансово-правовые институты в связи с изменением в регулировании соответствующих общественных отношений утрачивают свою актуальность и прекращают существование»³.

Динамический аспект развития системы финансово-правовых норм обуславливает два направления анализа. С одной стороны, финансовое право выступает единой, целостной системой. С другой стороны, каким образом современные динамичные тенденции должны способствовать и обуславливать появление новых образований в финансово-правовой отрасли и есть ли основания превращения их со временем в самостоятельные отрасли права. «Возникновение новых отраслей права может быть сведено к двум основаниям: 1) распространение правовой регламентации на ту часть социальной действительности, которая раньше не была объектом правового регулирования, 2) отграни-

¹ Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) / О. А. Красавчиков // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 68.

² Венгеров А. Б. Теория государства и права / А. Б. Венгеров. – М., 2000. – С. 375–376.

³ Пришва Н. Ю. Місце правового регулювання державних доходів в системі фінансового права / Н. Ю. Пришва // Наук. вісн. Чернів. ун-ту. – 2003. – Вип. 172 : Правознавство. – С. 75.

чение от одной или нескольких отраслей права взаимосвязанных совокупностей норм (правовых институтов), которые приобрели качественно новые качества»¹.

Касательно системы финансового права первая возможность реализовывалась в развитии совокупности налогово-правовых норм. Появление качественно новой разновидности общественных отношений, которые отражали взимание налогов и сборов на рубеже 80–90-х гг. XX в., обусловило формирование института налогового права в рамках финансово-правовой отрасли и развитие его на сегодня до уровня сложно структурированной подотрасли финансового права. Во времена СССР налоговые отношения не нужно было обеспечивать сложным механизмом правового регулирования, именно поэтому налоговое право в системе советского финансового права существовало как простой институт (и то лишь на позднем этапе развития советского государства).

Относительно второго направления отраслевого образования в контексте анализа перспектив развития системы финансового права отметим следующее. Схожие по содержанию позиции высказываются современными исследователями. «Иногда однотипные общественные отношения на основании особых задач правового регулирования могут потребовать отдельного правового регулирования. Именно эти обстоятельства, напри-

мер, обусловили появление в правовых системах ряда государств особых отраслей права – налогового уголовного права и налогового уголовно-процессуального права»². Прежде всего сложно понять, что подразумевает автор под понятием «особые отрасли права». Фактически в этом случае подчеркивается появление самостоятельных правовых образований (подотраслей или отраслей), если исходить из реализации задачи «обособленного правового регулирования». Но вышеизложенный подход порождает больше вопросов, чем дает ответов. К тому же мы можем согласиться с тем, что возникают или развиваются общественные отношения, которые требуют межотраслевого регулирования, – на грани налогового права, уголовного права, уголовно-процессуального права. В то же время предмет влияния этих отраслей в рамках единых общественных отношений должен четко разграничиваться, что обусловит и рациональное определение границ между этими отраслями, а вовсе не сочетание их в единую систему. И наконец, Д. В. Винницкий как особую отрасль права выделяет сферу правового регулирования, которая связана с налоговыми деликтами, и делает это путем объединения налогового и уголовного права. Но, нам кажется, что при таком подходе исчезла еще одна составляющая – административные деликты. Мы считаем, что более логично рассматривать эту си-

¹ Поленина С. В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права / С. В. Поленина // Правоведение. – 1975. – № 3. – С. 71.

² Винницкий Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и инновации / Д. В. Винницкий // Фин. право. – 2006. – № 8. – С. 10.

туацию как сферу общественных отношений, связанных с нарушениями норм налогового законодательства, что порождает уголовную, административную и налоговую ответственность. Еще больше обогащается механизм правового регулирования в этом направлении с учетом процессуальных аспектов этих отношений (уголовно-процессуальные нормы и процессуальные нормы, регулирующие соответствующие административные и налоговые процедуры).

Считаем, что в ближайшее время вряд ли можно отмечать то, что какой-нибудь институт финансового права объединится с отдельными институтами иной отрасли права и это приведет к появлению нового отраслевого образования. Финансовое право имеет очень своеобразный предмет правового регулирования, что обуславливает четко отделенную автономную группу однородных финансово-правовых норм. Безусловно, определенная граница существует фактически со всеми отраслями права, но не такая, на основании которой может развиваться новое отраслевое образование.

В этом контексте отметим, что предмет регулирования как один из критериев разграничения отраслей, подотраслей, институтов никто не отменял. И сегодня нет аргументированных предложений сделать это или каким-то образом принципиально скорректировать эту ситуацию. Именно поэтому более целесообразный путь – это согласованное сопоставление, упорядочение норм различных отраслей права, которые направлены

на регулирование похожих по содержанию общественных отношений.

В этой ситуации очень важным становится «вопрос о размерах и параметрах отраслеобразующей “критической массы” нормативного материала. Важнейшим показателем преобразования группы взаимосвязанных “смежных” институтов в новую отрасль права должно быть появление новых, присущих только данной группе институтов понятий и конструкций, а также формирование общей части, содержащей принципы и исходные основания, которые распространяются в равной мере на все отношения, регулируемые этой отраслью»¹. Таким образом, безусловным признаком появления в пределах финансово-правовой отрасли института, который превращается в подотрасль или в перспективе в отдельную отрасль, является не только количественное накопление финансово-правовых норм, но и качественное преобразование, сложное структурирование уже существующих норм, а также тех, которые должны приниматься. Одним из ярких примеров этого, на наш взгляд, является развитие бюджетного и налогового права как финансово-правовых подотраслей.

Еще одно замечание относительно перспектив дальнейшего структурирования финансово-правовой отрасли – скорость таких процессов. Стремительное развитие, осложнение общественной трансформации, кар-

¹ Поленина С. В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права / С. В. Поленина // Правоведение. – 1975. – № 3. – С. 77.

динальные государственные преобразования – все это обуславливает и активное регулирование соответствующих правовых механизмов. Именно в такое время эволюционное поступательное развитие системы права требует определенных революционных толчков. Распад Советского Союза, образование независимых государств из бывших республик СССР обусловило появление качественно новых направлений правового регулирования. Опять же возвращаемся к тому, что именно в этот период начало активно развиваться налогово-правовое регулирование. Именно поэтому в таких условиях и формируются основания более динамичного развития и возникают новые институты и отрасли, тогда как эволюционный путь направлен в основном на качественное совершенствование, постепенное изменение существующих отраслей и институтов.

«Отрасль финансового права регулирует весь род общественных отношений в сфере публичных финансов. Формально-логическая целостность и завершенность институтов финансового права именно и позволяют легко объединять их в разделы и подотрасли финансового права, а в зависимости от осуществляемых ими функций относить те или иные институты финансового права к его общей или особенной части. То есть в целом система финансового права имеет сложную разветвленную структуру, обусловленную не менее сложной системой институтов публичных финансов. Финансовое право как явление интегративное является системой са-

модостаточных и автономных институтов, в которых вполне проявляется и одновременно содержится внутренняя активность и своеобразие финансово-правовой материи»¹. Хотелось бы обратить внимание на целесообразность дальнейшего выяснения нескольких вопросов этого утверждения.

Действительно, финансовое право является сложным явлением, но как оно должно состоять из финансово-правовой материи и что это такое вообще – понять трудно. Видимо, речь идет все же о финансово-правовых нормах, а предложение по их замене в виде «финансово-правовой материи» может лишь внести неясность. К тому же трудно согласиться с самодостаточностью и автономностью институтов в рамках финансово-правовой сферы. Самодостаточностью отличаются отраслевые образования, которые могут образовать законченную систему норм, влияющих на регулирование однородных отношений. В рамках института этого не происходит. Кроме того, очень приблизительно выглядит обусловленность разветвленной структуры системы финансового права сложной системой институтов публичных финансов. Система финансового права и финансовая система действительно соотносятся определенным образом, но совсем не так, что отдельный элемент финансовой системы обуславливает наличие соответствующего института или подотрасли системы фи-

¹ Вакарюк Л. В. Системні принципи інститутів фінансового права (з позицій діяльничого підходу) / Л. В. Вакарюк // Наук. вісн. Чернів. ун-ту. – 2005. – № 273. – С. 77–78.

нансового права. Существует ряд финансово-правовых институтов, регулирующих отношения на грани институтов финансовой системы или направляющих влияние лишь на часть такого института.

И наконец, относительно внутреннего структурирования элементов системы финансово-правовой сферы. Трудно сегодня найти убедительные аргументы относительно существования подразделения в системе финансово-правовой отрасли. Нам представляется, что для построения эффективного правового воздействия хватает конструкции финансово-правовой отрасли, которая включает институты и подотрасли. В контексте этого в позиции автора трудно найти аргументы относительно природы и структуры общей части финансового права, существование которой в современных условиях доказать сложно.

Методологическое значение вопроса о системе финансового права состоит в том, что научно обоснованная структура этой системы может быть положена в основу кодификации налогового законодательства. Е. А. Ровинский справедливо подчеркивал, что «главной целью исследования проблем Общей и Особенной частей финансового права должно быть совершенствование и кодификация финансового законодательства, приведение норм финансового права в соответствие с теми изменениями, которые произошли за последние годы в финансовых отношениях»¹.

¹ Ровинский Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е. А. Ровинский. – М. : Юрид. лит., 1960. – С. 96.

Система финансового права строится за счет соответствующих структурных единиц. «Общественные отношения согласуются между собой, исходя из разных оснований, которыми являются признаки и качества различных видов человеческой деятельности – интересы, цели, задачи их участников (сторон) и другие. Упорядоченность общественных отношений является реальным основанием их классификации на определенные таксономические единицы. Например, в состав экономических отношений входят финансовые отношения, которые включают в себя отношения бюджетные, а среди последних можно выделить отношения, которые складываются при формировании и исполнении местных бюджетов»². Такая многогранность общественных отношений, являющихся предметом финансово-правового регулирования, обуславливает и очень сложное построение структурных элементов этой отрасли. Система финансового права, на наш взгляд, на современном этапе включает:

а) простой финансово-правовой институт – наиболее элементарное группирование финансово-правовых норм по соответствующему признаку (отдельная стадия бюджетного процесса по определенному виду бюджета; отдельный вид налога или сбора и т. д.);

б) сложный финансово-правовой институт – объединение нескольких

² Сильченко Н. В. Проблемы предмета правового регулирования / Н. В. Сильченко // Государство и право. – 2004. – № 12. – С. 62.

простых финансово-правовых институтов. Он регулирует более значимые отношения, которые можно структурировать по отдельным направлениям, что является предметом влияния простых финансово-правовых институтов (например, институт бюджетного процесса, государственного бюджета, местных бюджетов, косвенных налогов, налогов с физических лиц и др.);

в) комплексный финансово-правовой институт, охватывающий совокупность однородных финансово-правовых норм, которые входят в различные институты или подотрасли финансового права (например, институт доходов государственного бюджета, формируемый путем объединения бюджетно-правовых норм и налогово-правовых норм, обеспечивающих поступление в бюджет налогов и сборов);

г) подотрасль финансового права как специфическую, относительно обособленную группу финансово-правовых норм и институтов.

Необходимо учитывать, что в систему финансового права входят все эти образования, но каким образом они соотносятся – следует определять в каждом отдельном случае. Возможны разные ситуации. Во-первых, простой институт может непосредственно входить составным элементом

в систему финансового права, не опосредуя собой участие как составляющей подотрасли или иного института. Во-вторых, простой институт занимает место в системе финансового права опосредованно через участие в сложном финансово-правовом институте или в подотрасли. В-третьих, простые финансово-правовые институты могут выступать как составные институтов на грани институционального или подотраслевого регулирования и составлять комплексный финансово-правовой институт.

Не претендуя на окончательное решение проблемы построения системы финансового права, вместе с тем мы убеждены в том, что модель системы финансово-правовой отрасли, которая была общепринятой в советский период, объективно не способна быть основой кодификации налогового законодательства. Основанием для такого вывода считаем то, что ряд традиционно выделяемых в системе особенной части финансового права институтов по своей природе не являются финансово-правовыми, поскольку отношения, ими регулируемые, не входят в предмет финансово-правового регулирования.

Опубликовано: Очерки финансово-правовой науки современности : монография / под общ. ред. Л. К. Вороновой и Н. И. Химичевой. – М. ; Харьков : Право, 2011. – С. 68–94.

Н. Нижник, член-корреспондент НАПрН Украины, заслуженный юрист Украины, заведующая отделом мониторинга эффективности законодательства Института законодательства Верховной Рады Украины;

О. Муза, кандидат юридических наук, старший консультант отдела мониторинга эффективности законодательства Института законодательства Верховной Рады Украины

Актуальные вопросы дисциплинарной ответственности государственных служащих в Украине

Постановка проблемы в общем виде и ее связь с важными научными и практическими заданиями. Одной из ключевых проблем эффективной работы органов публичной администрации в Украине является реформирование института государственной службы. Современное административное право и государственное управление требуют изменений устоявшихся подходов относительно понимания функций и задач государственного аппарата и его органов. Для того чтобы реализовать Украиной взятые на себя обязательства перед международными институциями, нужно

шаг за шагом реформировать институты публичной власти и публичного управления в Украине. К числу таких мероприятий можно отнести пересмотр основных принципов прохождения государственной службы и, в частности, обращение внимания на особенности дисциплинарной ответственности государственных служащих.

Формулировка целей статьи. Констатируем, что административная реформа 1998 года (разработанная выдающимися украинскими учеными-административистами и утвержденная отдельным Указом Президента

Украины 22 июля 1998 года) не нашла своего полного отображения как в законодательстве Украины, так и на практике властно-управленческих отношений. Поэтому одно из главных заданий в настоящее время действующей украинской власти – решение пакета вопросов, связанных со стабильным и правообеспечивающим функционированием отношений «гражданин-государство». Одним из аспектов такого государственного реформирования должно стать устранение условий и причин, которые способствуют совершению должностными и служебными лицами дисциплинарных проступков, общего распространения коррупционных проявлений и выработка в этой связи ряда мероприятий общегосударственного масштаба.

Изложение основного материала исследования с полным обоснованием полученных научных результатов. Государственная служба в Украине занимает специфическое место в системе административно-правового регулирования, поскольку регулирует общественные отношения, возникающие между государством и гражданами Украины, которые стремятся реализовать свое право на государственную службу. Кадровое обеспечение государственной службы является одной из важных составляющих нормальной работы государственного органа. Однако наполняемость кадрами государственного органа не означает на практике получения качественных показателей работы. Перед государством стоит важное задание на пути реформирования управленче-

ской сферы – подготовка высокопрофессиональных кадров для государственной службы. Только осознание ими своего назначения в сфере государственного регулирования, государственного влияния и государственного контроля способно изменить общественные взгляды на роль государственного служащего в системе государственной власти.

Закон Украины «О государственной службе» четко определил, что государственный служащий должен добросовестно выполнять свои служебные обязанности, уважительно относиться к гражданам, руководителям и сотрудникам, придерживаться высокой культуры общения, не допускать действий и поступков, которые могут навредить интересам государственной службы или негативно повлиять на репутацию государственного служащего (речь идет об этике поведения государственного служащего). Однако одной из главных обязанностей государственного служащего является содействие осуществлению прав, свобод и интересов человека и гражданина, их гарантирование и правовая защита.

Известно, что функционирование государственного аппарата в соответствии с требованиями конституционного строя, установленного Конституцией Украины, требует от государственных служащих четкого и неуклонного соблюдения Основного закона, в котором прописаны базовые принципы организации общественного строя и публичной власти, функционирования механизма защиты прав, свобод и интересов человека

и гражданина. В этих конституционных измерениях государственный орган должен выполнять возложенные на него задания в строгих рамках, установленных законом, и в соответствии с определенным Конституцией Украины правовым порядком (ст. 19). Лишь тогда государственная служба будет приобретать государственно-правовые качества, иметь публично-сервисный характер.

Еще одним аспектом работы государственного служащего, что подчеркивает особенный характер его правового статуса, является деятельность, проявляющаяся в действиях, которыми государственный служащий выполняет задания и функции, возложенные на государственный орган, т. е. на государство. Таким образом, государственный служащий является непосредственно тем лицом в государственном механизме, который воплощает на практике управленческие решения. Качество таких решений зависит от квалификации государственного служащего, умения быстро реагировать на поставленные задания, учитывать потребности времени.

Вопрос о привлечении государственных служащих к дисциплинарной ответственности регулируется Законом Украины «О государственной службе», трудовым законодательством Украины и специальными дисциплинарными уставами (положениями).

Основанием дисциплинарной ответственности государственных служащих является дисциплинарный проступок, который связан с невыполнением или неподобающим выполне-

нием возложенных на служебное лицо служебных обязанностей, а также если действия такого лица привели к нарушению прав и свобод человека и гражданина, интересов других частных лиц/организаций. Однако Законом Украины «О государственной службе» четко не определено понятие дисциплинарного проступка, а также не приведены составы таких проступков.

К государственным служащим могут применяться такие меры дисциплинарного влияния, как предупреждение о неполном служебном соответствии и задержка до одного года в присвоении очередного ранга или в назначении на высшую должность. Кодексом законов о труде Украины предусмотрено применение таких двух дисциплинарных взысканий, как выговор и увольнение.

Целью таких мер дисциплинарного воздействия является охрана прав и свобод человека и гражданина, сферы государственного управления от противоправных посягательств.

Перечисленные выше меры пресекающего характера, которые применяются к государственным служащим, играют как защитную роль в конкретном случае, так и роль общей и специальной превенции относительно государственных служащих в целом. Таким образом, противоправные деяния государственных служащих предусматривают не только привлечение их к дисциплинарной ответственности, но и через систему дисциплинарных взысканий возникает институциональная возможность влиять на повышение уровня государственного

управления, обеспечивать надлежащий уровень исполнительской деятельности (дисциплины), гарантировать профессиональный уровень выполнения государственными органами своих заданий и функций. При этом правовое регулирование дисциплинарной ответственности государственных служащих нормами трудового права не соответствует современным подходам к реформированию публичной власти и публичной службы в Украине. Необходимо на законодательном уровне систематизировать нормы, которые определяют дисциплинарную ответственность государственных служащих.

Дисциплинарные взыскания применяются к государственному служащему за невыполнение или неподобающее выполнение служебных обязанностей, превышение своих полномочий, нарушение ограничений, связанных с прохождением государственной службы, а также за поступок, который порочит его как государственного служащего или дискредитирует государственный орган, в котором он работает. Отсюда вытекает, что Законом Украины «О государственной службе» определены формальные основания для привлечения государственных служащих к дисциплинарной ответственности.

Нарушения, возникающие во время выполнения государственным служащим своих служебных обязанностей, носят двойную юридическую природу, поскольку идет речь о посягательстве государственного служащего-нарушителя как на трудовую дисциплину, так и на служебную. При

этом следует учитывать, что трудовая дисциплина предусматривает неуклонное соблюдение трудовых правил, норм, установленных как на уровне трудового законодательства, так и в пределах отдельного трудового коллектива в порядке, установленном законом. В свою очередь служебная дисциплина, которая предусматривает соблюдение государственным служащим соответствующих требований, установленных законодательством Украины о труде, создает определенные служебные поведенческие рамки государственного служащего в государственном органе при подготовке и внедрении в жизнь управленческих решений, выполнении своих служебных обязанностей. То есть следует говорить о влиянии субординационного метода регулирования административно-правовых отношений в сфере государственной службы. Таким образом, в отличие от тех категорий специалистов, работников, чьи трудовые обязанности определены трудовым законодательством, дисциплина государственных служащих имеет ряд специфических признаков, которые вытекают из сферы государственной службы. За счет этого происходит превращение трудовой дисциплины в служебную, что таким образом отображается в особенном порядке привлечения государственных служащих к дисциплинарной ответственности. Стоит отметить, что служебную дисциплину предлагают также рассматривать как элемент служебной этики государственных служащих, хотя, по нашему мнению, такой подход является несколько упрощен-

ным и спорным, поскольку этика государственного служащего не всегда предусматривает в себе «чисто» управленческий аспект выполнения служебных обязанностей.

Дисциплинарная ответственность отдельных групп государственных служащих предусмотрена не только нормами Кодекса законов о труде Украины, но и специальными дисциплинарными уставами и положениями (Дисциплинарный устав прокуратуры Украины, Дисциплинарный устав органов внутренних дел Украины, Дисциплинарный устав таможенной службы Украины, Дисциплинарный устав Вооруженных Сил Украины, Дисциплинарный устав службы гражданской защиты и др.). Считаем, что существование, кроме Закона Украины «О государственной службе», специальных дисциплинарных уставов не играет позитивной роли как при привлечении к дисциплинарной ответственности таких лиц, так и в борьбе с коррупционными проявлениями, поскольку многочисленность правовых норм, правил, которые закрепляют порядок привлечения к дисциплинарной ответственности государственных служащих, условно разделяет государственную службу на общую и специальную, то есть такую, которая реализует функции государства в той или другой сфере. Кроме того, дисциплинарные уставы не являются сами по себе законами. Это противоречит конституционным предписаниям, где приведен перечень вопросов, которые определяются исключительно законами Украины: одним из таких вопросов яв-

ляется организация и деятельность органов исполнительной власти, основы государственной службы (п. 12 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины).

Сегодня в научной литературе ведется дискуссия относительно расширения системы дисциплинарных взысканий, применяемых к государственным служащим. В частности, предлагаются такие новые виды дисциплинарных взысканий как:

- 1) предупреждение;
- 2) строгий выговор;
- 3) исключение из кадрового резерва на замещение высшей должности;
- 4) увольнение со службы без права возобновления на государственной службе.

Зарубежный опыт организации государственной службы свидетельствует, что самыми распространенными видами дисциплинарных взысканий являются:

- 1) предупреждение или замечание;
- 2) выговор;
- 3) задержка повышения в ранге на определенный срок;
- 4) увольнение.

Однако есть и другие виды дисциплинарных взысканий, предусмотренные в законодательстве зарубежных стран (строгий выговор, запрещение занимать высшие должности и др.).

Отдельно предлагают внедрить в Украине такой вид дисциплинарного взыскания как штраф.

Поддерживая европейские стремления Украины, а также учитывая обязательство нашего государства перед европейскими структурами относительно реформирования государст-

венного аппарата и изменения подходов в административно-правовом регулировании властно-управленческих отношений, при изменении или введении новых видов дисциплинарных взысканий, которые будут применяться к государственным служащим, следует учитывать следующее:

1) изменение мероприятий дисциплинарного влияния к государственным служащим должно происходить в ходе комплексного реформирования института государственной службы; дисциплинарную ответственность следует рассматривать как следствие невыполнения или неподобающего выполнения государственным служащим возложенных на него заданий и функций;

2) в Украине отсутствует единый нормативно-правовой акт, который регулирует весь перечень вопросов государственной службы; кроме того, на научном уровне достаточно активно используется понятие «*публичная служба*» (*public service*), которое выходит за рамки правового регулирования исключительно института государственной службы (речь идет о дипломатической службе, работе прокуроров, судей и т. п.);

3) на отдельные виды государственной службы распространяется действие специальных дисциплинарных уставов.

Президентский законопроект «О государственной службе» № 3171-VI от 25 марта 2011 года предусматривает такие виды дисциплинарных взысканий:

- 1) объявление выговора;
- 2) задержка до одного года в присвоении очередного ранга государственного служащего;

3) предупреждение о неполном служебном соответствии;

4) увольнение.

Таким образом, соглашаемся с идеей о расширении системы мер дисциплинарного влияния, которые применяются к государственным служащим. Это будет способствовать выделению дисциплинарных проступков и дифференциации их по отношению к дисциплинарным взысканиям. Однако при этом необходимо учитывать особенности административно-правового регулирования института государственной службы в Украине и организации государственной власти в целом.

Относительно процедуры привлечения государственных служащих к дисциплинарной ответственности следует указать следующее. Статья 22 Закона Украины «О государственной службе» определяет лишь общие положения отстранения государственного служащего от выполнения должностных полномочий. Невыполнение служебных обязанностей, что привело к человеческим жертвам или причинило значительный материальный или моральный вред гражданину, государству, предприятию, учреждению, организации или объединению граждан, является основанием для отстранения государственного служащего от выполнения должностных полномочий с сохранением заработной платы. Решение об отстранении государственного служащего от выполнения должностных полномочий принимается руководителем государственного органа, в котором работает этот служащий. Длительность отстранения от выполнения должностных

полномочий не должна превышать время служебного расследования. Служебное расследование проводится в срок до двух месяцев в порядке, определенном Кабинетом Министров Украины (Постановление Кабинета Министров Украины № 950 от 13 июня 2000 года). Поэтому необходимо в новом Законе Украины «О государственной службе» отдельным разделом выписать особенности производства по делам о привлечении к дисциплинарной ответственности государственных служащих.

Отдельно следует выразить замечание к Закону Украины «О государственной службе» в части неопределенности состава дисциплинарных проступков. Основания для привлечения к дисциплинарной ответственности государственных служащих выясняет руководитель государственного органа. В частности, при выборе вида взыскания руководитель государственного органа должен учесть ряд факторов:

- 1) степень тяжести совершенного проступка;
- 2) причиненный нарушителем вред;
- 3) обстоятельства, при которых совершен проступок;
- 4) предыдущая деятельность служащего.

В таком случае следует говорить об административной (управленческой) дискреции руководителя государственного органа. При таких обстоятельствах вести речь об объективном ходе служебного расследования не следует. Законодательством Украины о государственной службе должно

быть определено, за что и в каких случаях руководитель государственного органа вправе применить к государственным служащим дисциплинарные взыскания.

Одним из путей обновления законодательства Украины в сфере государственной службы является принятие Кодекса поведения государственных служащих. Регулирование этики поведения государственных служащих на уровне ст. 5 Закона Украины «О государственной службе» является недостаточным. Избрание именно Кодекса поведения государственных служащих как единственного кодифицированного акта в сфере государственной службы свидетельствует о необходимости проведения результативного процесса систематизации правовых норм, которые регулируют статику и динамику института государственной службы. Тем более что разработка и принятие такого Кодекса рассматривалась как одна из составляющих правового обеспечения проведения административной реформы в Украине.

Круг правовых отношений, которые должны быть урегулированы Кодексом поведения государственных служащих (предмет Кодекса), можно очертить так – стандарты и нормы поведения и этики государственных служащих, гарантии их соблюдения и ответственность за их нарушение. В Кодексе необходимо обязательно предусмотреть важнейшие требования к поведению государственных служащих, сформировать принципиально новые подходы относительно определения правового статуса госу-

дарственного служащего, определения служебной дисциплины. Отдельно в этом Кодексе должен быть определен исчерпывающий перечень дисциплинарных взысканий, которые применяются к государственным служащим.

Принятие и введение в действие Кодекса поведения государственных служащих будет способствовать увеличению прозрачности работы государственных служащих, а также откроет путь общественному контролю над управленческими решениями, которые принимаются государственными служащими. Это будет служить индикатором уровня коррупционных деяний, поскольку улучшится возможность мониторинга работы конкретного государственного органа и государственного служащего. Таким образом, появятся новые методы оценки эффективности государственного управления в Украине.

Анализ законодательных положений, которые касаются особенностей дисциплинарной ответственности государственных служащих, свидетельствует о специальном характере такой ответственности. Утверждаем, что дисциплинарная ответственность является действенной мерой противодействия и предупреждения коррупции в Украине, поскольку не только способствует выявлению коррупционных деяний, но и на начальном этапе такого нарушения дает возможность выявить профессиональные качества государственного служащего, его способность выполнять сложную работу в сфере исполнительно-управленческой деятельности. Дисциплинарная

ответственность воспитывает государственного служащего, выстраивает четкие пределы субординационных отношений в пределах конкретного государственного органа и обеспечивает контроль за процедурой принятия решений государственным служащим и их выполнением.

Таким образом, институт дисциплинарной ответственности государственных служащих посредством мер дисциплинарного влияния уменьшает количество возможных коррупционных правонарушений и, как следствие, влияет на рост эффективности государственного управления, повышение авторитета органов государственной власти в решении важных проблем общественного развития. За счет безоговорочного соблюдения государственным служащим Конституции и законов Украины уменьшается возможность постороннего влияния на принятие управленческих решений со стороны частных лиц/организаций.

Выводы из данного исследования и перспективы последующих разработок в данном направлении. Организация в Украине профессиональной государственной службы является одним из основных заданий на пути реформирования органов публичной администрации. Неотчуждаемость прав и свобод человека и гражданина, их гарантии и правовая защита – основные критерии построения новых взаимоотношений в системе властно-управленческих отношений. Деятельность государственных служащих в полной мере должна быть направлена на поддержание правового порядка в обществе через эффективные меха-

низмы выполнения своих заданий и обязанностей.

Обновление содержания правовых норм о дисциплинарной ответственности государственных служащих является определяющим в обеспечении прозрачности и открытости работы государственных органов, формировании качественных показателей выполнения служебных обязанностей.

В новом Законе Украины «О государственной службе» должен быть расширен круг правового регулирования порядка привлечения государственных служащих к дисциплинарной ответственности, а именно: определение оснований дисциплинарной ответственности и конкретных составов дисциплинарных проступков (в частности, конкретизация действий государственных служащих, которые составляют объективную сторону дисциплинарного проступка), обозначение полномочий руководителя государственного органа в части принятия решений во время служебного рассле-

дования, внедрение механизмов вневедомственного контроля во время дисциплинарного производства, обеспечение права государственного служащего на защиту, разумное расширение действующего перечня дисциплинарных взысканий.

Необходимым является принятие Кодекса правил поведения государственных служащих. Принятие такого Кодекса в позитивном плане наследовало бы лучшие европейские традиции организации публичной службы. Кодекс определил бы не только требования к поведению государственного служащего в отношениях с частными лицами/организациями, но и установил бы этические правила для государственного служащего во внутренне-организационных отношениях, в которые вступает последний, находясь в штате государственного органа.

Опубликовано: Вісн. Вищ. адм. суду України. – 2011. – № 3. – С. 48–55.

Н. Пришва, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой финансового права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Вопросы усовершенствования налогового законодательства Украины

Проблемы налогообложения, развития налогового законодательства постоянно находятся в центре внимания украинских ученых. Правовые вопросы построения налоговой системы, осуществления налоговых процедур, совершенствование правового механизма взимания отдельных видов налогов успешно исследуются украинскими учеными – Л. К. Вороновой, Н. П. Кучерявенко, И. Е. Криницким, М. А. Перепелицей, А. О. Храбровым, А. А. Головашевичем, М. В. Жернаковым, В. В. Хохуляк и др.

К сожалению, законодатель не всегда прислушивается к выводам представителей юридической науки, что в конечном итоге негативно сказывается на содержании принятых нормативно-правовых актов в сфере налогообложения, допускает наличие коллизионных норм.

Около двадцати лет украинское государство шло к принятию Налогового кодекса Украины. Были подготовлены десятки проектов Налогового кодекса, часть из которых прошла

обсуждение в Верховной Раде Украины, проведены сотни «круглых столов» и научных конференций, посвященных этой проблеме.

С 1 января 2011 г. вступил в законную силу Налоговый кодекс Украины, принятый 2 декабря 2010 г.¹ С его принятием завершился определенный этап в развитии налогового законодательства Украины. Несмотря на множество недоработок, противоречий, имеющих в Налоговом кодексе, все же следует отметить, что его принятие – это важное явление в развитии законодательства Украины.

Впервые за двадцать лет независимой Украины законодатель:

1) упорядочил в одном нормативно-правовом акте нормы, регулирующие взимание всех видов налогов, определил процедуру налогового администрирования, закрепил основы финансовой ответственности за нарушение налогового законодательства, определил основы конструкции нало-

¹ Податковий кодекс України. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 496 с.

га. Десятки законов, регулирующих взимание налогов в Украине, заменены одним актом – Налоговым кодексом Украины;

2) сформулировал определение налога. В соответствии со ст. 6 Налогового кодекса Украины под налогом понимают «обязательный, безусловный платеж в соответствующий бюджет, взимаемый в соответствии с Налоговым кодексом»;

3) отделил от налога такой вид обязательного платежа как сбор. Ранее в Законе Украины «О системе налогообложения» было закреплено общее определение для всех обязательных платежей – налога, сбора, взноса, платы, в котором фактически не проводилось различия между этими понятиями. Ныне сбор определяют как обязательный платеж в соответствующий бюджет, взимаемый с плательщиков при условии получения ими специальной выгоды, в том числе вследствие совершения в пользу таких лиц государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и лицами юридически значимых действий;

4) впервые были определены обязательные элементы налога, к которым законодатель относит налогоплательщиков, объект налогообложения, базу налогообложения, ставку налога, порядок начисления налога, налоговый период, срок и порядок уплаты налога, срок и порядок представления отчетности о начислении и уплате налога. Определение указанных элементов налога является обязательным условием установления того или иного вида налога. Отсутствие хотя бы одного из них является осно-

ванием для признания налога не установленным. Налоговые льготы как элемент налога не относятся к обязательным составляющим налога. Они рассматриваются законодателем как дополнительный элемент, установленный лишь относительно отдельных видов налогов и могут иметь как постоянный, так и временный характер.

Подобные требования к элементам налогообложения отражены и в налоговом законодательстве других стран. Например, в соответствии с ч. 5 ст. 6 Налогового кодекса Республики Беларусь «налог считается установленным в случае, когда определены плательщики и следующие элементы налогообложения: объект налогообложения; налоговая база; налоговый период; налоговая ставка (ставки); порядок исчисления; порядок и сроки уплаты»¹. Еще более категорично звучит ст. 24 Налогового кодекса Республики Узбекистан – «налог или другой обязательный платеж считается установленным *только в том случае*, когда в налоговом законодательстве определены налогоплательщики, а также элементы, необходимые для начисления и уплаты этого налога или другого обязательного платежа. Элементами налогов и других обязательных платежей являются: объект налогообложения; налогооблагаемая база; ставка; порядок начисления; налоговый период; порядок представления налоговой отчетности; порядок уплаты»². Хотя между приведенными выше перечнями эле-

¹ Налоговый кодекс Республики Беларусь.

² Налоговый кодекс Республики Узбекистан.

ментов налога и есть определенные различия, но они не затрагивают основных характеристик налога.

В ч. 2 ст. 92 Конституции Украины закреплено, что исключительно законом устанавливается налоговая система, налоги и сборы¹. Определив в Налоговом кодексе Украины обязательные элементы налога, законодатель тем самым раскрыл одно из условий установления налога.

В целом Налоговый кодекс Украины содержит много новаций, отдельные из которых следует рассмотреть более подробно.

Значительных изменений претерпела в Налоговом кодексе Украины система местного налогообложения.

Местное налогообложение – неотъемлемый и определяющий элемент местного самоуправления. Установление местных налогов как одного из источников доходов местных бюджетов в первую очередь отвечает интересам местного самоуправления. Укрепление местного самоуправления, реализация поставленных перед ним задач невозможны без совершенной и полноценной системы местных налогов и сборов.

Правовое регулирование местного налогообложения в странах – членах ЕС осуществляется, исходя из ст. 9 Европейской хартии о местном самоуправлении, в которой установлены общие требования по организации местных финансов. Одно из них провозглашает, что часть финансовых средств органов местного самоуправления должна формироваться за счет местных налогов и сборов, ставки которых органы местного са-

моуправления вправе устанавливать в пределах, указанных в законе². Это требование нашло отражение в национальном законодательстве европейских стран.

Для Украины, которая подписала Европейскую хартию 6 ноября 1996 г. (ратифицирована Верховным Советом Украины 15 июля 1997 г.), она также стала частью национального законодательства. Наше государство делает пока первые шаги по решению вопроса о финансовой самостоятельности органом местного самоуправления.

Местные налоги и сборы, в соответствии с положениями, провозглашенными Европейской хартией, – это один из основных источников финансирования деятельности органов местного самоуправления, хотя приоритет среди доходов принадлежит субсидиям центрального правительства или (в федерациях) органов власти субъектов федерации. С целью обеспечения проведения органами местного самоуправления независимой политики они должны финансироваться за счет местных налогов и сборов, а не зависеть от дотаций и субвенций из Государственного бюджета.

В Украине местные налоги и сборы – это платежи, направляемые исключительно в бюджеты местного самоуправления. К бюджетам местного самоуправления относятся бюджеты территориальных общин сел, их объединений, поселков и городов.

Вид бюджета, в который поступает налог (сбор), зависит от вида ор-

¹ Конституция Украины.

² Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. (ратифікована Законом України від 15 липня 1997 р. № 452/97).

гана местного самоуправления, решением которого он был установлен на соответствующей территории. В соответствии со ст. 92 Конституции Украины налоги независимо от того, относятся они к общегосударственным или местным, устанавливаются законами Украины. В то же время в ст. 143 Конституции Украины закреплено, что установление местных налогов и размеров их ставок в пределах, определенных законом, осуществляется территориальными громадами села, поселка, города непосредственно или через созданные ими органы местного самоуправления. Идентичная норма содержится и в статье 26 Закона Украины «О местном самоуправлении в Украине». Фактически речь идет не только об установлении местных налогов, а об их введении на территории села, поселка или города.

Следуя требованиям Европейской хартии, украинский законодатель в Налоговом кодексе Украины пересмотрел систему местных налогов, закрепив ее в ст. 10 Кодекса. Несмотря на меры по реформированию системы местного налогообложения, исключение из перечня местных налогов и сборов фактически недействующих, неэффективных платежей (коммунальный налог, налог с рекламы, сборы за выдачу ордера на квартиру, с владельцев собак, за участие в бегах на ипподроме, за право проведения киносъемки и телесъемки, за проведение местного аукциона, конкурсной распродажи и лотерей, сбор с лиц, принимающих участие в игре на тотализаторе на ипподроме), затраты по администрированию которых превышали суммы поступлений

от их сбора, доходная часть местных бюджетов все же не получила достойных бюджетонаполняющих местных налогов и сборов.

Ныне действующая система местных налогов и сборов включает налог на недвижимое имущество, отличающееся от земельного участка (взимание налога предусмотрено с 1 июля 2012 г.), единый налог, сбор за проведение некоторых видов предпринимательской деятельности, туристический сбор, сбор за места для парковки транспортных средств. Последние два платежа относятся к факультативным, т. е. вопрос о целесообразности их введения относится к исключительной компетенции органов местного самоуправления – сельских, поселковых и городских советов. Большинство местных бюджетов не сможет включить эти платежи в свою доходную часть, поскольку и туристическая деятельность, и парковка автотранспорта особенно в сельской местности не найдут применения.

Анализ правовых норм, регулирующих взимание налога на недвижимое имущество, свидетельствует о том, что этот платеж также не принесет значительных поступлений в бюджет. Например, в соответствии с решением Киевского городского совета от 23 июня 2011 г., квартиры площадью до 120 кв. м и жилые дома площадью до 250 кв. м облагаться налогом не будут. А это основной массив недвижимости в Украине. Квартиры, площадь которых не превышает 240 кв. м, жилые дома с площадью не более 500 кв. м будут облагаться налогом по ставке – за 1 кв. м жилой площади один процент размера минималь-

ной заработной платы, установленной законом на первое января отчетного года.

Размер минимальной заработной платы определяется в Законе Украины о Государственном бюджете Украины на соответствующий год. Например, в ст. 22 Закона Украины от 23 декабря 2010 г. «О государственном бюджете Украины на 2011 год» закреплено, что минимальная заработная плата по состоянию на 1 января 2011 г. составляет 941 грн.

Указанный налог будет взиматься с 1 июля 2012 г., но размер минимальной заработной платы в следующем году не будет существенно отличаться от показателей нынешнего года.

Анализируя приведенные выше данные, можно сделать вывод о том, что введение налога на недвижимое имущество, отличающееся от земельного участка, является положительным фактором для формирования системы местного налогообложения. Однако поступления от этого налога в бюджет не приведут к кардинальным изменениям в объемах наполнения бюджетов местного самоуправления.

Еще один источник местных бюджетов – единый налог, предусматривающий налогообложение субъектов малого предпринимательства. Налог взимается на основании старого налогового законодательства – Указа Президента Украины от 3 июля 1998 г. «Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности субъектов малого предпринимательства». Предусматривалось включение в Налоговый кодекс Украины норм, регулирующих указанный налог, но

до сегодняшнего дня такие нормы не утверждены.

Система местного налогообложения в Украине требует своего дальнейшего совершенствования, поиска источников, которые бы позволили уменьшить привлечение трансфертов, и создать полноценную финансовую базу местного самоуправления за счет усовершенствования правового регулирования местных налогов и сборов.

Налоговым кодексом Украины предусмотрена новация относительно общеобязательных местных налогов и сборов. Если органы местного самоуправления (сельский, поселковый или городской совет) в определенные законодателем сроки не принимают решения об установлении на своей территории общеобязательных местных налогов и сборов, то такие платежи считаются установленными по минимальной ставке, закрепленной в соответствующих статьях Налогового кодекса Украины, без применения соответствующих коэффициентов.

Налоговым кодексом Украины изменен механизм предоставления налоговых льгот.

Впервые на законодательном уровне четко записаны полномочия представительского органа власти, Верховного Совета Автономной Республики Крым, по предоставлению налоговых льгот. Уточнены полномочия органов местного самоуправления в этой сфере (ст. 12 Кодекса).

Ранее действовавшая норма Закона Украины «О системе налогообложения» (ст. 1) гласила, что установление и отмена льгот налогоплательщикам осуществляется Верховным Советом

Украины, Верховным Советом Автономной Республики Крым, органами местного самоуправления. Верховный Совет Автономной Республики Крым, сельские, поселковые, городские советы имели право предоставлять плательщикам дополнительные налоговые льготы в пределах сумм, поступающих в их бюджеты. Органы местного самоуправления предоставляли дополнительные льготы как по общегосударственным налогам, так и по местным.

Налоговым кодексом Украины значительно сужены права органов местного самоуправления по предоставлению налоговых льгот. Им запрещено:

– предоставлять какие-либо льготы по общегосударственным налогам, независимо от бюджета, в который зачисляются такие налоги;

– устанавливать *индивидуальные льготы* по местным налогам и сборам для отдельных юридических лиц, физических лиц-предпринимателей и физических лиц.

Эти ограничения не распространяются на Верховный Совет Автономной Республики Крым, который не ограничен в выборе льготного субъекта. Такой подход законодателя к полномочиям органов власти в сфере налогообложения свидетельствует о нарушении основных принципов налогообложения, провозглашенных в ст. 4 Налогового кодекса Украины, в частности принципа «равенства всех плательщиков перед законом», речь о котором будет идти ниже.

В соответствии со ст. 12 Кодекса Верховный Совет Автономной Респу-

блики Крым вправе принимать решения по предоставлению налоговых льгот в пределах тех сумм средств, которые поступают в бюджет от налогов и сборов, закрепленных Бюджетным кодексом Украины за бюджетом Автономной Республики Крым.

Статья 69 Бюджетного кодекса Украины к доходам бюджета Автономной Республики Крым причисляет:

– фиксированный налог;
– налог на прибыль предприятий и финансовых учреждений коммунальной собственности, учредителем которых выступает Верховный Совет Автономной Республики Крым;

– сбор за загрязнение окружающей природной среды;

– сбор за первую регистрацию транспортного средства, зачисляемый в размере 30 процентов в бюджет Автономной Республики, и т. д.¹ Как уже отмечалось выше, законодатель не предусматривает ограничений по субъектам, имеющим право обратиться в Верховный Совет Автономной Республики Крым с просьбой о предоставлении им налоговой льготы. Это может быть и индивидуальный плательщик, и какая-либо однородная группа плательщиков (например, ветераны труда).

Ограничения существуют по платежам, по которым могут такие льготы предоставляться:

1) льготы могут предоставляться по налогу (сбору), зачисляемому в бюджет Автономной Республики Крым;

¹ Науково-практичний коментар до Бюджетного кодексу України / [заг. ред., передм. Ф. О. Ярошенка]. – К. : Зовнішня торгівля : УДУФМТ, 2010. – 592 с.

2) льгота предоставляется в пределах сумм, зачисляемых по данному налогу (сбору) в бюджет автономии, исходя из показателей бюджета Автономной Республики Крым на соответствующий год.

Такие льготы следует пересматривать ежегодно, исходя из бюджета автономии на соответствующий год.

Исходя из изложенного выше, получение налоговой льготы индивидуальным плательщиком зависит от места его проживания. Если оно находится в пределах Автономной Республики Крым, то льгота может быть предоставлена. Если плательщик проживает в пределах иной административно-территориальной единицы, то индивидуальные налоговые льготы у него отсутствуют.

В Налоговом кодексе украинский законодатель впервые закрепил дефиницию понятия «налоговое правонарушение».

В юридической литературе нет единого определения таких понятий, как «правонарушение», «налоговое правонарушение». Последнее рассматривается и в широком, и в узком значении. Говоря о налоговом правонарушении в широком значении, понимают какие-либо нарушения норм налогового права, совершение которых влечет применение санкций финансово-правовых норм, привлечение к административной, уголовной или дисциплинарной ответственности. В узком значении – это правонарушения, за которые предусмотрено применение только санкций финансово-правовых норм¹.

¹ Пришва Н. Ю. Податкове право : навч. посіб. / Н. Ю. Пришва. – К., 2010. – С. 171.

В Кодексе под налоговым правонарушением понимают противоправные деяния (действие или бездействие) плательщиков налогов, налоговых агентов и (или) их должностных лиц, а также должностных лиц контролирующих органов, которые привели к невыполнению или ненадлежащему выполнению требований, установленных Налоговым кодексом Украины и иным законодательством, контроль за соблюдением которого возложен на органы государственной налоговой службы и таможенной службы Украины.

Налоговое правонарушение рассматривается как разновидность финансового правонарушения. Многие ученые предлагают свое видение понятия «финансовое правонарушение». Однако во многом такие определения схожи. Так, и О. А. Музыка-Стефанчук, и Л. К. Царева финансовое правонарушение определяют как противоправное виновное деяние (действие или бездействие), посягающее на установленный государством порядок осуществления финансовой деятельности и вызывающее применение соответствующих санкций, в том числе финансовых².

Украинский законодатель, как правило, не называет наличие вины необходимым условием для привлечения налогоплательщика или иного лица к финансовой ответственности. В приведенном выше определении

² Музыка-Стефанчук О. А. Фінансове право України : навч. посіб. / О. А. Музыка-Стефанчук. – К. : Атіка, 2007. – С. 74; Царьова Л. К. Підстава відповідальності у фінансово-правових відносинах / Л. К. Царьова // Актуальні проблеми держави та права : зб. наук. пр. – О., 2001. – Вип. 12. – С. 49.

налогового правонарушения также отсутствует указание на необходимость наличия вины в деяниях участников налоговых правонарушений при привлечении их к финансовой ответственности. Привлечение к ответственности (применение пени, штрафных санкций) налогоплательщика, как правило, не зависит от наличия вины в его действиях или бездействии. Такой подход законодателя к сути налогового правонарушения вступает в противоречие с общетеоретическим понятием юридической ответственности, т. к. вина является необходимым условием привлечения лица к какому-либо виду юридической ответственности. Украинский ученый А. И. Иванский, исследуя проблемы финансовой ответственности, подчеркивает, что «юридическая ответственность может наступать только за виновные деяния»¹.

В Кодексе есть лишь одно упоминание о необходимости установления вины. В соответствии с п. 129.6 ст. 129 Налогового кодекса Украины учреждение банка будет уплачивать пеню за нарушение сроков зачисления налогов в бюджет лишь при условии доказательства наличия вины в действиях банка.

Практика деятельности налоговых органов и хозяйственных судов идет путем применения финансовой ответственности лишь на основании факта противоправного деяния, а не с учетом субъективных оснований финансовой ответственности налогоплатель-

тельщика, отмечает А. И. Иванский. В финансовом праве Украины применение мер финансовой ответственности в случае безвиновного совершения налогового правонарушения носит характер абсолютной (объективной) вины².

Особенностью Налогового кодекса Украины следует назвать отсутствие норм, предусматривающих ответственность субъекта налоговых правоотношений, наделенного властными полномочиями.

Общие положения, провозглашающие ответственность этих лиц, содержится в п. 109.2 ст. 109 Налогового кодекса Украины. Закреплено, что совершение платежей плательщиками налогов, их должностными лицами и должностными лицами органов государственной налоговой службы и таможенной службы нарушений законов по вопросам налогообложения, нарушение требований, установленных иным законодательством, контроль за соблюдением которого возложено на эти органы, влечет ответственность, предусмотренную в НК. Однако Кодекс не содержит ни одной нормы, предусматривающей конкретные санкции за нарушение налогового законодательства властным субъектом.

Ранее в ст. 20 Закона Украины «О налоге с доходов физических лиц» были определены основания привлечения к ответственности органов государственной налоговой службы и органов государственной казначейской службы, а также размеры штраф-

¹ Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність: теоретичний аналіз : монографія / А. Й. Іванський. – О., 2008. – С. 150.

² Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність: теоретичний аналіз : монографія / А. Й. Іванський. – О., 2008. – С. 218.

ных санкций, применяемые к этим лицам. Штраф уплачивался в пользу налогоплательщика в случае невозврата ему в течение 60 дней со дня подачи налоговой декларации излишне уплаченных в бюджет сумм налогов. Если средства возвращались плательщику с опозданием, штраф составлял от 10 до 100 процентов суммы возвращенного налога (в зависимости от срока, в течение которого произошел возврат излишне уплаченных сумм).

Впервые на законодательном уровне в Налоговом кодексе Украины заложены основы института представительства в налоговом праве.

Институт представительства в налоговом праве – это совокупность норм, которыми урегулированы правоотношения по выполнению налоговой обязанности от имени и за счет плательщика налогов (иных обязательных платежей) иным лицом, отличным от такого плательщика.

Вопросы налогового представительства поднимались в научной литературе неоднократно. Понятие представительства, его формы раскрывает Н. П. Кучерявенко в «Курсе налогового права», подчеркивая, что «налоговое представительство выступает как правоотношение, регулирующее осуществление представителем (в рамках имеющихся и делегированных ему прав и обязанностей) действий от имени представляемого по осуществлению прав и обязанностей последнего в сфере реализации его налоговой обязанности (учету, уплате и отчетности, связанных

с налогообложением)»¹. Исследованием проблем представительства в налоговом праве занимается в своем монографическом труде украинский ученый М. В. Жернаков².

Представитель – это сторона, на которую возложена обязанность от имени и за счет налогово-обязанной стороны (представляемого) вступить в те или иные налоговые правоотношения.

В институте налогового представительства отсутствуют основания для применения в налоговых правоотношениях норм Гражданского кодекса Украины. Обратиться по аналогии к нормам гражданского права не позволяет ч. 2 ст. 1 указанного Кодекса, провозглашающая, что «к налоговым, бюджетным отношениям гражданское законодательство не применяется, если иное не установлено законом».

Подобное условие содержится и в законодательстве Российской Федерации. Однако в Налоговом кодексе Российской Федерации (ч. 2 ст. 27) есть прямое указание на применение в налоговом представительстве гражданско-правовых норм.

В отличие от законодательства Российской Федерации в Налоговом кодексе Украины такие нормы отсутствуют.

Отмечая в ст. 19 Налогового кодекса Украины, что личное участие налогоплательщиков в налоговых от-

¹ Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. Т. III : Учение о налоге / Н. П. Кучерявенко. – Харьков : Легас : Право, 2005. – С. 217.

² Жернаков М. В. Правове регулювання представництва у сфері оподаткування / М. В. Жернаков. – Х. : Право. – 144 с.

ношениях не лишает их права иметь своего представителя, как и участие налогового представителя не лишает плательщика права на личное участие в таких правоотношениях, законодатель имеет в виду участие уполномоченного представителя. Уполномоченный представитель налогоплательщика – это лицо, уполномоченное плательщиком представлять его интересы в контролирующем органе или суде на основании доверенности, выданной в порядке, установленном действующим законодательством.

Среди представителей налогоплательщика особое место занимают их законные представители. Это физические лица, реализующие права и обязанности, носителем которых является налогоплательщик (или плательщик сборов).

Статус законного представителя имеет существенные различия по сравнению со статусом уполномоченного представителя. Рассмотрим основные отличия между этими субъектами.

Законный представитель вступает в налоговые правоотношения тогда, когда плательщик не в состоянии их самостоятельно реализовывать (налогоплательщик – физическое лицо) или когда он уполномочен их исполнять исходя из закона или учредительных документов (налогоплательщик – юридическое лицо). К законным представителям налогоплательщиков – физических лиц законодатель причисляет родителей, усыновителей, опекунов (попечителей) несовершеннолетних, опекунов недееспособных, лиц, на которых возложена опека над имуществом без вести пропавших. На

них возложена обязанность от имени плательщиков:

- подавать органу государственной налоговой службы заявление о регистрации физических лиц в Государственном реестре физических лиц – налогоплательщиков, иную информацию, необходимую для ведения указанного Государственного реестра;
- своевременно подавать должным образом заполненные декларации о доходах и имуществе;
- вести учет доходов и затрат;
- выполнять иные обязанности, определенные в налоговом законодательстве.

На законного представителя налоговые права и обязанности возлагаются законом, независимо от волеизъявления лица, которое они представляют. Уполномоченный представитель может реализовать лишь те права и обязанности, на которые его было уполномочено налогоплательщиком. Законный представитель физического лица реализует права и обязанности, которые плательщик самостоятельно реализовать не в состоянии или из-за несовершеннолетия, или недееспособности. Уполномоченный представитель реализует те права и обязанности, которые плательщик имеет возможность реализовать самостоятельно, однако в силу определенных обстоятельств возлагает их исполнение на иное лицо.

Как самостоятельного участника налоговых правоотношений законодатель называет налоговых агентов.

Налоговый агент назван носителем налоговых обязанностей, связанных с удержанием и перечислением

налогов в бюджет. Если законодатель предусмотрел, что при взимании того или иного налога участником налоговых правоотношений является налоговый агент, то он, во-первых, выступает обязательным участником правоотношений по взиманию налога, а во-вторых, те обязанности, которые возложены на налогового агента, иное лицо, даже налогоплательщик исполнить не может, так как это исключительно обязанности налогового агента. И хотя в ст. 18 Налогового кодекса Украины налогового агента приравнено по правам и обязанностям к налогоплательщику, однако по своему содержанию обязанности налогового агента отличаются от обязанностей налогоплательщика. К основным обязанностям налогового агента отнесено:

- исчисление налога;
- удержание налогов с доходов, начисляемых (выплачиваемых) плательщику;
- перечисление налогов в соответствующий бюджет.

Если проанализировать полномочия налогового агента с позиций теории налогового права, то они соответствуют статусу такого участника налоговых правоотношений, как «представитель налогоплательщика», который в своей деятельности реализует налоговые обязанности, возложенные исключительно на него, а не на налогоплательщика.

Налоговый агент, обладая правами и обязанностями, отличными от прав и обязанностей налогоплательщика, в то же время является своего рода особым видом представителя плательщика, который обязан исчи-

слять, удерживать и перечислять налоги в бюджет *от имени и за счет налогоплательщика*.

Следует отметить, что в налоговом законодательстве ряда стран прослеживается именно такой подход к определению места налогового агента среди участников налоговых правоотношений. В ст. 13 Налогового кодекса Узбекистана налоговые агенты фактически отождествляются как с представителем плательщика, так и с самим налогоплательщиком.

Один из самых проблемных вопросов – налогообложение малого предпринимательства. Отдельные нормы, содержащиеся в Налоговом кодексе, можно рассматривать как дискриминационные по отношению к данной категории плательщиков, нарушающие принцип «равенства», провозглашенный в ст. 4 Налогового кодекса Украины. Принцип *равенства* предусматривает участие всех граждан и юридических лиц в распределении бремени публичных расходов, недопущение предоставления индивидуальных льгот плательщикам при налогообложении, ответственность каждого плательщика в случае совершения налогового правонарушения.

Запрещается установление правил налогообложения (связанных с дифференциацией ставок налогов, предоставлением налоговых льгот, регистрацией плательщиков налогов, налоговой отчетностью и др.) допускающих дискриминацию плательщиков налогов в зависимости от правовой формы, содержания, вида их предпринимательской деятельности,

их национальности, места происхождения капитала.

Если мы обратимся к нормам Налогового кодекса Украины, регулирующим взимание отдельных видов налогов, то придем к выводу, что законодателю не удалось избежать нарушений этого принципа. Плательщики единого налога поставлены в неравные условия по сравнению с налогоплательщиками, находящимися на общей системе налогообложения. Так, в соответствии со ст. 139 Налогового кодекса Украины налогоплательщики не могут отнести к затратам, учитываемым при формировании объекта налога на прибыль, затраты, связанные с приобретением товаров (работ, услуг) и иных материальных и нематериальных активов у физического лица – предпринимателя, уплачивающего единый налог.

Как и в налоговом законодательстве, действующем до принятия Налогового кодекса, принципы налогообложения, провозглашенные в Кодексе, в своем большинстве являются лишь декларацией, нарушение которой не влечет за собой негативных последствий. Так, в ст. 4 Налогового кодекса Украины «Основные начала налогового законодательства» провозглашен принцип «стабильности», цель которого – установление неизменности в правилах налогообложения, элементах налога за определенный промежуток времени. Принцип стабильности можно рассматривать как предоставленные плательщику гарантии для реализации его экономических прав, в первую очередь предусмотренного ст. 42 Конституции Украины пра-

ва на занятие предпринимательской деятельностью.

Принцип стабильности рассматривается законодателем в Налоговом кодексе Украины в двух аспектах:

– во-первых, его связывают со сроками вступления в силу изменений, внесенных на протяжении года относительно основных элементов налога. Соответствующие изменения могут быть внесены не позже чем за шесть месяцев до начала нового бюджетного года и вступают в силу не ранее 1 января нового бюджетного года.

– во-вторых, стабильность связывают с неизменностью налогов, сборов, налоговых ставок и налоговых льгот. Налоговое законодательство считается стабильным при его неизменности на протяжении одного года.

Указанный принцип был закреплен в налоговом законодательстве Украины с начала 90-х годов прошлого века. Практика его применения свидетельствует о том, что он был преимущественно декларацией, а не действующим принципом, воплощенным в налоговом законодательстве. Большинство налоговых законов того времени, изменения к ним принимались с нарушением указанного принципа.

Нарушение принципа стабильности прослеживается и ныне при применении норм Налогового кодекса Украины. Например, Законом Украины от 7 апреля 2011 г. № 3221-VI «О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины» временно до 31 июля 2011 г. были изменены ставки акцизного налога по бензинам. Новые ставки налога начали применяться с введением в действие Закона, то есть с 20 апреля 2011 г.

Не удалось избежать законодателью и юридических коллизий. Юридическая коллизия прослеживается в положениях, закрепленных в ст. 32 Налогового кодекса Украины, где законодатель называет три формы изменения сроков уплаты налога: отсрочка, рассрочка, налоговый кредит. Если первые две формы (отсрочка и рассрочка) вопросов не вызывают, то с «налоговым кредитом» не все понятно. Налоговый кредит применяется при исчислении налога на добавленную стоимость. Его определяют как сумму, на которую плательщик НДС имеет право уменьшить налоговое обязательство отчетного (налогового) периода. Представляется, что налоговый кредит не имеет никакого отношения к формам изменения сроков уплаты налога. А в Кодексе упоминание о нем – это использование законодателем устаревшей нормы из ранее действовавшего Закона Украины «О порядке погашения обязательств налогоплательщиков перед бюджетами и государственными целевыми фондами».

В Налоговом кодексе Украины очень поверхностно рассмотрены вопросы налогообложения физических лиц – предпринимателей. В ст. 177 Кодекса закреплено, что уплата налога на доходы физических лиц осуществляется в течение года в виде авансовых платежей, исчисленных исходя из показателей прошлого года – годовой суммы налога с облагаемого дохода за прошлый год. Авансовые платежи исчисляются не из дохода от предпринимательской деятельности, а из совокупного облагаемого дохода,

полученного налогоплательщиком из различных источников на протяжении прошлого года, в том числе и от предпринимательской деятельности.

По окончании года на основании поданной налоговой декларации плательщику сделают перерасчет суммы налога (декларация должна быть подана физическими лицами – предпринимателями в течение 40 календарных дней, которые наступают за последним календарным днем отчетного (налогового) года). Однако в течение года предприниматели, уплачивая завышенные авансовые платежи, будут фактически предоставлять бесплатную ссуду ответственному бюджету.

В Налоговом кодексе Украины впервые определены особенности налогообложения лиц, занимающихся независимой профессиональной деятельностью (это занятие физического лица научной, литературной, артистической, художественной, образовательной или преподавательской деятельностью, деятельность врачей, частных нотариусов, адвокатов, аудиторов, бухгалтеров, оценщиков, инженеров или архитекторов, религиозная, миссионерская деятельность лиц, иная подобная деятельность).

В Кодексе заложено лишь основы налогообложения доходов таких лиц. Ряд важнейших вопросов, касающихся формирования объекта налогообложения, остаются открытыми.

В ст. 178 Налогового кодекса Украины указывается, что облагаемым доходом лица, занимающегося независимой профессиональной деятельностью, считается его совокупный чистый доход, т. е. разница между доходами

и документально подтвержденными затратами, необходимыми для проведения определенного вида независимой профессиональной деятельности.

Порядок формирования затрат в Кодексе четко не определен. Лишь относительно частных нотариусов Министерство юстиции Украины своим письмом определило затраты, связанные с профессиональной деятельностью этих лиц. Позиции налогоплательщиков и органов государственной налоговой службы могут не совпадать при формировании затрат по тому или иному виду независимой профессиональной деятельности. В конечном итоге это приведет к увеличению применения штрафных санкций со стороны контролирующих органов за занижение базы налогообложения.

Нерешенными остаются в Налоговом кодексе Украины и отдельные вопросы, связанные с налогообложением нерезидентов. Нормы Кодекса, регулирующие взимание налога на прибыль, к числу плательщиков этого налога относят нерезидентов – юридических лиц, их постоянные представительства (ст. 133 Налогового кодекса Украины). В этот перечень не попали субъекты предпринимательства, не являющиеся юридическими лицами.

Юридические лица, как организационно-правовая форма осуществления предпринимательской деятельности, характерна для романо-германской (или континентальной) системы права. Англосаксонская система права предусматривает более широкий круг субъектов, осуществляющих предпринимательскую деятель-

ность без создания юридического лица в иных формах корпоративных, предпринимательских образований. Фактически иностранные субъекты предпринимательской деятельности, не имеющие статуса юридического лица, исходя из норм Налогового кодекса Украины не должны рассматриваться как плательщики налога на прибыль, так как отсутствуют в соответствующем перечне.

Украинскому законодателю следует обратиться к опыту других стран, где при характеристике плательщиков налогов не ограничиваются лишь перечнем из физических и юридических лиц. В налоговое законодательство они вводят понятие, позволяющее максимально расширить круг плательщиков налогов. В Налоговом кодексе Российской Федерации (ст. 19), Налоговом кодексе Республики Беларусь (ст. 13) используют понятие «организация».

В соответствии со ст. 19 Налогового кодекса РФ налогоплательщиками признаются *организации* и физические лица, на которых, в соответствии с Кодексом, возложена обязанность уплачивать соответствующие налоги.

Понятием «организация» охватывают юридические лица, образованные в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также иностранные юридические лица, компании и другие корпоративные образования, обладающие гражданской правосубъектностью, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, международные организации, филиалы и представи-

тельства указанных иностранных лиц и международных организаций, созданные на территории Российской Федерации¹.

В Республике Казахстан пошли иным путем, распространив права и обязанности налогоплательщика – юридического лица на лиц, не имеющих такого статуса. Так, в п. 41 ст. 12 Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» указывается, что для целей применения Кодекса компания, организация или другое корпоративное образование, созданные в соответствии с законодательством иностранного государства, рассматри-

ваются в качестве самостоятельных юридических лиц независимо от того, обладают ли они статусом юридического лица иностранного государства, где они созданы².

Украинскому законодателю можно использовать любой из приведенных выше примеров для устранения юридической коллизии, возникшей при налогообложении в Украине нерезидентов.

Опубликовано: Очерки финансово-правовой науки современности : монография / под общ. ред. Л. К. Вороновой и Н. И. Химичевой. – М. ; Харьков : Право, 2011. – С. 458–474.

¹ Статья 11 Налогового кодекса Российской Федерации.

² Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс).

А. Селиванов, академик НАПрН Украины, заведующий отделом связей с органами правосудия Аппарата Верховной Рады Украины, Постоянный представитель Верховной Рады Украины в Конституционном Суде Украины

Официальное толкование как важная составляющая исключительной юрисдикции Конституционного Суда Украины

Конституционный Суд Украины среди немногих подобных судов в зарубежных странах наделен исключительной компетенцией применять юрисдикцию в толковании Конституции и законов Украины. В теории конституционного права применение толкования Конституции и законов связано с доктриной правовой определенности действующей правовой нормы, как и в целом закона. В каждой норме может быть заложен принцип или установлен регулятор общественных отношений. Норма может отсылать к другим законам, определять субъект последующего нормотворчества.

Верховенство парламента во всем, что касается законодательства или проведения ранее одобренного им политического курса в государстве, обусловлено его правом выражать при конкретно-исторических обстоятельствах волю народа, которая является суверенной и всевластной. В доктрине правовой определенности законодатель занимает

место единого органа государства, на который возложен конституционный долг обеспечивать принцип стабильности законодательной нормы, которая требует четкости и вразумительности в ее последующем правоприменении каждым субъектом, для которого важно предусматривать последствия, иметь уверенность в получении должного правового результата.

Выполняя свое функциональное назначение, Верховная Рада Украины создает правовую систему, которая должна отвечать Конституции и конституционализму, юридически основывающемуся на конституционных принципах и отражающему ценности конституционного порядка. Академик Ю. С. Шемшученко абсолютно правильно в своих многочисленных научных трудах последовательно проводит научно-практическое понимание, что Конституция является не только политико-правовой, но и идеологической базой всех государственно-созидатель-

ных процессов, и поэтому ее толкование непосредственно принадлежит конституционному правосудию¹.

Единый законодательный орган с помощью правовой системы обеспечивает реализацию принципа верховенства права, поскольку в Конституции Украины (ст. 8) этот принцип сформулирован в виде конституционного постулата: «В Украине признается и действует принцип верховенства права». Следовательно, законодатель руководствуется тем, что общественное понимание воспринимает государство правовым, когда существует небольшая или же отсутствует возможность какому-либо субъекту государства принимать решение по собственному усмотрению (с нарушением Конституции и законов), когда достигается высокий уровень верховенства права и при таких условиях закон играет роль фундаментальной (базовой) конструкции правовой системы. Относительно правовой системы в связи с концепцией «верховенства права» в трудах А. Дайси, который анализировал британскую правовую модель, указывалось, что понятие конституции в материальном понимании сложилось как неписанный акт, что его законодатель по мере возможности должен уважать так же, как и суды, и что связывает исполнительную власть крепко и непосредственно².

¹ Шемшученко Ю. С. Наукові засади ідеології державотворення в Україні / Ю. С. Шемшученко // Вибране. – К. : Юрид. думка, 2005. – С. 79.

² Дайси А. В. Государственное право Англии / А. В. Дайси. – СПб., 1898; Дайси А. В. Основы государственного права Англии / А. В. Дайси. – М., 1907. – С. 212.

Известный российский ученый С. Боботов в своей монографии «Конституционная юстиция» отмечает, что принцип верховенства права, или господство права, что отражено в понятии (*rule of law*), сыграл решающую роль в становлении системы британского правосудия³. Судебное прецедентное право наиболее полно отражает этот принцип, но в каждой стране сложилось свое отношение к этому принципу. Ссылаясь на труды А. Дайси, российский профессор справедливо отмечает, что при широком понимании принцип господства права толкуется как синоним правопорядка. В узком — это качественный атрибут правосудия или его минимальный стандарт. «В этом смысле господство права,— обращает внимание А. Дайси,— контрастирует с какой-либо правительственной системой, построенной на применении государственными должностными лицами широкой компетенции и произвольной принудительной власти»⁴.

Характерной особенностью конституционного режима, а мы обращаемся к трудам английского исследователя, является господство права, которое значит для Англии невозможное, когда кто-либо был бы выше закона, а поэтому там какой-либо человек, независимо от его звания или положения, подчиняется обычным законам государства и подпадает под юрисдикцию общих гражданских судов.

³ Боботов С. В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ) / С. В. Боботов. – М., 1994. – С. 8–10.

⁴ Дайси А. В. Основы государственного права Англии / А. В. Дайси. – М., 1907. – С. 212–213.

Особенность принципа господства права заключается в том, что основополагающие нормы, то есть нормы конституционного ранга, не фиксируются в отдельном документе, а выводятся из всей совокупности действующего права, которое преимущественно является обычным правом (*common law*). Именно поэтому, избегая абстрактного мышления, лишённого реального основания применения принципа верховенства права, или господства права, не стоит полемизировать с теми авторами, у которых высшая мера самоуверенности и неоспоримости своих теоретических достижений, которые не могут понять, что «господство права, — по мнению профессора С. Боботова, — может употребляться как формула для отражения того факта, что конституционное право, то есть нормы, которые в других государствах составляют особую отрасль законодательства, в Англии является не источником, а следствием совокупных традиционно сложившихся прав частных лиц, которые определяются и защищаются судами»¹. Как пример он приводит компетентную мысль А. Дайси: в Англии право личной свободы, подчеркнутое прецедентами, которые вынесены в полном соответствии с *Habeas corpus*, составляет часть Конституции².

Однако парламент как верховный законодательный орган является источником правовых норм, которые он за подписью Президента Украины

объявляет непосредственно, а другие нормативные акты являются опосредованными источниками законодательных актов, которые подчиняются иерархии закона и должны служить ему для подкрепления и развития. Единство нормативного регулирования правоотношений достигается достаточно сложно ввиду амбиций каждого органа государственной власти, их самостоятельной компетенции.

Учитывая принцип верховенства парламента и наличие стойких политических связей с исполнительной властью, которая им формируется, открывается реальная возможность избежать различного правопонимания во время подзаконного нормотворчества или правоприменения. В то же время остаётся активной роль судебной системы, которая, олицетворяя судебную власть, сконцентрировала в понимании защиты конституционного порядка, прав и свобод человека и гражданина широкие полномочия не только толковать законы при решении споров, публичных и частных конфликтов, но и в порядке отдельного конституционного контроля толковать конституционные нормы, увеличивая объём своей деятельности и усиливая влияние на общий процесс применения права.

Следовательно, при возникновении опасности толкования судами законов, когда воля законодателя была другой, а это определённым образом влияло на правовые отношения и наступали нежелательные для общества правовые последствия относительно принятых судебных решений, парламент способен исправлять судебную практику с помощью соответствующих изменений в законодательстве, то есть в пределах статутного права.

¹ Боботов С. В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ) / С. В. Боботов. — М., 1994. — С. 9.

² Дайси А. В. Основы государственного права Англии / А. В. Дайси. — М., 1907. — С. 212–226.

В частности, это было осуществлено Верховной Радой Украины в Законе Украины «О судоустройстве и статусе судей» № 2453-VI от 7 июля 2010 г. Новеллизация организационно-судейских отношений, введение процессуальных ограничений и регламентация «права судейского усмотрения» была вынужденной мерой законодательного влияния на деятельность судей общей юрисдикции.

На наш взгляд, Верховная Рада Украины внесла существенные коррективы на пути к выяснению теоретических и практических вопросов давней дискуссии: должна ли судебная власть в организационном построении вкладываться в пределы симметричной конструкции трехзвенного и равноценного по значению разделения власти, или это вполне суверенная, арбитражная функция, которая имеет субсидиарный характер, но имеет статус верховной власти в государстве? Авторская позиция относительно указанной дискуссионной темы выражена в предыдущих положениях проведенного исследования, но как относиться к конституционному императиву, который закрепил в п. 2 ч. 1 ст. 150 право официального толкования Конституции и законов Украины исключительно за Конституционным Судом Украины?

Понятно, что конституционный судебный контроль по многим делам на основании конституционного права способен исправлять законы (*acts of parliament*), а иногда признавать их полностью неконституционными, но как быть, когда действующий закон и наконец Конституция закреплены за Конституционным Судом Украины как предмет официального толкова-

ния? Как быть с волей законодателя относительно принятых законов, когда необходимо дать официальную интерпретацию буквы и текста закона, выявляя содержание и цель, изложенные в каждой его статье, объясняя «творца права» со всеми «скрытыми» мотивами и условиями правотворчества в каждой конкретной ситуации правопонимания?

Попробуем выяснить, что означает исключительное право официального толкования Конституции и законов в порядке осуществления конституционного правосудия. Отметим, что общим судам, как известно, не принадлежат полномочия создавать собственную судебную практику со статусом «прецедентного права». Тогда почему конституционное правосудие без каких-либо ограничений имеет право давать толкование правовых норм? Но в таком случае не исключаются посягательство на верховенство парламента и возможность присвоения функций «параллельного законодателя».

В целом представление о Конституционном Суде как едином органе, который в состоянии и должен осуществлять толкование, кроме Конституции Украины, еще и законов, является дискуссионным, потому что законы постоянно изменяются под воздействием обстоятельств общества и государственной политики. Выводы и выявление содержания правовых норм и отдельных положений одного времени правильны и справедливы, могут стать противоречивыми и сомнительными в другое время и при других обстоятельствах. Законоположения толкуются судьями как предвидение действительной, приемлемой

и социально полезной деятельности, и это происходит в пределах конституционной доктрины, с которой связано общее право.

Когда толкуются законы, конституционное правосудие не может не сотрудничать с парламентом, поскольку принятие каждого закона, каждой нормы или текстуального изменения его положений зависит от условий политического, юридически-технического и другого характера, когда законотворчество проходит сложный процесс под воздействием многих обстоятельств. Толкование Конституции Украины следует рассматривать глубже, чем обычное правопонимание, поскольку суду желательно знать именно природу возникновения каждой нормы, каждой текстуальной конструкции, как и Основного Закона в целом. В этом отношении законодатель имеет преимущества, ведь лучше отделять представление в тексте закона о праве от представления о фактах (обстоятельства и мотивы возникновения законодательного акта). В процессе толкования судьям не удастся также воспринимать выявление содержания права беспристрастно, поскольку перед ними конкретный спор, и поэтому при наличии обстоятельств они не могут рассматривать правоотношения исключительно как абстрактно идеальное представление об общественных отношениях, являющихся предметом регулирования данной нормы закона.

Последовательный сторонник юридического реализма О. Холмс в труде «Путь права», выражая свою позицию относительно толкования судами законоположений, справедли-

во отмечал: «Жизнью права является не логика, а опыт. Ощущение неотложных потребностей времени, преимущество моральных и политических теорий, интуитивное понимание общественной практики, сознательное или не осознанное, даже ошибочные представления, которые разделяют судьи со своими сотрудниками, имеют преимущественно большее значение, чем силлогизмы в определении правил, с помощью которых должны управляться люди»¹. Точка зрения О. Холмса касается больше внутреннего мировоззрения опытного судьи, его уровня правовой подготовки и профессионального опыта, однако творческая деятельность судей является не главной в законодательном понимании правоприменения, потому что судебское волеизъявление должно всегда основываться на законе.

В целом нам важно сформулировать дефиницию, что толкование Конституции и законов в конституционном правосудии является предоставлением конкретного содержания конституционным положениям, выявлением внутренних признаков права, характерных особенностей понятий и юридических категорий, заложенных в нормах законов относительно их системной связи между собой и с конституционными принципами (справедливость, гуманность, верховенство права и др.), и конкретными регуляторами. Следовательно, отнесение законодателем права толкования Конституции и законов Украины к исключительной компетенции конституционного правосудия можно

¹ Holms O. W. The Common law / O. W. Holms. – Boston, 1938. – P. I.

считать вполне обоснованным исходя из теоретических позиций, принимая во внимание, что конституционное право с самого начала своего возникновения было построено на принципах в своем предметном значении, безусловно касается сферы судебных суждений, оно подкрепляется их интеллектуальной способностью знать о содержании права больше, чем обычный юрист, и поэтому толкование становится прерогативой судов и непосредственно охватывается судебским волеизъявлением, приобретая официальную форму решений (выводов) единого органа конституционной юрисдикции.

Выраженная доктринальная позиция является абсолютно недопустимой с точки зрения вмешательства правосудия в сферу законодательной деятельности, когда официальным толкованием подменяется воля законодателя, его абсолютное право законотворчества и законорегулирования общественных отношений. А если согласиться, что конституционное правосудие действительно способно создавать живое и действующее право как продукт решения дел, которые отнесены к его юрисдикции, и в отличие от писаного права при официальном толковании проявляется судебское творчество, когда норма закона обогащается раскрытием его содержания, но не существует никаких возможностей уклоняться от духа и буквы Конституции и общих принципов права?

Ярким примером проведения Конституционным Судом Украины классического толкования отдельных

положений ч. 1 ст. 4 ГПК Украины (дело об охраняемом законом интересе) была инициатива народных депутатов Украины как предмета рассмотрения неопределенности в законодательстве понятия «охраняемый законом интерес», который приводит к неоднозначному применению права заинтересованных лиц на судебную защиту. Рассмотрение этого судебного дела Конституционным Судом приблизило теорию права к пониманию важного значения применения на практике этой юридической категории, которая должна была исследоваться как неизменная и органически стойкая часть совокупности действующих правовых норм гражданского и хозяйственного процессуального законодательства.

В ходе толкования использовалась вся совокупность принципов — верховенства права, справедливости, доступа к правосудию и др. Конституционный Суд оценил реальную потребность применить в научном смысле для исследования методы социологической юриспруденции и реалистичной школы права. Это дало возможность на заключительном публичном (открытом) слушании дела при участии представителей субъекта права на конституционное представление (В. Бондаренко), Верховной Рады Украины (А. Селиванова и М. Добкина), представителя Президента Украины (В. Носова) получить всестороннюю аргументацию с позиций научного и практического подходов к анализу предмета отмеченного дела.

На наш взгляд, правовые позиции, доктрина правопонимания дают

классическое представление об официальной интерпретации, которую провел Конституционный Суд Украины, не оставив без внимания ни один вопрос, который был составляющим по научно-теоретическим подходам к проблеме и полезным для последующего правоприменения. Весомые в теоретическом значении и содержательные для практики выводы конституционного правосудия определили, что «охраняемый законом интерес находится под защитой не только закона, но и объективного права в целом, которое господствует в обществе, в частности справедливости, поскольку интерес в узком понимании предопределяется общим содержанием такого права и является его составляющей».

Заметим, что правовые позиции Конституционного Суда Украины в мотивировочной части Решения № 18-рп/2004 от 1 декабря 2004 г. приближаются к академическим обобщениям проведенного исследования категорий высокоинтеллектуального содержания. В частности, Суд отметил, что для правильного понимания в первую очередь нужно было выяснить понятийный ряд, и потому «системный анализ, который провел Конституционный Суд Украины, свидетельствует, что понятие “охраняемый законом интерес” во всех случаях употребления его в законах Украины в логично-смысловой связи с понятием “права” имеет одно и то же содержание».

Относительно поставленного перед Судом вопроса, как следует понимать корпоративный и индивидуаль-

ный интересы и в чем их отличие, «исследование, проведенное Конституционным Судом Украины, свидетельствует о том, что легитимный интерес акционерного общества не является простой совокупностью законных интересов его акционеров. Индивидуальные интересы последних, как правило, отличаются противоречивостью, а нередко и конфликтностью, поскольку направлены на поиск и использование или создание путей и средств для удовлетворения разных по объему и содержанию потребностей и отличаются различными мотивами в таких желаниях и стремлениях». При толковании этих вопросов Суд отметил, что «охраняемый законом интерес регулирует ту сферу отношений, углубление в которую для субъективного права законодатель считает невозможным или нецелесообразным».

В упомянутом Решении Конституционного Суда Украины прослеживается корректность и признание ограниченных возможностей конституционного правосудия проводить официальную интерпретацию положений закона без подмены статуса законодателя, который даже в процессе рассмотрения данного дела дополнил ч. 1 ст. 4 ГПК Украины словами: «а также для принятия предусмотренных этим Кодексом мер, направленных на предотвращение правонарушений» (Закон от 22 мая 2003 г. № 850-IV). С учетом цели и задач по проведению официального толкования Конституционный Суд Украины не вышел за пределы содержания конституционного представления и пото-

му считал необходимым осуществить интерпретацию понятия «интерес» в узком понимании этого слова. К этому его обязывало ходатайство народных депутатов Украины, в котором речь шла именно о такой разновидности интереса в словосочетании «охраняемый законом интерес», то есть интерес, который, в отличие от интереса в широком понимании, находится исключительно в логико-смысловой связи с субъективными правами, но прямо ими не опосредствуется, то есть выходит за пределы последних.

Формула толкования остается, на наш взгляд, образцом завершенной конструкции правопонимания понятия «охраняемый законом интерес». Относительно права акционеров на судебную защиту в решении было отмечено, что порядок такой защиты определяется законом. Следовательно, следует привести достаточно совершенную для научного и практического восприятия формулу толкования конституционным правосудием по упомянутому делу. Она является такой: понятие «охраняемый законом интерес», который употребляется в ч. 1 ст. 4 Гражданского процессуального кодекса Украины и других законах Украины в логико-смысловой связи с понятием «права», нужно понимать как стремление к пользованию конкретным материальным и/или нематериальным благом, как определенное общим содержанием объективное и прямо не опосредствованное в субъективном праве простое легитимное разрешение, которое является самостоятельным объектом судебной защиты и других

средств правовой охраны с целью удовлетворения индивидуальных и коллективных потребностей, не противоречащих Конституции и законам Украины, общественным интересам, справедливости, добросовестности, разумности и другим общеправовым принципам».

Следует подчеркнуть, что официальная интерпретация какой-либо конституционной нормы или закона сначала всегда должна проверяться с позиций приемлемости рассмотрения Судом поставленного вопроса, поскольку толкование как результат правопонимания иногда имеет большее значение, чем сама норма права. Поэтому правомерно возникает вопрос: какие приоритетные основания следует выделять для того, чтобы наилучшим образом придерживаться духа и буквы акта (нормы), который толкуется?

В первую очередь важно для любого суда, а для конституционного правосудия особенно, видеть «сдерживающую границу полезного эффекта». Ведь толкование нормы права всегда связано с выявлением намерения законодателя, и судья не может в судебном акте определять то, которое противоречит общей воле парламента, не может представить себя претором, который толкует право по римскому обычаю.

Вопрос о компетентном мнении, выводе судьи в конституционном правосудии выходит на первый план, особенно когда текст нормы вызывает неоднозначное толкование. Именно толкование актов, прежде всего Конституции, предусматривает строгое

соблюдение методологии, а это связано с тем, что Суд не может добавлять ничего нового к правовой регламентации, которая вытекает из действия иных норм этого или других законов.

В юридическом смысле использование приемов и средств направлено на установление, раскрытие содержания правовой нормы или закона, и поэтому перед Судом возникает проблема определения приемлемого способа толкования относительно предмета конкретного дела. Как правило, таких способов применяется несколько, в частности грамматический, логический, систематический, историко-политический, социально-юридический, телеологический и функциональный. Но каждый из них имеет свои особенности, а следовательно, выбор наиболее приемлемых остается за судьей — докладчиком по делу.

На определяющей стадии официального толкования по конкретному делу, которое открыто для рассмотрения, Суд условно «санкционирует» судье объем и инструментарий конституционной юриспруденции, состоящей из академического учения и доктрин не только конституционного, но и общего права. Ценностью каждого конституционного суда, наделенного полномочиями конституционного нормоконтроля, являются собственные доктрины, которые разработаны им в процессе толкования норм и положений Конституции. С первых дней существования Конституционного Суда Украины его состав, а это были преимущественно известные представители юридической науки (каждый второй судья имел ученое звание про-

фессора), пытался создать доктрины, которые на сегодня составляют ценность конституционной юрисдикции.

Осуществляя толкование Конституции, Суд доктринально обогащал ее текст, расширялась теоретическая база конституционных принципов, а доктринальные позиции становились достоянием правоприменения во всех сферах реализации правовых норм. Достаточно привести доктринальное положение из Решения Конституционного Суда Украины от 30 января 2003 г. № 3-рп/2003 (дело о рассмотрении Судом отдельных постановлений следователя и прокурора): «Жалобы в Суд на постановления следователя и прокурора о возбуждении уголовного дела относительно определенного лица должны рассматриваться Судом по действующему законодательству в порядке уголовного судопроизводства. При этом Суд, рассматривая такие жалобы на стадии досудебного следствия, проверяет наличие поводов и оснований для вынесения отмеченных постановлений и не должен рассматривать и решать предварительно те вопросы, которые должен решать суд при рассмотрении уголовного дела по существу, поскольку это будет нарушением конституционных принципов правосудия».

В актах толкования Конституционного Суда Украины, если применять метафоры относительно его значения для правовой системы, формируется правовая мысль, и обобщения содержательного характера становятся правовыми постулатами. Их следует расценивать как полезную для правовой системы практику «позитивного зако-

нодателя», который выступает «стражем» конституционного правопорядка и продолжает в высказанных правовых позициях «руку законодателя».

Стадия рассмотрения судебного дела для обобщения всех источников аналитически-экспертной информации связана с определением формы «судебного слушания». Очень важно по делам о толковании Конституции и законов Украины обеспечить, чтобы в первую очередь позиции участников были максимально понятны Суду, особенно со стороны представителей органов государственной власти. Это важно для того, чтобы убедиться в правильно избранном методе толкования, поскольку инициаторы проекта данного правового акта или члены парламента, которые обсуждали этот проект и вносили в него изменения, толковали настоящий акт иначе, чем может быть предложено его новое правопонимание, а новая трактовка, если она противоположна, фактически была бы подменой законодателя.

То есть в процессе официального толкования конституционным правосудием не исключается его «повторное законотворчество», против которого следует возразить, потому что Конституционный Суд не наделен такой компетенцией, а конкурирующая интерпретация правового акта или отдельной нормы в конституционном смысле имеет более авторитетное значение для правоприменения. Не исключается, что в таком случае Конституционный Суд может считать, что законодателем была создана и введена в правовой обиход такая правовая норма, которая сугубо тек-

стуально не отвечает конституционно-правовой теории и воспринимается только при наличии альтернативной интерпретации, которую сформулировал Суд. Тогда она становится, как ни парадоксально, необходимой составляющей принципа верховенства права. Такая постановка вопроса имеет потенциал возможности сравнить акт толкования Конституционного Суда с позицией парламента, которая может быть совсем противоположной.

Вопрос об отношениях между конституционными судами, с одной стороны, и законодателем и народом — с другой, принадлежит к постоянно дискуссионным и спорным. Решения конституционного правосудия могут поддаваться критике в парламенте и обществе, поскольку могут подвергаться сомнению относительно их правильности, правовой определенности и вразумительности для граждан.

Следовательно, эти аргументы и мотивы формируют теоретическую позицию в конституционном праве, ведь на актах толкования конституционного правосудия возможны и даже должны быть основаны следующие решения, когда решаются конституционные споры, а также в сфере применения общей судебной юрисдикции. Эти аргументы привлекают все большее внимание правового общества. Следует поддержать в этом мнение профессора Эгидиуса Куриса, экс-председателя Конституционного Суда Литовской Республики, о том, что нужно считаться с открытым профессиональным конституционным ди-

скурсом, в том числе академическим (то есть с университетским), потому что это и является тем фактором, с которым должны считаться даже конституционные суды¹, которые, на наш взгляд, не могут игнорировать всех и все. Безусловно, это не правовая гарантия и, конечно, не форма контроля над судебными решениями, поскольку речь идет о дискурсе не политическом, а правовом. Потому говорится об анализе решений конституционных судов на профессиональном авторитетном уровне, а не журналистском, и это не связано с формированием общественного мнения как залога независимости и полноценности судебной власти. Но то, как они должны решаться, будет всегда оставаться актуальным в сфере профессионального интереса (критики) в каком-либо демократическом правовом государстве. Вот почему конституционные суды никогда не должны входить в систему политической власти, которая в демократическом государстве всегда подвергается общественному контролю, но время от времени в адрес конституционного правосудия может высказываться профессиональная критика юристов.

Ученый и практик Э. Курис резонно замечает, и это, кстати, касается каждого органа правосудия, что конституционные суды не лишены волюнтаристских неправовых мотивов

¹ Курис Э. О стабильности конституции, источниках конституционного права и мнимом всемогуществе конституционных судов / Э. Курис // *Constitutional Justice. Bulletin of the Conference of Constitutional Contor Bodies ...* 16. 01. 2007. – С. 18.

и побуждений, подтверждая решение законодателя или прекращая их юридическую силу, а злоупотребляя своими полномочиями, из хранителей Конституции могут превращаться в аутентичных *constitutional policy-makers*, но сама возможность такой демократической (профессиональной) критики реального функционирования конституционной юстиции вынуждает судей к так называемому самоограничению, *self-restraint*.

На наш взгляд, решение конституционного правосудия относительно толкования Конституции и законов всегда можно подвергнуть сомнению в академическом смысле, являются ли они правильными, и бесконечно дискутировать, насколько научно обоснованной является у них официальная интерпретация норм права. Для теории конституционного правосудия важно выяснить, в чем заключается сама логика функции толкования, когда толкование дается вне конкретного спора, лишь по предоставлению субъекта права на ходатайство перед Конституционным Судом. Понятно, что релевантные положения Конституции толкуются в контексте ординарного права, когда они «налагаются» на положение неоднозначного понимания правового акта, то есть противопоставляются (а возможно, и совпадают) и сравниваются с положениями акта, который подлежит исследованию.

Абстрактное толкование без учета того, что имел в виду законодатель при разработке акта, требующего толкования, может привести к «сверхабстрактной» компетенции в толкова-

нии, которое может быть оправданным политически, но не юридически (конституционно). Ведь в таком случае мы всегда заново подходим к поставленному вопросу: возможно ли, чтобы Конституционный Суд «добавлял» к тексту Конституции, формулируя новые содержательные положения или пытаясь изменить, «подправить» его официальным толкованием?

В научных публикациях существует также мнение о том, что конституционное правосудие иногда не толкует, а фактически пишет заново отдельные конституционные положения. Можно ли в таком случае допускать, что Конституционный Суд в состоянии постоянно создавать путем толкования новое конституционное мышление? Что следует считать смыслом текста интерпретации, который бы не изменял текст Конституции? Над этими вопросами должны задумываться и сами судьи, и субъекты правоприменения, ведь когда существует «сверхдоверие» политической власти к конституционному правосудию, не исключается «негативная услуга», когда официальная интерпретация искривляет формулировку текста Конституции, и это серьезно подрывает авторитет конституционного правосудия.

Напомним, как негативно повлияло на общество, в частности на науку конституционного права, Решение Конституционного Суда Украины от 25 декабря 2003 г. (дело относительно сроков пребывания на посту Президента Украины). Официальное толкование было построено так, что можно избежать конституционного ограничения лицу, которое дважды пребыва-

ло на посту Президента Украины и имеет право снова занять его.

Эти вопросы актуальны и потому, что назначение Конституции заключается в обеспечении стабильности национальной правовой системы, и все вопросы, связанные с собственным правопониманием конституционных норм и положений, должны восприниматься обществом через открытость и правовую определенность процесса принятия решений, которые важны для правового сознания граждан. Но когда Конституционный Суд заседает за «закрытыми дверями», его продукция связана с созданием правовых постулатов, и нужно строго придерживаться предсказуемости последствий после толкования, которое исходит от конституционного правосудия с определенными так называемыми конституционными новеллами.

Приведем один из примеров, когда Конституционный Суд Украины принял Решение от 4 июня 2009 г. № 13-рп/2009 (дело по конституционному представлению Киевского городского совета относительно официального толкования частей первой, второй статьи 141 Конституции Украины). Суть предмета толкования заключается в том, что в статье 141 Конституции Украины устанавливаются сроки, на которые избираются депутаты в состав сельского, поселкового, городского, районного, областного совета или сельский, поселковый, городской председатель. Конституционный Суд Украины растолковал эти конституционные положения, определив, что при избрании депутатов сельского, поселкового, городского, рай-

онного и областного совета и сельского, поселкового, городского председателя на предусмотренных Конституцией Украины очередных и внеочередных выборах на этих лиц распространяются соответственно следующий пятилетний и четырехлетний сроки полномочий.

Отмеченным положением Конституционный Суд Украины фактически ввел новую правовую норму, урегулировав отношения относительно срока полномочий органов местного самоуправления, что противоречит конституционной компетенции Суда. Фактически Конституционный Суд Украины заменил собой парламент, который на уровне действующего на момент рассмотрения судебного дела Закона Украины «О порядке исчисления созывов представительских органов местного самоуправления (советов)» от 24 июня 2004 г. урегулировал вопрос относительно сроков проведения выборов в органы местного самоуправления. Однако орган конституционной юрисдикции своим решением изменил существующий порядок регулирования этих отношений и определил другой порядок, который предусматривает установление одинаковых сроков полномочий органов местного самоуправления, избранных как на очередных, так и на внеочередных выборах.

Проведя через упомянутое Решение собственную новеллизацию конституционного текста, Суд сформировал достаточно спорную правовую позицию, согласно которой досрочное прекращение полномочий представительского органа местного самоуправ-

ления или должностного лица имеет правовые последствия лишь для того состава сельского, поселкового, городского, районного, областного совета или сельского, поселкового, городского председателя, полномочия которого досрочно прекращены, и не является правовым основанием, которое влияет на срок осуществления полномочий состава этого органа или должностного лица, избранного на внеочередных выборах.

Почему случилось так, что вне поля зрения Суда осталось обеспечение избирательных прав граждан, одной из основных гарантий которых является принцип периодичности проведения выборов? Об этом неоднократно отмечалось на заседаниях Суда представителями Верховной Рады Украины. В частности, Конституционный Суд Украины не обратил внимания на то, что конституционные нормы, определяющие срок полномочий выборных органов, непосредственно связаны с конституционным правом граждан избирать органы местного самоуправления (ст. 38 Конституции Украины).

Сроки, на которые избираются те или иные должностные лица на выборные должности, определены законом с целью защиты интересов граждан, которые избирают, а не интересов лиц, занимающих эти должности. Конституционный Суд Украины искусственно подменил право избирать органы местного самоуправления правом избранных лиц состоять в должности, которая не отвечает основополагающим принципам народовластия, изложенным в Конститу-

ции Украины, и нарушает принцип верховенства права, закрепленный в ст. 8 Основного Закона. Это произошло потому, что Суду не удалось найти действительное значение положений, которые толкуются по приоритетным значениям конституционных категорий, а именно политических прав граждан, верховенство право народа и т. п.

Следует отметить также, что по содержанию ст. 61 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» такое право Суда может быть применено лишь при рассмотрении дел относительно конституционности правовых актов или их положений, а не официального толкования Конституции и законов Украины, а также лишь в случае, если настоящие акты или их положения влияют на принятие решения по делу. Однако в решении не приведена аргументация, каким образом положение Закона Украины «О порядке исчисления созывов представительских органов местного самоуправления (советов)» влияет на принятие решения относительно официального толкования положений ст. 141 Конституции Украины. Поэтому можно сделать вывод, что Конституционный Суд Украины при вынесении Решения № 13-рп/2009 вышел за пределы судебного разбирательства и превысил пределы своих полномочий, определенных ст. 14 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины».

Кроме того, применение изложенных в Решении № 13-рп/2009 положений привело к возникновению проблемы удлинения нового пятилетнего срока пребывания на должности

Киевского городского головы Л. Черновецкого, который был избран на внеочередных выборах после того, как парламентом досрочно была назначена избирательная кампания в Киевский городской совет, а до окончания каденции оставалось больше года. Это значит, что установление в 2010 г. Верховной Радой Украины единого срока выборов в местные советы и председателей на территории Украины Л. Черновецкого как городского головы по упомянутому Решению Конституционного Суда Украины не касалось.

В связи с анализом конкретного решения Суда теория опять обращает наше внимание на проблему оценки прерогативы конституционного правосудия. Как свидетельствует практика, проведение официального толкования законов не означает возможности заниматься законотворчеством и толковать законодателя. Этот принцип ко многому обязывает Конституционный Суд, прежде всего к соблюдению границ толкования конституционно-правовых норм. Установление таких границ толкования нужно для того, чтобы не допустить подмены законодателя при интерпретации правовых норм, не выйти за «формат» развития конституционной мысли, правопонимания закона. Ведь нет оснований допускать, что правовое решение в выяснении проблемы может заменить правовое регулирование отношений реальной жизни.

В то же время появляется и другой вопрос: насколько свободным является Конституционный Суд в создании конституционной доктрины?

В теоретическом смысле можно рас-
пределить позиции участников ди-
скуссии — ученых и практиков — на
две группы: сторонников текстуаль-
ного (формального) мышления, когда
при толковании отклоняется какая-
либо возможность текстуальных ин-
терпретаций, когда заключения Суда
следует всегда подкреплять ссылками
на конституционные формулировки,
и свободных интерпретаторов, когда,
не отклоняясь от первичного содер-
жания конституционных положений,
они ищут ответ в привлечении широ-
кого круга научных категорий, опира-
ются на конституционные принципы,
конституционные ценности, доктри-
ны европейского права и др. Расширяя
сферу конституционного мышления,
они не забывают, что первым принци-
пом толкования Конституции являет-
ся подтверждение и уважение к наме-
рениям представителей народа, кото-
рые взяли на себя ответственность за
текст Конституции как основу право-
вой системы, конституционного пра-
вопорядка. В реальной жизни будут
всегда возникать проблемы, правовое
решение которых, поскольку творцы
Конституции не в состоянии были их
предусмотреть, обязано основываться
на действующей Конституции, а это
значит, что судьи должны искать «зо-
лотую середину», потому что их мо-
ральная позиция должна последова-
тельно проводиться относительно
«первичного текста Конституции».

В свое время один из судей Вер-
ховного Суда США писал: «Из всей
критики текстуализма наиболее нера-
зумной является та, которая форма-
листская. На это я отвечаю: действи-

тельно, она формалистская. Господст-
во права — дело формы... Да
здоровствует формализм. Это он власть
превращает во власть законов, а не
людей»¹.

Таким образом, принимая во вни-
мание и следуя требованиям Консти-
туции, судья в то же время официаль-
ной интерпретацией нормы права
предоставляет законодателю новую
информацию о состоянии отношений,
которые регулируются законом, а в
правоприменении появляется правовая
определенность, когда обнаружено со-
держание текста нормы права. Созда-
ние конституционной доктрины —
ответственная творческая деятель-
ность конституционного правосудия,
поскольку не происходит погружения
в «слепой формализм», по букве судья
находит содержание, при этом не за-
бывает, что все акты толкования со-
здают определенные последствия
в реальной жизни. Свободные интер-
претаторы правильно предлагают при
осуществлении толкования опираться
на понимание всего текста Конститу-
ции и в этом ракурсе находить право,
основываясь в первую очередь на си-
стему конституционных принципов.

Избегая формально-догматично-
го мышления, важно уметь применять
творческое толкование законов, не
отклоняясь от конституционной до-
ктрины, являющейся ориентиром, ог-
раничивая судебское усмотрение, ко-

¹ Курис Э. О стабильности конститу-
ции, источниках конституционного права
и мнимом всемогуществе конституционных
судов / Э. Курис // Constitutional Justice. Bul-
letin of the Conference of Constitutional Contor
Bodies ... 16. 01. 2007. – С. 18.

торое достаточно часто не основывается на конституционном праве, ведь конституционный профессионализм достигается многими годами и опытом усвоения науки конституционного права. Но никаких упреков и замечаний относительно этого к судьям быть не может и не только из этических соображений, но и ввиду сложности теории конституционного права, хотя каждая наука имеет свой фундаментальный инструментарий, в особенности для исследования конституционно-правовых отношений.

Однако нельзя забывать, что сфера конституционного правосудия связана с риском «эрозии авторитета Суда», а потому конституционные суды не имеют права ошибаться, а затем исправлять ошибки. Известные ученые-конституционалисты, опытные судьи, которые работают в конституционном правосудии, предостерегают и от другой опасности — научно-юридического примитивизма, который, как ни парадоксально, со-

ставляет значительный массив актов конституционной юрисдикции.

Таких случаев теоретически вроде бы не должно быть, но если внимательно проанализировать так называемые отказные постановления Конституционного Суда Украины по вопросам конституционных обращений субъектов права, которые подали ходатайство, становится очевидным то, что создается негативная практика «стандартных отписок». Это уже можно считать «шаблоном», за которым совсем не видно единого органа конституционной юрисдикции, с его интеллектуальным багажом, аналитическим подходом к каждому делу, способным глубоко проникать в конституционно-правовые проблемы и в новых условиях — формулировать конституционные постулаты. Ведь, отметим, не существует в правосудии другой такой инстанции, которая была бы уполномочена предоставлять интерпретацию положений Конституции, раскрывая новые аспекты конституционно-правового регулирования.

Н. Селивон, академик НАПрН Украины, председатель Международного коммерческого арбитражного суда, председатель Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины

Взаимодействие судебной власти с международным коммерческим арбитражем

Функционирование международного коммерческого арбитража и вообще третейского разбирательства как института частного разрешения споров невозможно без участия государства. Государство должно прежде всего легитимизировать, т. е. «дать добро» на юрисдикционную деятельность на своей территории альтернативно государственному способу разрешения спора. Как правильно подчеркивается в литературе, само разбирательство дела происходит на суверенной территории, и выносимый по его итогам правоприменительный акт должен быть включен в правовой порядок государства по месту рассмотрения спора, а часто и по месту исполнения решения¹.

В широком контексте развитие альтернативных способов разрешения споров можно рассматривать как по-

казатель состояния гражданского общества (в первую очередь в экономической сфере), правового государства и демократии. Государственная политика в этой сфере зависит от многих факторов. Здесь следует принимать во внимание степень развития рыночных отношений, международного экономического оборота, цивилизованности бизнеса, уровня правовой культуры и правосознания в обществе, доверия предпринимателей друг к другу и к третьим лицам, к которым обращаются для урегулирования конфликта. Немаловажное значение имеет также существующая в государстве система права и реализуемая в национальном законодательстве концепция арбитража. Не вдаваясь в подробную их характеристику, следует отметить, что за последние десятилетия под влиянием бурного развития мировых экономических связей наблюдается явная тенденция к сближению концепций арбитража, проявляющаяся в ограничении вмешательства го-

¹ Курочкин С. А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже / С. А. Курочкин. – М., 2008.

сударства на всех этапах арбитражного разбирательства и унификации правового регулирования международного коммерческого арбитража¹.

Ярким примером первого направления являются кардинальные изменения в порядке приведения в исполнение арбитражных решений. Как известно, Женевская конвенция 1927 года исповедовала принцип «двойной экзекватуры», согласно которому для приведения в исполнение решения международного арбитража было необходимо сначала получить признание в государственном суде по месту его вынесения и лишь потом – в государственном суде по месту исполнения решения. Нью-Йоркская конвенция 1958 года отказалась от принципа «двойной экзекватуры», значительно удлинявшего и усложнявшего процесс исполнения арбитражного решения, и определила четкий и исчерпывающий перечень оснований, по которым в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано компетентной властью государства, на территории которого испрашивается исполнение решения².

Что касается второго направления, то уместно будет указать на повсеместное восприятие национальными правовыми системами Типового закона ЮНСИТРАЛ о международ-

ном торговом арбитраже и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, которые еще больше расширили применение института международного коммерческого арбитража при рассмотрении споров с иностранным элементом, полномочия сторон арбитражного разбирательства и ограничили вмешательство государства в арбитражный процесс.

Правовая система Украины не исключение. Принятые в 1994 году украинским парламентом, одним из первых государств на постсоветском пространстве, Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» и Положения о Международном коммерческом арбитражном суде и Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины как приложения к нему, а также регламенты этих арбитражных институтов полностью зиждутся на указанных документах ЮНСИТРАЛ, а также на Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Европейской конвенции 1961 года о внешнеторговом арбитраже, которые были ратифицированы Украиной соответственно в 1960 и 1963 годах. Согласно ст. 9 Конституции Украины эти международные договоры являются частью национального законодательства Украины.

Анализ положений упомянутого Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», принятого в 2004 году Закона Украины «О третейских судах», рассматривающих лишь внутренние споры, а также Гражданского процессуального кодекса Украины указывают на то, что законо-

¹ Ануфриева Л. Д. Международное частное право : в 3 т. Т. 3 : Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс / Л. Д. Ануфриева. – М., 2001. – С. 207.

² Корабельников Б. Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года / Б. Р. Корабельников. – М., 2001. – С. 8–9.

дательством Украины воспринята частнопредварительная концепция арбитража, характеризующаяся ограниченным влиянием государства на арбитражный процесс и принятое арбитражное решение. В частности, решение арбитража не может быть пересмотрено государственным судом по существу, а контроль над арбитражным разбирательством главным образом перенесен на стадию оспаривания и исполнения решения. Причем законы содержат исчерпывающий перечень оснований для принятия государственным судом определения об отмене или отказе в принудительном исполнении решений международного арбитража и третейских судов.

Помимо формирования законодательной базы, осуществляемой парламентом, государство в лице судебной власти участвует в отношениях, связанных с рассмотрением международными коммерческими арбитражами внешнеэкономических споров. Общепринятым и обоснованным является общий вывод о том, что эффективность арбитража и арбитражного разбирательства во многих, если не во всех странах напрямую зависит от государственных судов, от оказания ими поддержки арбитражу и создания ему благоприятных условий для осуществления своих функций¹. О важности проблемы говорит и тот факт, что на большинстве международных конференций и других форумах вопрос взаимодействия государственных судов и арбитражных институтов постоянно

стоит на повестке дня. Не было исключением и состоявшееся в октябре минувшего года заседание Европейской арбитражной группы в Париже.

Существует множество классификаций основных направлений (форм) участия государственных судов в связи с арбитражным разбирательством спора сторон. Подробный их анализ дан в цитируемой выше фундаментальной работе С. Курочкина². Представляется, что с практической и теоретической точки зрения наиболее приемлемой является классификация основных направлений, данная М. Богословским:

- определение компетенции третейского суда;
- определение действительности арбитражного соглашения;
- участие государственных судов в формировании состава арбитражного суда;
- обеспечительные меры;
- отмена и принудительное исполнение решений арбитражных судов.

Привлекает внимание также определение форм взаимодействия государственных и третейских судов, изложенное М. Морозовым:

- судебный контроль принятых третейским судом решений;
- содействие государства в исполнении третейским судом функции защиты прав;
- формирование законодательной базы и правоприменительной практики в русле общепринятых концепций третейского разбирательства;

¹ Содерлунд К. Государственные суды и международный коммерческий арбитраж / К. Содерлунд // Международный коммерческий арбитраж. – 2008. – № 3. – С. 31–34.

² Курочкин С. А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже / С. А. Курочкин. – М., 2008.

– формирование в обществе отношения к третейскому суду как к нормальному способу защиты прав¹.

Украинские исследователи, в частности И. Побирченко, Л. Винокурова, Т. Захарченко, А. Крупчан, Ю. Притыка, анализируют основные направления взаимодействия государственных судов и международного арбитража применительно к полномочиям государственных судов и стадиям арбитражного процесса: определение действительности арбитражного соглашения, контроль компетенции арбитража, обеспечительные меры, рассмотрение заявлений об отмене решений международных арбитражей, вынесенных на территории Украины, признание и приведение в исполнение арбитражных решений². Такой подход имеет практическую значимость, поскольку дает возможность высказать конкретные предложения по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики на каждой стадии арбитражного разбирательства и стадиях оспаривания и принудительного исполнения арбитражного решения.

¹ Морозов М. З. Взаимодействие третейских и государственных судов: прошлое, настоящее и будущее / М. З. Морозов // Третейский суд. – 2009. – № 3. – С. 53.

² Международный коммерческий арбитраж в Украине: законодательство и практика / под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2000; Притыка Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж. Питання теорії та практики : монографія / Ю. Д. Притыка. – К., 2005; Притыка Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : монографія / Ю. Д. Притыка. – К., 2006; Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / за заг. ред. І. Г. Побирченка. – К., 2007; Комаров В. В. Міжнародний комерційний арбітраж / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. – Х., 2009.

В функциональном плане согласно украинскому законодательству государственные суды выполняют в отношении международного арбитража две группы функций: функции содействия и функции контроля (статьи 5, 6, 8, 9, 16, 27, 34, 35, 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»). По времени осуществления указанные функции можно разделить на реализуемые во время арбитражного разбирательства и после вынесения решения.

Указанные функции по своему назначению продиктованы заинтересованностью государства в обеспечении эффективности юрисдикционной деятельности международного арбитража. Предоставляя арбитражу – частному по своей природе субъекту – рассмотрение правового спора, защиту нарушенных прав и интересов участников гражданского оборота, государство, с одной стороны, наделяет международный коммерческий арбитраж определенными процессуальными гарантиями функционирования (окончателность арбитражного решения и невозможность пересмотра его по существу, ограниченный перечень оснований отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, отказ государственного суда рассматривать иск в случае наличия между сторонами спора арбитражного соглашения, принудительное исполнение государством арбитражного решения), которые не меняют, как иногда высказываются в литературе³,

³ Кужева Б. Х. Взаимодействие судебной власти с международным коммерческим арбитражем / Б. Х. Кужева // Третейский суд. – 2008. – № 1. – С. 108.

частноправового характера этого института и не указывают на наличие дуализма правовой природы третейского суда. Отправление правосудия – исключительная функция государства, осуществляемая лишь судами. Делегирование функций судов, а также присвоение этих функций другими органами и должностными лицами не допускается. Это – императивная норма, содержащаяся в ст. 124 Конституции Украины.

С другой стороны, государство не может и не должно оставлять без внимания осуществление международным коммерческим арбитражем юрисдикционной деятельности, которая затрагивает права и интересы его физических и юридических лиц. Поэтому государство возлагает на свои органы – суды – определенные контрольные полномочия за такой юрисдикционной деятельностью и ее результатом – арбитражным решением.

Обобщая высказанные в юридической литературе суждения и основываясь на украинском законодательстве, можно вычленил следующие направления осуществления функций содействия и контроля государственных судов применительно к международному арбитражу.

Функции содействия:

1) принятие обеспечительных мер в отношении иска, заявленного в международном арбитраже;

2) содействие в получении, сохранении и обеспечении доказательств;

3) формирование правоприменительной практики в русле общепринятых концепций природы арбитража

и его решений, арбитражного разбирательства;

4) формирование у юридического и бизнес-сообщества отношения к международному коммерческому арбитражу и третейским судам, рассматривающим внутренние споры, как к эффективному способу защиты прав.

Функции контроля:

1) оценка действительности арбитражного соглашения (до вынесения решения);

2) контроль компетенции международного коммерческого арбитража;

3) рассмотрение заявлений об отмене решения международного коммерческого арбитража по месту его принятия в порядке ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»;

4) рассмотрение заявлений о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в порядке, установленном главой 1 раздела VIII Гражданского процессуального кодекса Украины;

5) рассмотрение заявлений о принудительном исполнении решений международного коммерческого арбитража, если место арбитража находится на территории Украины, в частности решений Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины, в порядке, предусмотренном статьями 391–398 Гражданского процессуального кодекса Украины.

Остановимся на некоторых вопросах раскрытия важнейшей пробле-

мы взаимодействия государственных судов и международного коммерческого арбитража.

Согласно п. 3 ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» при вынесении составом Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины постановления о компетенции МКАС как по вопросу предварительного характера, любая сторона может в течение 30 дней после получения этого постановления оспорить его путем обращения в Шевченковский районный суд г. Киева, решение которого по этому вопросу не подлежит никакому обжалованию. Решение МКАС может быть отменено либо в его исполнении может быть отказано, если государственный суд установит, что объект спора не может быть предметом арбитражного рассмотрения по законодательству Украины (п. 2 ст. 34, п. 2 ст. 36 указанного Закона). Не вдаваясь в вопросы процедурного характера, хотелось бы обратить внимание на сложности при определении компетенции арбитража по рассмотрению определенных категорий дел. И эти сложности связаны прежде всего с несовершенством законодательства Украины, определяющим подведомственность споров международному коммерческому арбитражу и государственным судам – общим и хозяйственным.

Как известно, подведомственность споров международному коммерческому арбитражу в Украине установлена указанным выше Законом и обусловлена двумя критериями:

наличием иностранного элемента и предметом спора. Определяя в ст. 1 Закона в общем виде категории споров, подведомственных международному арбитражу, в том числе споры предприятий с иностранными инвестициями, споры созданных на территории Украины международных объединений и организаций между собой, споры между их участниками, равно как их споры с другими субъектами права Украины, законодатель в п. 4 этой же статьи Закона установил правило, согласно которому другим законом могут быть определены споры, которые не могут передаваться арбитражу либо могут быть переданы арбитражу по другим положениям, нежели те, которые установлены в этом Законе. В связи с принятием Хозяйственного процессуального кодекса Украины, ст. 12 которого к подведомственности хозяйственных судов, в частности, отнесены споры, которые возникают между хозяйственным обществом и его участником (учредителем, акционером), между участниками таких обществ (корпоративных споров), возникла коллизия норм о подведомственности между Хозяйственным процессуальным кодексом Украины и специальным законом – Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже», которую необходимо устранить.

Иногда, в частности, хозяйственными судами неоправданно широко трактуется ст. 16 этого же Кодекса об исключительной подсудности дел этим судам как исключая рассмотрение таких категорий дел любой

юрисдикцией, не только государственными судами Украины и судами иностранных государств, но и международными коммерческими арбитражами, независимо от того, где они находятся: в Украине или за рубежом. На наш взгляд, указанная статья Хозяйственного процессуального кодекса Украины лишь устанавливает правила определения исключительной подсудности одного государственного суда по сравнению с другими государственными судами. Правы те исследователи, которые утверждают, что распространение указанной нормы на деятельность международных коммерческих арбитражных судов, рассматривающих споры с иностранными юридическими лицами, является недопустимым, поскольку определение подсудности споров третейским судам не относится к предмету регулирования Хозяйственного процессуального кодекса.

Не совсем определенно законодательство и в отношении дел, связанных с банкротством. Оставим за рамками дела о банкротстве, согласившись с неарбитрабельностью этой категории дел. Возникают вопросы без ответа, когда в незакончившемся процессе арбитражного разбирательства в отношении одной из сторон по решению государственного суда начата процедура банкротства: что делать с начавшимся арбитражным разбирательством (вынести решение по сути, прекратить производство по делу, приостановить его и направить стороны в суд, рассматривающий дело о банкротстве), кто имеет право действовать от имени должника и т. п. Практика Международ-

ного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины исходит из того, что, выполняя требование Закона Украины «О возобновлении платежеспособности должника или объявления его банкротом» о введении моратория на удовлетворение требований кредиторов, Арбитражный суд, исходя из обстоятельств дела и стадии банкротства, в которой находится сторона, может подтвердить обоснованность требований к должнику.

До 2005 года в Украине функции по рассмотрению заявлений о компетенции международного коммерческого арбитража и отмене его решений (п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 16 и п. 2 ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже») исполнялись апелляционными судами. Потом эти функции были переданы низовому звену общих судов и, в частности, Шевченковскому районному суду г. Киева. Анализ деятельности указанного суда, о котором речь пойдет ниже, а также апелляционного и кассационного производства по этим делам дает все основания для предложения о возвращении к прежнему порядку и возложению функций содействия и контроля (п. 2 ст. 6 Закона) на апелляционные суды, а применительно к МКАС и МАК при ТПП Украины – на Киевский апелляционный суд. Это соответствовало бы международной практике, повысило бы качество выполнения государственными судами этих функций и сократило бы время для принятия окончательного решения по этим вопросам.

В законодательстве Украины заложена концепция «двойного конт-

роля», когда существует возможность проверки решения международного коммерческого арбитража по практически одним и тем же основаниям в рамках разных процедур (в рамках оспаривания решения и в рамках его принудительного исполнения – статьи 34 и 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже») и, как правило, разными государственными судами, возможно, различных стран. И несмотря на то, что она внедрена более чем в 30 государствах и рекомендована Типовым законом ЮНСИТРАЛ, в литературе высказывается критическое отношение к этой концепции, которая осложняет арбитражное разбирательство и может привести к коллизии судебных актов¹. Однако двойной контроль со стороны судебных органов решения международного арбитража на практике воспринимается не так негативно, как он выглядит в теоретических исследованиях. Предоставление стороне права оспорить решение арбитража с целью его отмены непосредственно по месту вынесения даст возможность проигравшей стороне проверить свои сомнения относительно принятого арбитражем решения в независимом судебном органе и в случае удовлетворения его жалобы не допустить процедуры исполнения решения. Данное право дает возможность сохранить баланс процессуальных возможностей и равенство сторон в отношении проверки решения: проигравшая

¹ Баккауз Н. А. О проблеме «двойного контроля» за решением третейского суда / Н. А. Баккауз // Третейский суд. – 2003. – № 5. – С. 109–112.

сторона инициирует оспаривание, выигравшая – принудительное исполнение.

Как отмечает Ю. Притыка, ссылаясь на арбитражный опыт Бельгии, которая с целью привлечения внимания международного арбитражного процесса к стране исключила в 1985 году судебное оспаривание, восстановленное в 1999 году в связи с резким уменьшением потока арбитража в Бельгию, стороны отдают предпочтение возможности оспаривания решения по месту его вынесения².

Нами была проанализирована практика рассмотрения в судебных органах Украины ходатайств об оспаривании решений Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины.

Для начала обратимся к статистике. По неполным данным, в Шевченковский районный суд г. Киева, по местонахождению МКАС, поступает в год 12–18 ходатайств об отмене его решений. При этом следует иметь в виду, что Арбитражным судом принимается в среднем 330–370 решений в год, а в 2009 году было принято 446 решений. Таким образом, оспаривается всего около 3 % принятых решений. В 2009 году из поступивших 11 ходатайств было удовлетворено лишь одно, а за январь – октябрь 2010 года было отменено 2 решения МКАС, одно – полностью и одно – частично.

² Чирич А. Право «компетенции-компетенции» как выражение независимости международного торгового арбитража / А. Чирич // Практика международного коммерческого арбитража. – 2006. – № 2. – С. 422–423.

Такое незначительное количество решений, оспариваемых проигравшей стороной, помимо всего прочего объясняется и уровнем работы арбитражного суда, объективным и беспристрастным рассмотрением дел, когда даже проигравшая сторона морально удовлетворена арбитражным разбирательством и его результатом. Это объясняется также тем, что судебной системой Украины наработана соответствующая практика рассмотрения подобных дел, в основу которой положен принцип ограниченной компетенции государственного суда при рассмотрении таких ходатайств. Ни существование решения, ни спора не может быть рассмотрено судом, а само решение может быть отменено лишь по основаниям, указанным в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 34).

Большая часть оснований для отмены решения касается нарушений юрисдикционного и процессуального характера, допущенных в ходе арбитражного разбирательства, и подлежит доказыванию стороной, заявляющей ходатайство об отмене решения. Государственный суд не имеет права выходить за рамки предоставленных стороной доказательств и аргументации.

Решение арбитража будет подлежать отмене, в случае если сторона, заявившая ходатайство об отмене, докажет, что:

– одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсут-

ствии такого указания – по закону Украины;

– сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, либо по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения;

– решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. При этом если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановление по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением.

В рамках указанной группы оснований решение арбитража может быть также отменено, если заявляющая ходатайство сторона докажет, что состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», от которого стороны не могут отступать, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали указанному Закону.

Ко второй группе относятся основания для отмены арбитражного решения, которые подлежат установлению государственным судом, рассматривающим ходатайство об отмене.

Это – противоречие решения публичному порядку Украины, и объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству Украины. Хотя инициатива об установлении указанных оснований принадлежит суду, это не означает, что сторона, инициирующая отмену, не может ссылаться в своем ходатайстве на них. Как раз наоборот, судебная практика свидетельствует о том, что почти в половине случаев ходатайство об отмене субъект обращения обосновывает, кроме всего прочего, нарушением арбитражным решением публичного порядка Украины.

Несмотря на позитивную судебную практику, ряд правовых позиций государственных судов вызывает сомнения. В продолжение разговора о компетенции международного коммерческого арбитража следует высказать возражение по поводу изложенного в определении государственного суда вывода о том, что третейские суды, в том числе и международный арбитраж, могут рассматривать только те споры, которые отнесены законодательством к их подведомственности. Представляется, что такой вопрос не основывается на законодательстве Украины и позволяет значительно «урезать» компетенцию третейских судов. Законы Украины при определении компетенции третейских судов исходят из одного принципа: третейскому суду, международному коммерческому арбитражу может быть передан любой спор по гражданским и хозяйственным правоотношениям, кроме случаев, предусмотренных законом.

Это прямо закреплено в статьях 1 и 6 Закона Украины «О третейских судах», а применительно к договорным и другим гражданско-правовым отношениям, которые возникают при осуществлении внешнеторговых и других международных связей, – в ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и ст. 2 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины (Приложение № 1 к указанному Закону). Поэтому при отсутствии прямых запретов в законодательстве о недопустимости арбитражного разбирательства любые сомнения в допустимости третейского рассмотрения конкретного коммерческого спора должны решаться в пользу его арбитрабельности, а не наоборот.

При этом следует иметь в виду, что в Украине функционируют, в соответствии с действующим законодательством, две самостоятельные подсистемы третейского судопроизводства: международный коммерческий арбитраж, который рассматривает лишь внешнеэкономические споры, и третейские суды для разрешения только внутренних споров. Хотя их природа сходна, эти две подсистемы третейского разбирательства регламентируются отдельными законами: международный арбитраж – Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже», третейские суды – Законом Украины «О третейских судах», ст. 1 которого прямо указывает на то, что действие этого Закона не распространяется на коммерческий арбитраж.

Украинское законодательство о международном арбитраже восприняло доктрину «компетенция компетенции», суть которой состоит в праве арбитражного суда на самостоятельное решение вопроса о его собственной компетенции, на основании которого, если оно положительного характера, арбитраж оканчивает рассмотрение дела и выносит решение по сути конкретного спора. Такое право арбитражного суда закреплено в ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже». При этом решение арбитража по вопросу компетенции не является окончательным, оно подлежит проверке государственным судом в процессе обжалования или приведения арбитражного решения в исполнение.

Рассматривая вопрос о своей компетенции, арбитражный суд с необходимостью должен провести анализ арбитражного соглашения, уяснить его содержание, т. е. осуществить действия, которые входят в понятие «толкование нормы». Без толкования невозможно принятие арбитражным судом обоснованного решения о своей компетенции. Между тем, приняв формальную точку зрения о том, что согласно статьям 213 и 637 Гражданского кодекса Украины исключительное право на толкование содержания договора имеют лишь стороны и суд может принять решение по толкованию договора лишь на основании соответствующего требования стороны, местный суд, поддержанный, к сожалению, апелляционной и кассацион-

ной инстанциями, пришел к заключению, что международный арбитраж, определяя свою компетенцию, истолковал содержащуюся в спорном контракте арбитражную оговорку и вышел за пределы этой оговорки, поскольку в ней не идет речь о поручении сторон арбитражу толковать оговорку. Более того, государственный суд в своем определении отметил, что такие действия арбитража являются присвоением функций суда другими органами и нарушением публичного порядка. Представляется, что такой подход является неправильным, не учитывает, во-первых, положение специального закона – Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» о праве международного коммерческого арбитражного суда определять свою компетенцию путем толкования арбитражной оговорки и, во-вторых, особенностей ее правовой природы, заключающейся, в частности, в ее автономности от иных условий договора.

Подводя итог, следует еще раз подчеркнуть важность взаимодействия судебной власти с международным коммерческим арбитражем, большое значение поддержки, оказываемой государственными судами арбитражу на всех стадиях арбитражного разбирательства, необходимость строгого соблюдения процессуальных норм о пределах судебного контроля для повышения эффективности международного коммерческого арбитража.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 1. – С. 130–138.

Г. Чанала, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, ученый секретарь НИИ государственного строительства и местного самоуправления НАПрН Украины

Публичность как признак власти – подход к проблеме

На протяжении всего развития общественно-политической мысли проблема власти представляла особый интерес. И это вполне закономерно, ибо без анализа соответствующих вопросов практически невозможно понять устройство общества, классифицировать формы публичной власти, раскрыть механизм взаимодействия между людьми. Разработкой соответствующей проблематики в правоведении в свое время занимались достаточно видные ученые – Н. М. Кейзеров, Г. Г. Филиппов, В. О. Тененбаум, Ф. М. Бурлацкий, И. Е. Фарбер, М. И. Байтин, А. Г. Тиковенко, Ю. А. Тихомиров¹. Разнообразие подходов к

проблематике публичной власти характерно для целого ряда современных работ². По мнению отдельных учёных власть как глобальный есте-

кий. – М. : Наука, 1970; Фарбер И. Е. Вопросы теории советского конституционного права / И. Е. Фарбер, В. А. Ржевский. – Саратов : Приволж. кн. изд., 1967. – Вып. 1; Байтин М. И. Государство и политическая власть / М. И. Байтин. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1972; Тиковенко А. Г. Теоретические проблемы авторитета государственной власти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. Г. Тиковенко. Белорус. гос. ун-т. – Минск, 1993; Тихомиров Ю. А. Власть и управление в социалистическом обществе / Ю. А. Тихомиров. – М. : Юрид. лит., 1968.

² См.: Чиркин В. Е. Публичная власть / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 2005 ; Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть / Н. С. Бондарь. – М. : Изд. дом «Городец», 2004; Гомеров И. Н. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура / И. Н. Гомеров. – М. : ЮКЭА, 2002; Меньшиков В. В. Власть и самоуправление / В. В. Меньшиков. – Ростов н/Д : Изд. Рост. ун-та, 1991.

¹ См.: Кейзеров Н. М. Власть и авторитет / Н. М. Кейзеров. – М. : Юрид. лит., 1973; Филиппов Г. Г. Социальная организация и политическая власть / Г. Г. Филиппов. – М. : Мысль, 1985; Тененбаум В. О. Государство: система категорий / В. О. Тененбаум. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1971; Бурлацкий Ф. М. Ленин. Государство. Политика / Ф. М. Бурлац-

ственно-природный, социокультурный и правовой феномен человеческого сообщества достойна стать предметом для изучения отдельной науки – кратологии¹. Предпринимаются очередные попытки концептуального междисциплинарного и, в частности, политологического осмысления указанного феномена², равно как и многих иных его аспектов³.

Тем не менее, ввиду многообразия толкований, явление публичной власти по-прежнему понимается крайне неоднозначно, а его изученность со стороны фундаментальных юридических наук оставляет желать лучшего. Публичную власть продолжают характеризовать в одних случаях в качестве «государственной», в других – в качестве «общественной». В результате актуальной является необходимость анализа феномена публичной власти (и в частности – соответствующей категории) в широком контексте – не только как простого синонима термина «социальная власть» («социальность» = «публичность»), но и как категории, подразумевающей изучение проблематики согласования интересов в обществе, меры соотношения индивидуальных и коллективных интересов. Очевидно, что анализ именно этих вопросов в рамках юридической науки имеет перспективы, в то время как использование термина «власть»

в общеупотребительном значении, которое мы наблюдаем сегодня, лишний раз свидетельствует о необходимости углубления соответствующих исследований.

В общей теории государства и права в наиболее концентрированном виде проблематика соотношения индивидуального и коллективного традиционно находит отражение на уровне деления права на публичное и частное. Теоретическое обоснование такого деления берет начало еще со времен Древнего Рима и заключается в выделении норм права, которые призваны обеспечивать прежде всего общезначимые (публичные) интересы, и норм, которые защищают интересы частных лиц⁴. Анализ принципов общественной организации позволяет акцентировать внимание на отдельных признаках публичности. Публичное право традиционно характеризуется не только ориентацией на удовлетворение публичных интересов, но и односторонностью волеизъявления его субъектов, иерархичностью отношений, преобладанием директивно-обязательных норм. Императивность норм публичного права наглядно выражает его приказной характер⁵. Все обозначенные признаки в то же время характерны и для общественной власти как таковой. Не случайно еще И. А. Ильин фактически проводил па-

¹ Халипов В. Ф. Наука о власти. Кратология / В. Ф. Халипов. – М.: ОСЬ-89, 2008. – С. 19 – 31.

² Желтов В. В. Теория власти / В. В. Желтов. – М.: Флинта : МПСИ, 2008.

³ См. например: Шейнов В. П. Психология власти / В. П. Шейнов. – М.: Ось-89, 2003.

⁴ Пухан И. Римское право : пер. с макед. / И. Пухан, М. Поленак-Акимовская. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – С. 1–2.

⁵ Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. Т. 2. / [отв. ред. проф. М. Н. Марченко]. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. – С. 398.

раллель между публичными и властными отношениями, отмечая, что в каждом публичном правоотношении одна из сторон является властвующей¹.

Признаки публичности проявляются в том, что публичная власть всегда предполагает возможность доминирования одной части соответствующей социальной общности (большинства) над другой ее частью, образующей меньшинство. Такое доминирование следует понимать не как принуждение или подавление, образующие по сути лишь самые простые формы, а в наиболее общем плане, как необходимость соотнесения интересов отдельного индивида или небольшой группы индивидов с интересами всех. Вместе с тем деление права на публичное и частное является фактически следствием размежевания тех интересов индивида, которые безразличны для других индивидов, и соответственно тех интересов, которые, сталкиваясь с объективной реальностью существования многих других — таких же точно индивидов (феноменом общества), нуждаются во взаимном согласовании. В процессе такого согласования, даже в идеальном варианте, субъект будет вынужден умерить собственные амбиции и добросовестно (или же в противном случае принудительно) соотносить собственные интересы с интересами других членов социума. В этом состоят принципы публично-

сти, которые и находят внешнее отражение, в частности, в существовании публичной власти и соответствующем делении права на публичное и частное.

Изложенное имеет принципиальное значение в контексте выяснения природы феномена публичной власти, ведь иногда высказывается точка зрения, будто бы публичной властью является лишь государственная (иногда — политическая) власть². Последняя позиция является своеобразным продолжением характерной в частности для ряда советских исследований традиции выделения власти принудительной и власти не принудительной — такой, которая опирается на добросовестность и добровольное подчинение управляющей воле³. В известной мере «компромиссным» вариантом можно считать выделение в структуре социальной власти сугубо публичной власти (государственной — политической) и власти частично публичной, «квазипубличной»⁴.

Необходимо учитывать, что длительное время к основным проявлениям публичности в обществе действительно относили государственную власть, управление, и такой подход не является случайностью. Как отмечает Ю. А. Тихомиров, указанные феномены характеризуются высшей степе-

¹ Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — С. 121.

² См.: Алексеев С. С. Государство и право: начальный курс — 3-е изд. перераб. и доп. / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1996. — С. 12.

³ См.: Усачев В. Л. Социальная власть (понятие и разновидности) / В. Л. Усачев // Вест. Моск. ун-та. — 1976. — № 6. — С. 73.

⁴ См.: Чиркин В. Е. Современное государство / В. Е. Чиркин. — М. : Междунар. отношения, 2001. — С. 112.

нию официальности, нормативной сконцентрированностью общих интересов и средств их обеспечения¹. Однако детальный анализ наглядно демонстрирует, что возможность реализации общей воли коллектива, наличие механизмов ее принудительного обеспечения является характерной для любой власти в обществе, отличаться будет лишь степень ограничения отдельных интенций.

Общественная власть немислима без принуждения, которое в соответствии с историческими обстоятельствами и характером власти приобретает различное содержание и формы. В этом отношении в свое время А. К. Белых, анализируя проблематику власти, вполне обоснованно ставил знак равенства между существованием в обществе подчинения меньшинства большинству и наличием в нем власти. Ведь такое подчинение не обязательно должно носить характер насилия и принуждения². Наглядности отмеченной закономерности способствует, в частности, объективное многообразие состава общества, в котором, например, всегда присутствует группа индивидов с незрелым правосознанием. Даже при идеальном стечении обстоятельств в обществе едва ли не половину его членов составляют дети, несовершеннолетние, душевнобольные и т. д., для которых разумное политическое целеполагание не вполне досягаемо ввиду невозможно-

сти принимать участие в жизни и творчестве публично-правовой корпорации; ведь система управления, в частности государство, даже функционируя на их благо, в любом случае принимает свои решения не через их волеизъявление³. Указанная закономерность тем более актуальна в отношении лиц, которые стремятся противопоставить собственный интерес коллективному. Организация человеческого коллектива в любой его разновидности уже сама по себе всегда выступает воплощением определенной власти, формой авторитета по отношению к ее членам. Подчинение меньшинства большинству, авторитет, власть – объективные и необходимые атрибуты не только управления, но и самоуправления. Они объективно присущи любой организации, любому человеческому коллективу⁴.

В результате любая власть в обществе является публичной не по формальным признакам (как известно, «публичный» в переводе с латыни и есть «общественный»), а прежде всего ввиду воплощения в ней принципиальных начал организации самого общества, которое всегда объективно предполагает необходимость поиска «общего», а стало быть, по своей природе вынуждено в известной мере ограничивать «индивидуальное». То есть публичность необходимо рассматривать не как специфический при-

¹ Тихомиров Ю. А. Публичное право: падения и взлеты / Ю. А. Тихомиров // Государство и право. – 1996. – № 1. – С. 7.

² См.: Белых А. К. Управление и самоуправление / А. К. Белых. – Л. : Изд-во «Наука». – 1972. – С. 106.

³ Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 276–277.

⁴ Белых А. К. Управление и самоуправление / А. К. Белых. – Л. : Наука, 1972. – С. 107.

знак власти, а как аксиому общественной организации. Вместе с тем власть выступает по сути лишь механизмом определения и реализации такой публичности. В целом и деление права на публичное и частное является закономерным следствием противоречивого соотношения индивидуальных устремлений и реалий неотвратимости, неизбежности коллективного существования. Это подтверждается, в частности, тем, что некоторые области права насыщены элементами публичного и частного в довольно своеобразных пропорциях (экологическое, право социального обеспечения и другие), а потому вполне закономерно искать основания указанного деления не в праве, а на более высоком уровне обобщения. Вместе с тем, на определенном этапе, вероятно, можно будет вести речь о введении в категориальный аппарат общей теории государства и права, наряду с делением права на публичное и частное, более общих терминологических конструкций, которые отражали бы отличия и соотношение индивидуальной и коллективной (публичной) сфер социума. Не случайно уже сейчас в отдельных отраслевых исследованиях можно встретить определенные наработки в этой сфере, которые, однако, не выходят за пределы собственных изысканий, например в гражданском праве¹. Суще-

¹ См.: Зельдина Е. Обеспечение публичных и частных интересов специальным режимом хозяйствования / Е. Зельдина // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 2. – С. 37–40; Вінник О. М. Приватні та публічні інтереси, їх роль і відображення в господарському праві / О. М. Вінник // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 4. – С. 6–9.

ствуют и некоторые попытки более обобщенного осмысления, которые, в то же время почти всегда ограничиваются лишь обозначением проблемы².

В отличие от традиционной проблематики гражданского общества, которая в известной мере способна показать соотношение потенциалов общества и государства, указанное деление, прежде всего, отображало бы более общую и не менее дискуссионную в философской и правовой литературе проблематику соотношения индивида (личности) и общества. В современных условиях существенной диверсификации сферы публичного, происходящей наряду с прочим и за счет распространения начал самоорганизации в различных сферах, когда публичное уже далеко не сводится лишь к государственному, подобная новация представляется вполне оправданной. Безусловно, новизна в данном случае довольно условна, ведь еще Ульпиан не просто отмечал деление права на публичное и частное, но и указывал на существование тех вещей, которые полезны в публичном отношении и соответственно тех, которые важны в частном³. И если на определенном этапе соотношение общественного и индивидуального могло быть представлено в виде дуалистичной модели «государство – индивид», ввиду отождествле-

² Чиркин В. Е. Индивид и общество: коллективные конституционные права / В. Е. Чиркин // Право и политика. – 2001. – № 4. – С. 90–93.

³ Історія вчень про право і державу : хрестоматія / [уклад., заг. ред. Г. Г. Демиденко]. 2-е вид., допов. і змін. – Х. : Легас, 2002. – С. 83.

ния публичного и государственного, на этапе значительного усложнения общественных отношений, более того, учитывая, что не все индивидуальное и публичное обязательно находит отражение в праве, необходимо вести речь о более сложной, многовекторной связи между этими сферами.

В таком контексте формулировку статьи 5 Конституции Украины, согласно которой единственным источником власти в Украине является народ, сегодня также можно считать в определенной мере традиционной, ведь константами современного полицентрического общества являются лишь индивид и разнообразные формы социальных коллективов, каждый из которых имеет собственные институционализированные формы координации. В результате народ выступает лишь в качестве одной из многих форм публичности, которая к тому же не является неизменной в частности в условиях глобализации. В этих условиях прежде всего нуждается в концептуальном исследовании характер соотношения отдельных публичных интересов, как между собой, так и по отношению к отдельным индивидуальным интересам.

Как видим, публичность, доминирование «общего» над «индивидуальным» являются характерными для любых социальных общностей и соответствующих структур управления, вне зависимости от их размера. Различие между ними является лишь различием степени. Указанные отличия степени публичности отдельных видов социальных общностей имеют

принципиальное значение прежде всего в контексте определения оптимальных форм организации управления в них. Максимальное сбалансирование направлений деятельности субъектов, наделенных властными полномочиями, с интересами социального коллектива, то есть фактически обеспечение оптимального соотношения между ними, очевидно, возможно лишь в рамках простейших социальных организаций и, наоборот, по мере усложнения последних, нуждается во внедрении сложных дополнительных механизмов.

В последнем случае «отрыв» управленческих структур от системы, которая уполномочила их ею руководить, неоднократно становившийся предметом научных дискуссий, требует взаимосвязанного действия целого ряда факторов. К ним, как известно, относятся и проблематичность нахождения в пределах сложно организованной, объективно неоднородной социальной системы стратегии деятельности, в которой все члены этой системы были бы заинтересованы в равной степени; и неспособность социальной системы путем непосредственного участия ее членов эффективно осуществлять широкий комплекс общих интересов – с одной стороны, это вытекает из больших размеров коллектива, а с другой – эффективное управление требует особых профессионально-психологических способностей, а стало быть, связано с общественным разделением труда. Нельзя не учитывать и необходимость предоставления структурам управления определенной меры орга-

низационной самостоятельности, что является необходимым условием их эффективного функционирования. Как следствие, на определенном уровне неизбежно происходит концентрация значительного потенциала, который может быть использован по усмотрению специально уполномоченного аппарата.

Указанное можно наблюдать на примере такой сверхсложной социальной организации, как государство. В условиях отдаления от тоталитарных форм и соответствующей потребности разрушения стереотипов восприятия населением государства как отчужденного от общества учреждения, вполне оправданными выглядят высказывания теоретиков относительно того, что государство является организацией всего общества, созданной им ради реализации собственных нужд, общим и благородным делом всего общества¹. С этим сложно спорить, однако, с учетом всего вышесказанного, нельзя игнорировать того обстоятельства, что любая, даже идеальная государственная организация, так или иначе, является системой, которая, приближаясь к обществу в той или иной степени, ввиду ряда объективных факторов на современном этапе развития цивилизации никогда не совпадает с обществом в полной мере. Данное противоречие формы и содер-

жания в свое время отмечал И. А. Ильин, когда писал, что хотя по идее государство и должно сводиться к самоуправлению всего народа, однако единая и объективная цель государства настолько высока и требует от граждан такого зрелого правосознания, что исторически народы, мягко говоря, неспособны к самоуправлению. Как следствие, существует большое расхождение между идейной формой государства и ее историческим воплощением — в идее государство это корпорация, но в действительности оно является учреждением². Отмеченные черты наиболее рельефно проявляются на уровне сверхпубличной организации, каковой является государство, однако в то же время они характерны для любых форм организации власти. Принципиальным в данном случае, по нашему мнению, является то, что несмотря на отмеченные различия в масштабах деятельности и степени отдаленности институтов власти от социума, все указанные формы власти тем не менее по сути своей являются однородными явлениями, и в основе такой однородности лежит именно феномен «публичности».

Предпринятый анализ, таким образом, дает основания утверждать, что выделение отдельными исследователями «непубличной», или «квазипубличной» власти лишено достаточных оснований — для любой власти в обществе характерна возможность осуществления общей воли коллекти-

¹ См.: Мамут Л. С. Государство в ценностном измерении / Л. С. Мамут. — М. : НОРМА, 1998. — С. 9; Лобода Ю. Загальне державорозуміння як методологічна основа оцінки гуманітарності держави / Ю. Лобода // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4. — С. 26.

² Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — С. 274.

ва, наличие механизмов ее практического воплощения; различной является лишь степень ограничения отдельных интенций. Публичная власть всегда предусматривает возможность доминирования одной части соответствующей социальной общности (большинства) над другой ее частью, которая образует меньшинство. Такое доминирование следует понимать не как принуждение или подавление, а в широком контексте – как необходимость соотнесения интересов отдельного индивида, или небольшой группы индивидов, с интересами большинства. В результате, любая власть

в обществе является публичной не по формальным признакам (как сугубо общественное явление), а прежде всего ввиду воплощения в ней конструктивных начал организации этого общества, которое всегда объективно предполагает необходимость поиска общего, что собственно и образует феномен публичности. Вместе с тем власть лишь выступает непосредственным механизмом определения и реализации такой публичности.

Опубликовано: Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. – Х. : Право, 2011. – Вип. 22. – С. 106–114.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

УДК 347.133

Н. Кузнецова, академик НАПрН Украины, заслуженный деятель науки и техники Украины, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Недействительность сделок (к вопросу об антисоциальных сделках и последствиях их совершения)

Сделка представляет собой одно из наиболее важных правовых явлений, выступающих действенным инструментом гражданско-правового регулирования общественных отношений. Достаточно сказать, что наибольшее количество гражданско-правовых отношений возникает именно из сделок.

Принимая во внимание эту роль сделок как юридических фактов гражданского права, ГК Украины в ст. 203 определил общие требования, соблюдение которых является необходимым для действительности сделки, то есть для того, чтобы соответствующие действия физических и юридических лиц выступили основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей. Эти требования сводятся к следующему: содержание сделки не

должно нарушать положения ГК Украины, других актов гражданского законодательства, а также нравственных начал общества; лицо, совершающее сделку, должно иметь необходимый объем дееспособности; волеизъявление участника сделки должно быть свободным и соответствовать его внутренней воле; сделка должна совершаться в форме, установленной законом; сделка должна быть направлена на реальное установление правовых последствий, обусловленных ею.

Именно соблюдение этих требований делает сделку «полноценным» юридическим фактом, запускающим механизм гражданско-правового регулирования: переводение гражданских прав и обязанностей из нормативной плоскости в сферу реальных гражданских правоотношений, содержанием которых являются граждан-

ские права и обязанности, принадлежащие физическим и юридическим лицам.

Если нарушается хотя бы одно из требований, предусмотренных ст. 203 ГК Украины, действия физических и юридических лиц только условно могут рассматриваться в качестве сделки и, следовательно, не могут выполнять функцию юридического факта.

Поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 216 ГК Украины недействительная сделка не создает никаких иных юридических последствий, кроме последствий, обусловленных ее недействительностью, в юридической литературе вопрос как о недействительности сделки, так и о правовых последствиях совершения недействительной сделки остается предметом оживленных дискуссий, а на практике – вызывает многочисленные вопросы.

В литературе справедливо отмечается, что, хотя институт недействительности сделок в законодательстве используется уже давно, в науке гражданского права до сих пор не существует единого мнения об определении понятия недействительных сделок. При этом незаслуженно упускается из виду или недостаточно полно освещается немаловажный вопрос: что такое недействительность сделок, как соотносится это понятие с понятием недействительных сделок¹.

Не вызывает сомнений, что сделка (а точнее – действия, содержащие

признаки сделки), не соответствующая требованиям, предусмотренным ст. 203 ГК Украины, не может рассматриваться как надлежащий (действительный, действующий) юридический факт и, следовательно, создавать, изменять или прекращать гражданские права и обязанности. Как отмечалось, следствием совершения таких действий могут быть исключительно последствия, связанные с констатацией (признанием) сделки недействительной.

При таких условиях вполне целесообразным является вопрос: а в целом насколько правильно (в том числе и прежде всего терминологически) называть действия, нарушающие требования ст. 203 ГК Украины, хотя бы и недействительными, но все же сделками.

На это обстоятельство в свое время обращал внимание М. М. Агарков, подчеркивая, что термином «сделка» следовало бы обозначать лишь то действие, которое реально приводит к желаемому правовому результату. Те же действия, которые к правовому результату не приводят или приводят, но не к тем результатам, на которые было направлено действие, следует именовать «волеизъявлением» и говорить о недействительности волеизъявления, а не о недействительности сделки.

Сделка всегда действительна, подчеркивал М. М. Агарков, в ней всегда действительно и волеизъявление. Таким образом, действительным или недействительным может быть лишь волеизъявление².

¹ Гутников О. В. К вопросу о понятии недействительных сделок / О. В. Гутников // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. – М. : Статут, 2006. – С. 58.

² См.: Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Сов. государство и право. – 1946. – № 3–4. – С. 47–48.

Однако, как видим, в процессе последней кодификации гражданского законодательства в Украине, как и в других странах СНГ, законодатель не изменил терминологических подходов при определении действий, не соответствующих законодательно установленным требованиям в ст. 203 ГК Украины, и как и ранее именуем их недействительными сделками.

Однако, определяя их правовую природу, по нашему мнению, нет достаточных оснований признавать, что недействительные сделки так же можно рассматривать юридическими фактами, которые сами по себе представляют правовое явление и правомерны, однако не создают тех правовых последствий, которые были целью их совершения.

Вместе с тем эта позиция вызывает определенные возражения. Так, в российской литературе О. В. Гутников высказывает мнение о том, что недействительная сделка сама по себе также является юридическим фактом. Он выделяет два понятия: сделку-факт и сделку-правоотношение и полагает, что нет ни теоретических, ни нормативных оснований связывать понятие сделки с наступлением правового результата, на который была направлена воля сторон¹.

По его мнению, правовые последствия находятся за пределами самого понятия сделки как правового явления и относятся к сделке-правоотношению, а не к сделке-факту.

¹ См.: Гутников О. В. Недействительность сделки в гражданском праве (теория и практика оспаривания) / О. В. Гутников. – М. : Статут, 2007. – С. 30.

Поскольку недействительность как таковая относится к юридическим последствиям (то есть к сделке-правоотношению, а не к сделке юридическому факту), говорить о том, что недействительная сделка не является юридическим фактом, считает автор, некорректно².

Недействительная сделка как юридический факт – это «действие граждан или юридических лиц, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, за которым право отрицает юридические последствия, на которые была направлена воля сторон, по основаниям, указанным в Гражданском кодексе, имеющим место на момент совершения действия. Недействительная сделка как юридический факт может быть как правомерным, так и неправомерным действием»³.

О. В. Гутников считает, что при оценке сделки на предмет правомерности осуществляется проверка того, противоречит ли сделка императивным предписаниям закона. Если такое противоречие выявляется, сделка признается неправомерной. Если при этом сделка нарушает запреты, то она является противоправной, то есть правонарушением.

В украинской цивилистике эту позицию разделяет И. В. Спасибо-Фал

² См.: Гутников О. В. К вопросу о понятии недействительных сделок / О. В. Гутников // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. – М. : Статут, 2006. – С. 69.

³ Там же. – С. 93–94.

теева, поддерживая точку зрения о том, что недействительная сделка не может быть юридически безразличным фактом, в силу того, что с ее заключением закон связывает возникновение для сторон определенных последствий (хотя и не тех, к которым стремились стороны)¹.

С таким видением правовой природы недействительной сделки вряд ли можно согласиться. Четкая система юридических фактов, обуславливающих динамику гражданских правоотношений (их возникновения, изменения, прекращения) и, следовательно, гражданского оборота в целом, определяет место в этой системе сделок, опираясь прежде всего на ее «конститутивные» признаки: правомерность, волевой характер, направленность на достижение определенного результата. Именно эти признаки влияют на общую характеристику сделок как юридического факта и определяют соотношение их с другими юридическими фактами, в том числе с юридическими актами, юридическими поступками, гражданско-правовыми деликтами (правонарушениями).

Отсутствие хотя бы одного признака свидетельствует о «дефектности» этого действия как юридического факта. Это обстоятельство очень четко подчеркнул М. М. Агарков, отмечая, что такое действие в целом не

может рассматриваться как сделка и требует иного терминологического определения. Как уже отмечалось, он предлагал «воздерживаться» от использования термина «недействительная сделка», заменяя его иным – «недействительное волеизъявление», именно исходя из отсутствия необходимых условий сделки как юридического факта.

Современные исследователи проблемы недействительности сделок, ее правовых последствий придерживаются традиционных взглядов на оценку недействительных сделок как правового явления, находящегося за пределами системы юридических фактов, в свое время обоснованных в трудах М. М. Агаркова, О. А. Красавчикова, Ф. С. Хейфец и других советских цивилистов. Отвергая возможность и целесообразность квалификации недействительных сделок как юридических фактов *sui generis* (особого рода), А. А. Кот отмечает, что есть все основания утверждать, что в существующей системе юридических фактов нет места недействительным сделкам. Этот вывод в значительной степени основывается на отсутствии правовых последствий у недействительных сделок и только опосредованно подтверждается невозможностью «вписать» недействительные сделки в ту или иную группу (разновидность) юридических фактов².

¹ См.: Спасибо-Фатеева И. Недействительные сделки и проблемы применения реституции / И. Спасибо-Фатеева // Ежегодник украинского права. – 2009. – № 1. – С. 150.

² См.: Кот А. А. Природа недействительных сделок / А. А. Кот // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика. – М. : Статут, 2006. – С. 114–115.

Д. О. Тузов занимает в этом вопросе еще более категоричную позицию: «Недействительная сделка не соответствует предусмотренной для нее нормативной схеме и в этом смысле *не существует для права*, не производя связываемого с ее типом правового эффекта. Поскольку же понятию юридического факта имманентна его связь с правовым эффектом, необходимо признать, что недействительная сделка как таковая (именно как сделка) юридическим фактом не является. Это – действие, для права безразличное. Оно не запрещается, но и не санкционируется объективным правом, не берется им под свою защиту»¹.

Как видим, давняя дискуссия о правовой природе недействительных сделок, начатая еще в российской дореволюционной цивилистике, активно продолженная в советский период, и сегодня вызывает оживленный интерес в юридической науке. В определенной степени это обусловлено отсутствием фундаментальных исследований цивилистического и общетеоретического характера, посвященных институту юридических фактов, не только в Украине, но и в других государствах СНГ².

¹ Тузов Д. О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции / Д. О. Тузов. – М. : Статут, 2007. – С. 134–135.

² За последние десять лет можно назвать работы М. А. Рожковой, к примеру: Юридические факты гражданского и процессуального права. – М. : Статут, 2009. – 332 с.; Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификация, основы взаимодействия : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2010. – 55 с.

В это же время можно без преувеличения утверждать, что институт недействительности сделок имеет одинаково важную и одинаково дискуссионную и теоретическую, и практическую составляющую.

Как уже подчеркивалось, именно правовые последствия недействительности сделки вызывают значительный интерес у исследователей и практиков. Ретроспективный анализ гражданского законодательства свидетельствует, что в ГК УССР, как и в кодифицированных актах гражданского права других республик бывшего СССР, основным правовым последствием недействительности сделок по большинству оснований было применение двусторонней реституции. Так, ст. 48 ГК УССР предусматривала, что по недействительной сделке каждая из сторон обязана возвратить другой стороне все полученное по сделке, а при невозможности возвратить полученное в натуре – возместить его стоимость в денежном выражении, если иные последствия недействительности не предусмотрены законом. В отдельных случаях, помимо двусторонней реституции, в качестве исключения допускалось возмещение понесенных «потерпевшей» стороной расходов (в случае заключения сделки с малолетним или ограниченным в дееспособности либо недееспособным лицом, о чем другая сторона знала или должна была знать).

Особые правовые последствия законодатель определил для так называемых «антисоциальных», «антиобщественных» сделок, совершенных с целью, заведомо противной интере-

сам социалистического государства и общества. При наличии умысла у обеих сторон – в случае исполнения сделки обеими сторонами – все полученное сторонами по сделке взыскивалось в доход государства, а в случае исполнения сделки одной стороной с другой стороны взыскивалось все, что было получено ею, и все, что ей причиталось передать первой стороне в возмещение полученного. При наличии умысла только у одной стороны все полученное ею по сделке должно было быть возвращено другой стороне, а полученное последней или причитающееся ей в возмещение исполненного – взыскивалось в доход государства.

Принимая во внимание характер этих последствий, они получили название гражданско-правовой конфискации, в учебной литературе они именовались также «недопущением реституции»¹.

Следует отметить, что применение последствий, предусмотренных ст. 49 ГК УССР (гражданско-правовая конфискация) даже в советское время осуществлялось достаточно редко, в исключительных случаях. Один из них был предусмотрен постановлением Пленума Верховного Суда СССР от 6 октября 1970 г. «О применении судами законодательства при разрешении споров, одной из сторон в которых является колхоз». Судам рекомендовалось признавать недействительными договоры, в которых в прямой или скрытой форме нарушалось право государственной собствен-

ности на землю (купля-продажа, залог, сдача земли в аренду и т. п.) и применять именно те последствия, которые предусмотрены ст. 49 ГК УССР (аналогичная норма содержалась в ст. 49 ГК РСФСР).

Эта позиция основывалась на том, что в соответствии со ст. 90 ГК УССР земля, ее недра, воды и леса состояли в исключительной собственности государства и предоставлялись другим субъектам только в пользование. Таким образом, скрытый оборот земельных участков рассматривался с позиций гражданского законодательства как «антисоциальные, антиобщественные» сделки, подрывающие конституционные основы социалистического строя.

Как свидетельствует практика, с момента создания системы органов государственной налоговой службы, ст. 49 ГК УССР получила «вторую жизнь». В целях обеспечения пополнения государственного бюджета и применения штрафных санкций финансового характера к недобросовестным плательщикам налогов налоговые органы стали активно инициировать предъявление исков о признании сделок, совершенных физическими и юридическими лицами, недействительными именно по основаниям, предусмотренным ст. 49 ГК УССР (в дальнейшем ГК Украины 1963 г.).

Анализ практики разрешения хозяйственными судами споров о признании недействительными сделок показал «востребованность» ст. 49 ГК Украины в фискальных целях. Налоговые органы пользовались достаточно простой схемой. Выявляя в ходе

¹ См.: Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. В. А. Рясенцева. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 212–215.

проверок деятельности субъектов предпринимательства «фиктивные предприятия» (как правило, созданные несуществующими учредителями по утерянным или похищенным документам и не ведущие реальной хозяйственной деятельности), в судебном порядке признавали недействительными их учредительные документы и, соответственно, государственную регистрацию юридического лица. Далее, проанализировав хозяйственно-финансовые операции, совершенные с участием такого «фиктивного» юридического лица, налоговые органы обращались в суд с требованием признать недействительными все сделки, заключенные с их участием по основаниям, предусмотренным ст. 49 ГК Украины. Причем поскольку на момент рассмотрения спора фиктивное предприятие, как правило, уже давно перестало существовать в обороте, не оставив никаких надежд возможным кредиторам, все негативные последствия ложились на плечи вполне добросовестного субъекта предпринимательской деятельности. Такая ситуация вызывала неоднозначную реакцию в предпринимательской среде, дестабилизировала судебную практику, поскольку в процессе судебного разбирательства в орбиту спора втягивались различные государственные органы – общие суды, хозяйственные суды, органы исполнения судебных решений и т. п.

Положение дел несколько изменилось в связи с принятием в 2003 г. нового Гражданского кодекса Украины, который не содержал нормы, аналогичную ст. 49 ГК Украины, и в каче-

стве возможных последствий признания сделки недействительной не предусмотрел двустороннюю или одностороннюю гражданско-правовую конфискацию (недопущение реституции).

Принципиальная новелла ГК Украины 2003 года заключалась в том, что законодатель, определяя правовые последствия недействительности сделок, вообще отказался от применения конфискационных последствий. В силу абз. 2 ч. 1 ст. 216 ГК Украины при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой стороне в натуре все, что она получила во исполнение этой сделки, а в случае невозможности такого возврата, в частности, тогда, когда полученное заключается в пользовании имуществом, выполненной работе, оказанной услуге, – возместить стоимость по ценам, действующим на момент возмещения.

По-иному в ГК Украины 2003 г. решается вопрос о компенсации убытков, причиненных недействительностью сделки. В качестве общего правила закреплено положение о том, что, если в связи с совершением недействительной сделки другой стороне или третьему лицу причинены убытки и моральный вред, они подлежат возмещению виновной стороной (ч. 2 ст. 216 ГК Украины).

Анализируя приведенные новеллы ГК Украины 2003 г., можно констатировать, что они вполне логично вписываются в концепцию частноправового метода регулирования имущественных и личных неимущественных отношений, основанных на юри-

дическом равенстве сторон и автономии их воли. Как уже обращалось внимание ранее, нарушение условий действительности сделки само по себе не превращает это действие в правонарушение, оно лишает это действие («волеизъявление» по М. М. Агаркову) статуса юридического факта. Именно поэтому возвращение сторон в первоначальное имущественное положение (двусторонняя реституция) в этом случае может рассматриваться в качестве наиболее адекватного правового последствия.

Что же касается возможности возместить причиненные недействительной сделкой убытки или моральный ущерб, то в соответствии с общими правилами ст. 22 ГК Украины лицо, которому причинены убытки в результате нарушения его гражданского права, имеет право на его возмещение. Аналогично ст. 23 ГК Украины предусматривает право любого лица на возмещение причиненного ему вследствие нарушения его гражданского права морального вреда.

Таким образом, установленные ст. 216 ГК Украины правовые последствия признания сделок недействительными можно рассматривать в качестве абсолютно сбалансированных мер, установленных законодателем на случай нарушения условий действительности сделок, закрепленных в ст. 203 ГК Украины.

Вместе с тем эта логика, определяющая глубину концептуального подхода к установлению правовых последствий недействительности сделок, нарушалась наличием в Хозяйственном кодексе Украины статей 207,

208, предусматривающих возможность признать недействительным *хозяйственное обязательство*, не соответствующее требованиям закона или совершенное с целью, заведомо противной интересам общества и государства, или заключенное участниками хозяйственных отношений с нарушением хотя бы одним из них хозяйственной компетенции (специальной правосубъектности) по требованию одной из сторон или соответствующего государственного органа.

В качестве последствий признания хозяйственного обязательства недействительным ХК допускает применение конфискационных мер (двустороннее или одностороннее недопущение реституции). Таким образом, анализ содержания статей 207, 208 ХК Украины (если абстрагироваться от всех «несуразностей» в формулировках, которые подверглись достаточно жесткой критике в юридической литературе)¹, дает основание для вывода о том, что фактически сохранен механизм ранее действовавшей ст. 49 ГК Украины.

В связи с приведенным интересно проанализировать опыт российского законодателя в этом вопросе. Следует отметить, что в ГК РФ в числе составов недействительных сделок сохранились «антисоциальные сделки», правда в несколько модифицированном виде.

Так, в соответствии со ст. 169 ГК РФ ничтожной признается сделка, совершенная с целью, заведомо против-

¹ См.: Цивільне право України. Загальна частина. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 541 (авт. соответствующей гл. А. В. Дзера).

ной основам правопорядка или нравственности. Последствиями совершения такой сделки является применение односторонней или двусторонней гражданско-правовой конфискации.

В комментариях данной статьи отмечается, что в силу различных причин, среди которых называют трудности доказывания условий, необходимых для применения данной статьи, и относительную неопределенность понятия «основы правопорядка и нравственности», и осторожный подход судей к применению данной нормы ввиду жесткости предусмотренных ею последствий недействительности, и происходящие в стране социально-экономические преобразования, приводящие к достаточно резкому смещению ориентиров и переосмыслению многих ценностей, применяется она в судебной практике, как и ее предшественница, ст. 49 ГК РСФСР, сравнительно редко.

Российская судебная практика выработала сугубо примерный перечень антисоциальных сделок, к которым с определенными оговорками и некоторыми дополнительными условиями можно отнести: а) большинство сделок, которые образуют одновременно составы уголовных преступлений или грубых административных правонарушений; б) сделки, имеющие целью уклонение от уплаты налогов; в) сделки, грубо нарушающие валютное законодательство; г) сделки, исполнение которых создает угрозу жизни и здоровью граждан, а также причиняет существенный вред окружающей среде; д) сделки, направленные на подрыв обороны

и безопасности государства; е) сделки, связанные со сбытом наркотиков, распространением порнографии, с радиоактивными веществами и т. д.¹

Как видим, в качестве основания для признания антисоциальной сделки ничтожной, российский законодатель устанавливает нарушение действиями участников сделки основ правопорядка и нравственности. В рамки этих достаточно широких оснований действительно укладывается множество сделок, которые прямо или косвенно затрагивают публичную сферу.

Напомним, что ранее действовавшие гражданские кодексы союзных республик в этой группе недействительных сделок выделяли сделки, объективно противоречащие закону (причем закону в широком его понимании: актам действующего законодательства); и сделки, совершенные с целью, заведомо противной интересам общества и государства, т. е. такие, которые включали в себя субъективный элемент (цель и умысел).

Статья 169 ГК РФ, определяя в качестве основания недействительности нарушение основ правопорядка или нравственности (при сохранении субъективного элемента – цели и умысла), по нашему мнению, значительно расширяет возможности судебного усмотрения при квалификации сделки по данной статье.

Возвращаясь к украинскому законодательству, отметим, что ст. 228 ГК в ее первоначальной редакции (ГК

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева. – М. : Проспект, 2010. – С. 450–451.

Украины 2003 г.) была направлена на замещение ранее действовавших статьях 48 и 49 ГК УССР. Вместе с тем она значительно новеллизировала общие подходы к регламентации противозаконных сделок.

В силу ст. 228 ГК Украины признавалась ничтожной сделка, нарушающая публичный порядок. Причем в ч. 1 ст. 228 раскрывалось содержание понятия публичного порядка: сделка считается нарушающей публичный порядок, если она направлена на нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина, уничтожение, повреждение имущества физического лица, государства, Автономной Республики Крым, территориальной общины, завладение им.

Анализ приведенной дефиниции дает основание для нескольких выводов и суждений. Следует отметить, что категория «публичный порядок» не является характерной для гражданского права. Традиционно она используется в международном частном праве и имеет специфическое содержание, определяемое ее основной функцией – ограничить возможности применения иностранного права.

Используя понятие публичного порядка в ст. 228 ГК Украины, законодатель определил его объем применительно к институту недействительных сделок. Понятие публичного порядка было предельно сужено перечислением следующих признаков, а именно:

- а) нарушение сделкой конституционных прав и свобод человека и гражданина;
- б) уничтожение, повреждение имущества, завладение имуществом,

принадлежащим физическим и юридическим лицам и публичным образованиям (государству, Автономной Республике Крым, территориальным общинам).

Перечень этих признаков сформулирован как исчерпывающий, в силу чего за пределами ст. 228 ГК оставалось немало сделок, ранее квалифицировавшихся в качестве недействительных по статьям 48, 49 ГК УССР.

При сопоставлении содержания ст. 169 ГК РФ и ст. 228 ГК Украины можно без каких-либо затруднений установить, что круг недействительных сделок, подпадающих под признаки, предусмотренные ст. 228 ГК Украины, оказывается значительно уже, чем это следует из ст. 169 ГК РФ.

Вполне очевидно, что даже с помощью расширительного толкования практически невозможно было в налоговой практике использовать категорию публичного порядка (в контексте ст. 228 ГК Украины) для реализации налоговыми органами фискальных целей.

Однако принимая во внимание наличие статей 207, 208 Хозяйственного кодекса Украины, о которых говорилось ранее, налоговые службы весьма успешно использовали заложенный в этих нормах «репрессивный механизм».

Этот вывод подтверждается и положениями налогового законодательства Украины, в частности ст. 10 Закона Украины от 4 декабря 1990 г. «О государственной налоговой службе в Украине»: государственные налоговые инспекции в районах, городах без районного деления, районов в городах, межрайонные и объединенные

специализированные инспекции исполняют функции по предъявлению в суды исков к предприятиям, учреждениям, организациям и гражданам о признании сделок недействительными и взыскания в доход государства средств, полученных ими по таким сделкам, а в иных случаях – средств, полученных без установленных законом оснований, а также о взыскании задолженности перед бюджетом и государственными целевыми фондами за счет их имущества.

Однако при предъявлении исков о признании сделок недействительными (а точнее – признании недействительными хозяйственных обязательств) налоговые органы не всегда учитывают, что на инициатора иска возлагаются обязанности доказать наличие у обеих сторон сделки (или по крайней мере – у одной из них) умысла и «антисоциальной цели», поскольку в силу ст. 207 ХК Украины хозяйственное обязательство может быть признано недействительным только при наличии *цели, заведомо противной интересам государства и общества*.

Высший административный суд, рассматривая кассационную жалобу одной из межрайонных государственных налоговых инспекций по делу о признании сделки недействительной, в своем определении отметил следующее. В соответствии с ч. 1 ст. 208 ХК, если хозяйственное обязательство признано недействительным как совершенное с целью, заведомо противной интересам государства и общества, то при наличии умысла у обеих сторон – в случае исполнения обязательства обеими сторонами – в доход государства взы-

скивается все полученное ими по обязательству, а в случае исполнения обязательства одной стороной с другой стороны взыскивается все полученное ею, а также все причитающееся с нее первой стороне в возмещение полученного. При наличии умысла только у одной из сторон все полученное ею должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней или причитающееся ей в возмещение исполненного взыскивается по решению суда в доход государства.

Приведенную норму следует применять с учетом того, что в соответствии со ст. 228 Гражданского кодекса Украины сделка, совершенная с целью, заведомо противной интересам государства, одновременно является такой, которая нарушает публичный порядок, и следовательно – ничтожной. Как указано в ч. 2 ст. 215 ГК Украины признание судом такой сделки недействительной не требуется. Поэтому иски налоговых органов о признании такой сделки (соглашения, хозяйственного обязательства) недействительной судебному разбирательству не подлежат.

Органы государственной налоговой службы, названные в абз. 1 ст. 10 Закона Украины «О государственной налоговой службе в Украине» могут на основании п. 11 этой статьи обращаться в суд с исками о взыскании в доход государства средств, полученных по сделкам, совершенным с целью, заведомо противной интересам государства и общества, ссылаясь на их ничтожность¹.

¹ См.: Определение ВАСУ от 25.11.2010 г. по делу № К-6248/07. Информационно-аналитический центр «Лига».

Такая позиция Высшего административного суда Украины сформулирована и в информационном письме ВАСУ от 2. 06. 2011 г. № 742/11/13–11, направленном судам в связи с вступлением в юридическую силу Налогового кодекса Украины.

В названном письме, в частности, отмечается, что установление факта недействительности, в том числе и ничтожности гражданско-правового договора, опосредующего соответствующую хозяйственную операцию, не является необходимым условием для определения контролирующим органом денежных обязательств плательщику налогов в случае, если будет установлено отсутствие реального совершения этой хозяйственной операции или отсутствие связи между такой операцией и хозяйственной деятельностью плательщика налогов.

Оцениваться при исследовании факта осуществления хозяйственной операции должны отношения непосредственно между участниками той операции, на основании которой сформированы данные налогового учета.

Не является обязательной предпосылкой для определения контролирующими органами денежных обязательств признание недействительными (в том числе ничтожными) сделок, которые заключались по цепочке между предыдущими посредниками, по цепочке которых декларировалось движение товаров или услуг, вроде бы приобретенных последним в такой цепочке плательщиком налога. При этом отношения предыдущих цепочек поставок товаров и услуг не имеют

непосредственного влияния на исследование факта реальности хозяйственной операции, совершенной между последним в цепочке поставок плательщиком налогов и его непосредственным контрагентом.

Вместе с тем налоговые органы не лишены права обратиться в административный суд с требованием о признании недействительной сделки, заключенной между последним в цепочке поставок плательщиком налогов и его контрагентом, с целью, заведомо противной интересам государства и общества, и взыскания в доход государства средств, полученных сторонами оспариваемой сделки по таким соглашениям, как это установлено ч. 3 ст. 228 ГК Украины¹.

Судам необходимо учитывать, что условием для признания недействительной сделки, противоречащей интересам государства и общества, является установление умысла в действиях лиц, заключивших такую сделку. При этом носителями противоправного умысла юридических лиц – сторон такой сделки являются должностные лица этих юридических лиц.

Таким образом, применительно к отношениям, возникающим в сфере хозяйствования, фактически применялись механизмы, содержащие гражданско-правовые конфискационные последствия.

Как уже отмечалось, противоречия между ГК Украины и ХК Украины в этой части цивилистами подвергались

¹ Имеется в виду ст. 228 ГК Украины в редакции Закона Украины № 2756-VI от 2 декабря 2010 г.

критике, а у представителей науки хозяйственного права находили своеобразное обоснование; уровень дискуссионности проблемы не снижался.

Несколько неожиданным в этой связи можно рассматривать внесение в декабре 2010 года дополнений ст. 228 ГК Украины частью 3 следующего содержания:

«В случае несоблюдения требований относительно соответствия сделки интересам государства и общества, его моральным устоям такая сделка может быть признана недействительной. Если признанная судом недействительной сделка была совершена с целью, заведомо противной интересам государства и общества, то при наличии умысла у обеих сторон – в случае исполнения сделки обеими сторонами – в доход государства по решению суда взыскивается все полученное ими по сделке, а в случае исполнения сделки одной стороной с другой стороны по решению суда взыскивается в доход государства все полученное ею и все причитающееся с нее первой стороне в возмещение полученного. При наличии умысла только у одной стороны все полученное ею по сделке должно быть возвращено последней или причитающееся ей в возмещение исполненного по решению суда взыскивается в доход государства».

Следовательно, в такой новой редакции ст. 228 ГК Украины имевшееся противоречие со статьями 207, 208 ХК Украины было устранено в пользу позиции Хозяйственного кодекса.

Такое дополнение ст. 228 ГК Украины фактически дает основание

рассматривать применительно к ее новой редакции все критические замечания, ранее адресованные ст. 49 ГК УССР.

А. В. Дзера неоднократно отмечал, что редакцию ст. 49 ГК УССР нельзя признать удачной в связи с отсутствием в тексте конкретных критериев для классификации сделки недействительной и применения предусмотренных ею правовых последствий. И в судебной практике содержание этой статьи не получило четкого толкования, в связи с чем суды даже в советский период крайне редко признавали недействительными сделки по правилам ст. 49 ГК УССР, прибегая к применению предусмотренных ею санкций в том случае, если в действиях участника сделки содержались признаки преступления¹.

Вместе с тем, как уже было отмечено, налоговые органы, активно используя статьи 207, 208 ХК Украины, решают фискальные проблемы, часто игнорируя все те обстоятельства, которые, по мнению ученых, составляют затруднения при применении ст. 49 ГК УССР или статей 207, 208 ХК Украины.

Возвращаясь к изменениям ст. 228 ГК Украины, нельзя не обратить внимание на то, что с дополнением ее частью третьей в ее содержании возникли логические противоречия, которые обусловлены чисто механическим соединением двух норм: прежней редакции ст. 228 ГК Украины,

¹ См.: Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. – К.: Юрінком Інтер, 2010 (авт. гл. 26 А. В. Дзера). – С. 541.

состоявшей из двух частей, анализ которой нами был проведен ранее; и «реанимированной» ст. 49 ГК УССР в виде части третьей.

Противоречие состоит в том, что сделки, нарушающие публичный порядок (ч. 1 ст. 228 ГК Украины), в силу ч. 2 этой же статьи являются ничтожными, то есть абсолютно недействительными и законодатель не требует в этом случае отдельного признания их недействительными в судебном порядке.

Что же касается сделок, не соответствующих интересам государства и общества, то есть тех, которые обозначены в ч. 3 ст. 228 ГК Украины, то, как следует прямо из текста указанной нормы, они могут быть судом признаны недействительными.

В таком контексте можно сделать вывод о том, что кроме ничтожных сделок, недействительность которых следует в силу закона из самого факта их совершения, а суд лишь определяет правовые последствия этой недействительности, появилась новая разновидность недействительных сделок, которые таковыми *могут быть признаны судом* в случае, если они нарушают интересы общества и государства. Отметим, что эти сделки не могут быть отнесены к категории оспоримых, поскольку решение вопроса об их недействительности не входит в усмотрение определенной группы заинтересованных лиц.

Таким образом, дополнение ст. 228 ГК Украины вносит опреде-

ленные коррективы в классификацию недействительных сделок. Можно выделить три группы сделок, которые не могут рассматриваться в качестве полноценных юридических фактов:

1) ничтожные сделки, недействительность которых установлена законом;

2) недействительные сделки, недействительность которых установлена судом в случаях, предусмотренных законом;

3) оспоримые сделки, недействительность которых прямо не установлена законом, однако одна из сторон или иное заинтересованное лицо оспаривает ее действительность по основаниям, предусмотренным законом.

Вместе с тем, по нашему мнению, каких-либо глубоких теоретических обоснований для выделения в отдельную группу сделок, противоречащих интересам государства и общества, выявить вряд ли возможно. Такой состав сделок, если законодатель считает целесообразным его введение в правовое поле, вполне вписывается в понимание ничтожных сделок. Однако этот вывод должен корреспондироваться непосредственно с формулировкой ч. 3 ст. 228 ГК Украины.

Из изложенного следует, что дополнение ст. 228 ГК Украины вызывает серьезные возражения не только в содержательном плане, но и с позиций юридической техники.

Опубликовано: Альманах цивилистики : сб. ст. – 2011. – Вып. 4. – С. 52–67.

А. Дзера, член-корреспондент НАПрН Украины, заслуженный юрист Украины, профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Некоторые вопросы гражданско-правовой конфискации по законодательству Украины

С 11 сентября 1997 г. в Украине начала действовать Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. В ст. 1 Протокола этой Конвенции, в частности записано, что каждое физическое или юридическое лицо имеет право мирно владеть своим имуществом, никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом или общими принципами международного права.

Приведенные и другие положения Конвенции провозглашают: во-первых, неприкосновенность права собственности физических и юридических лиц, свободное осуществление ими правомочий собственника; во-вторых, возможность лишения собственника права собственности на имущество лишь в общественных интересах и лишь на основаниях, предусмотренных законом или международными

документами; в-третьих, право государства влиять на использование собственниками принадлежащего им имущества с целью контроля правомерности действий собственников и исполнения ими своих обязанностей перед государством и обществом, например, относительно уплаты налогов или штрафов.

Если проанализировать украинское законодательство о собственности, то можно сделать вывод о том, что в нем в той или иной мере нашли формальное отражение указанные принципиальные положения, а также положительный опыт развитых демократических стран. В то же время необходимо отметить, что в целом нормы института права собственности не всегда надлежаще обеспечивают реализацию этих положений.

Например, ст. 41 Конституции Украины закрепляет принцип неприкосновенности права собственности,

однако лишь относительно частной собственности граждан. Таким образом, ст. 41 Конституции Украины прямо не закрепляет принцип неприкосновенности права собственности юридических лиц, что не отвечает требованиям Конвенции. Иное дело, что этот пробел может быть заполнен нормой ст. 13 Конституции Украины, согласно которой государство обеспечивает защиту прав всех субъектов права собственности и все они равны перед законом.

Принцип неприкосновенности права собственности закреплен в ст. 326 Гражданского кодекса 2003 года (введен в действие с 1 января 2004 года), в которой, однако, не раскрывается содержание понятия неприкосновенности. Оно, в частности, может включать в себя запрет для всех иных лиц причинять вред имуществу собственника, безосновательно изымать его у собственника.

Конечно же действие принципа неприкосновенности права собственности не может быть абсолютным. Конвенция очерчивает условия, при которых его действие может быть ограничено, а собственник может быть лишен права собственности на определенное имущество. Это возможно только по основаниям, предусмотренным законом. В украинском законодательстве это общее правило стало приобретать реальное содержание. Так, согласно ст. 41 Конституции Украины никто не может быть противоправно лишен права собственности, а принудительное изъятие объектов права собственности может быть применено как исключение по мотивам

общественной необходимости, по основаниям и в порядке, установленным законом, и при условии предварительного и полного возмещения их стоимости. Приведенная норма в части возмездного изъятия у собственника имущества не противоречит Конвенции. Иное дело как реализуется эта конституционная норма в отдельных законах и каковы гарантии недопущения нарушений прав собственников в этих случаях.

Статья 346 ГК Украины предусматривает перечень как добровольных, так и принудительных (возмездных или безвозмездных) оснований прекращения права собственности, среди которых почему-то не нашлось места национализации. Практически такой подход к формированию подобного перечня заложен в ст. 235 ГК Российской Федерации. Однако в ст. 235 ГК РФ имеется норма о национализации, под которой понимается обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, осуществляемое на основании закона о возмещении стоимости этого имущества и других убытков в порядке, установленном ст. 306 настоящего Кодекса. По смыслу приведенной нормы вначале принимается акт о прекращении права собственности, а лишь затем возмещаются убытки, в том числе стоимость имущества. Российские юристы подвергли критике данное положение, как несоответствующее ст. 35 Конституции РФ, согласно которой принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при

условии предварительного равноценного возмещения. Наличие нормы о национализации в ГК Украины способствовало бы ускорению принятия соответствующего Закона о национализации, проект которого уже много лет обсуждается в Верховной Раде Украины. В новом ГК Украины также есть статьи, которые развивают вышеуказанные конституционные положения (статьи 350–353 ГК). Так, ГК Украины предусматривает условия выкупа земельного участка в связи с общественной необходимостью по согласию собственника либо по решению суда, выкупа в судебном порядке памятников истории и культуры, реквизиции имущества. Перечисленные основания возмездного изъятия имущества в судебном порядке соответствуют требованиям Конвенции.

Однако значительно более сложной является ситуация относительно возможного принудительного безвозмездного лишения права собственности (конфискация), что также не противоречит Конвенции. Согласно ст. 41 Конституции Украины конфискация имущества может быть применена исключительно по решению суда в случаях, объеме и порядке, установленных законом. Поскольку ст. 41 расположена в разделе II «Права, свободы и обязанности человека и гражданина», то вполне логично считать, что приведенная конфискационная норма рассчитана на граждан и не касается юридических лиц, что в конечном счете является нелогичным, ведь в действительности конфискация, являющаяся санкцией за совершенное пра-

вонарушение, может в некоторых случаях применяться и к юридическим лицам (за исключением уголовных преступлений, за совершение которых ответственность несут только граждане).

Так, в соответствии со ст. 354 ГК к лицу может быть применено лишение права собственности на имущество по решению суда как санкция за совершенное правонарушение (конфискация) в случаях, установленных законом. К сожалению, положения приведенной статьи оказались лишенными реального содержания, ведь в новом ГК Украины отсутствуют нормы, которые предусматривают конкретные основания для применения «гражданско-правовой конфискации» имущества.

Как известно, ГК УССР предусматривал нормы о недействительности сделок, не отвечающих требованиям закона (ст. 48) и сделок, заключенных с целью, противоречащей интересам государства и общества (ст. 49). Так, согласно ст. 49 ГК УССР по сделке, заключенной с целью, заведомо противоречащей интересам социалистического государства и общества, и при наличии умысла у обеих сторон, все полученное ими по сделке взыскивается в доход государства, а в случае исполнения сделки только одной стороной со второй стороны взыскивается в доход государства все полученное ею и все надлежащее с нее первой стороне на возмещение полученного. При наличии же умысла только у одной стороны все полученное ею по сделке должно быть возвращено второй стороне, а полученное

последней или причитающееся ей на возмещение исполненного изымается в доход государства.

Таким образом, правовые последствия, установленные ст. 49 ГК УССР, фактически имели все признаки «гражданско-правовой конфискации» (двусторонней или односторонней), применение которой возможно только тогда, когда стороны (сторона) знали, что совершаемая сделка противоречит интересам государства и общества, то есть в случае отсутствия такого субъективного фактора, как умысел стороны, нет оснований для применения гражданско-правовой конфискации, а следовательно, при отсутствии умысла у обеих сторон сделка должна признаваться недействительной по правилам ст. 48 ГК УССР и с применением предусмотренных ею правовых последствий в форме двусторонней или односторонней (при наличии умысла у одной стороны) реституции сторон. Идентичными по содержанию были ст. 49 ГК РСФСР и соответствующие статьи гражданских кодексов других советских республик.

Вместо ст. 49 ГК УССР в новый ГК Украины введена ст. 228, которая, однако, достаточно существенно отличается по своему содержанию от своей предшественницы. Так, в соответствии со ст. 228 ГК Украины сделка считается нарушающей публичный порядок, если она направлена на нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина, уничтожение, повреждение имущества физического или юридического лица, государства, Автономной Республики Крым, территориальной общи-

ны, незаконное завладение ими (ничтожные сделки).

Можно предположить, что разработчики ст. 228 ГК, имеющей название «Правовые последствия совершения сделки, нарушающей публичный порядок», и законодатели имели целью установить за совершение такой сделки специальные санкции. Это предположение подтверждается анализом обстоятельств разработки и принятия нового ГК, ведь в его Проекте в редакции в первом чтении от 5 июня 1997 г. закладывались правила о гражданско-правовой конфискации в случае совершения с умыслом сделки, нарушающей публичный порядок (ст. 218). Однако в ч. 2 ст. 228 ГК в ее первичной редакции была предусмотрена только ничтожность такой «антипубличной сделки», что дает основания считать упущением технического характера. В такой ситуации правовые последствия ничтожности антипубличной сделки должны определяться по общим правилам ч. 1 ст. 216 ГК Украины, поскольку в соответствии с ч. 3 этой статьи правовые последствия, предусмотренные в этих частях, применяются, если законом не устанавливаются особые правовые последствия отдельных видов недействительных сделок. Однако в таком случае вообще теряет любой правовой смысл существование ст. 228 ГК без установления специальных правовых последствий в виде гражданско-правовой конфискации за совершение антипубличной сделки.

Вместе с тем ч. 1 ст. 208 Хозяйственного кодекса Украины почти пол-

ностью воспроизводит содержание ст. 49 ГК УССР. Так, в ст. 208 ХК Украины отмечается: «Если хозяйственное обязательство признано недействительным как совершенное с целью, заведомо противоречащей интересам государства и общества, то при наличии намерения у обеих сторон – в случае исполнения обязательства обеими сторонами – в доход государства по решению суда взыскивается все полученное ими по обязательству, а в случае исполнения обязательства одной стороной со второй стороны взыскивается в доход государства все полученное ею, а также все должное с нее первой стороне на возмещение полученного. В случае намерения только у одной из сторон все полученное ею должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней или должное ей на возмещение исполненного изымается по решению суда в доход государства».

Таким образом, ч. 1 ст. 208 ХК почти текстуально совпадает со ст. 49 ГК УССР, несмотря на ее существенные недостатки, с той разницей, что в ст. 208 признается недействительным хозяйственное обязательство, а не хозяйственный договор или сделка. Юридическая некорректность этого положения является очевидной, ведь недействительным должен признаваться договор как одно лишь из оснований возникновения хозяйственного обязательства. Это принципиальное правило было закреплено в ст. 48 ГК УССР, по которому могли признаваться недействительными сделки, не отвечающие требованиям закона, а также в ст. 215 ГК Украины,

предусматривающей недействительность сделки. То есть недействительным необходимо признавать основание возникновения обязательства. Кроме того, следовало бы вести речь не о намерении, а об умысле субъектов сделки.

В связи с этим возникает вполне закономерный вопрос о том, что возможно разработчикам нового ГК целесообразно было бы сохранить в нем норму ст. 49 ГК УССР, как это сделали разработчики ХК. Однако анализ практики применения ст. 49 ГК УССР свидетельствует о наличии в ее положениях существенных недостатков.

Редакцию ст. 49 ГК УССР нельзя признать удачной в связи с отсутствием в ее тексте конкретных критериев для классификации сделки недействительной и применения предусмотренных ею правовых последствий. Соответственно, и в судебной практике содержание статьи не приобрело четкого толкования, в связи с чем суды даже в советский период крайне редко признавали недействительными сделки по правилам ст. 49 ГК УССР, прибегая к применению предусмотренных ею санкций в том случае, когда действия участника недействительной сделки содержали признаки преступления. Поэтому позиция судов относительно применения ст. 49 ГК УССР изменялась в зависимости от социально-политической ситуации в стране. Например, в соответствии с п. 6 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О судебной практике по делам о признании сделок недействительными» от 28 апреля 1978 г. в первоначальной его редакции

ст. 49 ГК УССР распространяется на сделки, нарушающие основные принципы социалистического общественного строя, в частности, направленные на использование социалистической собственности с корыстной целью, получение гражданином нетрудовых доходов или использования имущества, находящегося в их личной собственности или пользовании во вред обществу, на отчуждение земли или незаконное ее использование, распоряжение или приобретение вопреки установленным правилам предметов, изъятых из оборота или ограниченных в обороте.

Согласно же п. 6 постановления Пленума в редакции от 25 декабря 1992 г. к этим сделкам должны относиться сделки, нарушающие основные принципы существующего общественного строя, в частности, направленные на использование вопреки закону коллективной, государственной или чьей-либо частной собственности с корыстной целью (и иные сделки, отмеченные в первоначальной редакции п. 6 Постановления).

25 мая 1998 г. к п. 6 постановления Пленума были внесены новые изменения, по которым действие ст. 49 ГК УССР должно уже распространяться, в частности, на соглашения, направленные на использование вопреки закону коллективной, государственной или кого-либо частной собственности с корыстной целью, укрывательство физическими или юридическими лицами от налогообложения доходов, использование имущества, находящегося в их собственности или пользовании, во вред

правам, свободам и достоинству граждан, интересам общества, на незаконное отчуждение земли или незаконное ею пользование, распоряжение или приобретение вопреки установленным правилам предметов, изъятых из оборота или ограниченных в обороте. Подобная позиция относительно толкования содержания ст. 49 ГК УССР была сформулирована также в Разъяснениях Высшего арбитражного суда Украины «О некоторых вопросах практики решения споров, связанных с признанием сделок недействительными» от 12 марта 1999 г. (с последующими изменениями).

Анализ изложенного дает основания для вывода, что судебная практика, несмотря на внедрение рыночных реформ и демократизацию общественных отношений, пошла путем слишком широкого и произвольного толкования ст. 49 ГК УССР, чему способствовала также достаточно абстрактная конструкция ее норм, не содержащая исчерпывающего или ориентировочного перечня состава конкретных правонарушений закона участников недействительной сделки. Последние несколько лет до принятия в 2003 г. нового ГК Украины этими недостатками ст. 49 ГК УССР достаточно активно и не всегда корректно пользовались налоговые органы.

В гражданском законодательстве Российской Федерации сложилась несколько иная ситуация. Во-первых, аналогом ст. 228 ГК Украины в ГК РФ является ст. 169, согласно которой, в частности, сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности,

ничтожна. Соответственно при наличии умысла у обеих сторон такой сделки – в случае исполнения сделки обеими сторонами – в доход Российской Федерации взыскивается все полученное ими по сделке, а в случае исполнения сделки одной стороной с другой стороны взыскивается в доход Российской Федерации все полученное ею и все причитающееся с нее первой стороне в возмещение полученного. Во-вторых, в РФ отсутствует, в отличие от Украины, Хозяйственный кодекс.

Несмотря на некоторые редакционные отличия ст. 169 ГК РФ от ст. 49 ГК РСФСР ее содержание нельзя признать удачным, поскольку понятие основ правопорядка и нравственности, как и понятие сделки, совершенной с целью, заведомо противной интересам общества, не содержит конкретных критериев для квалификации сделки таковой и будет всегда давать основания для различного толкования, а в итоге и для принятия различных судебных решений в однотипных конфликтных ситуациях.

Различные подходы в ГК Украины и в Хозяйственном кодексе Украины в определении правовых последствий так называемых «антипубличных сделок» – явление крайне нежелательное и обоснованно подвергалось критике в юридической литературе. Однако ситуация изменилась в связи с принятием Закона Украины от 02. 12. 2010 г., которым были внесены существенные изменения, в частности, в ст. 228 ГК Украины, фактически предусмотревшие конфискацию имущества. Поскольку эти

изменения вносились в контексте принятия налогового кодекса Украины, можно предположить, что изменения к ГК вносились под влиянием позиции налоговых органов.

Как известно, ст. 228 ГК Украины в первичной редакции состояла из двух частей. В первой части определяется перечень нарушений публичного порядка. Все они могут быть условно поделены на две большие группы: 1) сделки (правочины)¹, направленные на нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина; 2) сделки (правочины) направленные на уничтожение, повреждение имущества физического или юридического лица, государства, Автономной Республики Крым, и на незаконное завладение им. В цивилистической доктрине такие нарушения публичного порядка рассматриваются как такие, что нарушают основные устои государственного правопорядка. Под действие этой статьи могут подпадать также сделки, противоречащие моральным устоям общества, предусмотренные, например, Законом Украины «О защите общественной морали».

В соответствии с ч. 2 ст. 228 сделки, направленные на указанные нарушения публичного порядка (антипубличные сделки) являются ничтожными. При этом определение таких сделок антипубличными законодатель не ставит в зависимости от факта на-

¹ Поскольку в ГК Украины закреплён термин «правочин», который неизвестен гражданскому законодательству РФ, в статье будет употребляться термин «сделка» в значении, равнозначном термину «правочин».

личия в действиях субъекта умысла на достижение противоправной цели. Не предусматривалось в первичной редакции ст. 228 ГК также конкретных правовых последствий ничтожности антипубличной сделки или отсылочных норм к другим статьям ГК, которые определяли общие правила правовых последствий недействительности сделок (правочинов).

Логично, что после критической оценки в цивилистической литературе мы вправе были ожидать внесения в ст. 228 изменений конструктивного характера. Однако новая редакция ст. 228 ГК Украины оказалась не менее уязвимой, чем предыдущая, о чем свидетельствует следующее.

Так, ст. 228 ГК Украины была дополнена частью 3 такого содержания:

В случае несоблюдения требований относительно «правочину» (сделки) интересам государства и общества, его моральным устоям, такой правочин (сделка) может быть признан недействительным. Если признанный недействительным правочин (сделка) был совершен с целью, заведомо противоречащей интересам государства и общества, то при наличии умысла у обеих сторон – в случае исполнения правочину (сделки) обеими сторонами – в доход государства по решению суда взыскивается все полученное ими «за угодою» (по сделке), а в случае исполнения «правочину» одной стороной, с другой стороны по решению суда взыскивается в доход государства все полученное ею и все причитающееся с нее первой стороне на возмещение полученного. При наличии же умысла лишь у одной из сто-

рон, все полученное ею по «правочину» должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней либо причитающееся ей на возмещение исполненного по решению суда взыскивается в доход государства.

На первый взгляд создается впечатление, что ч. 3 ст. 228 ГК Украины мало чем отличается от содержания ст. 169 ГК РФ. Однако отличия все-таки имеются, если учитывать части 1 и 2 ст. 228 ГК Украины и некоторые редакционные особенности ее текста. Так или иначе вышеизложенные изменения в ст. 228 ГК Украины не могут быть признаны глубоко продуманными и логичными.

Во-первых, возникла несогласованность между текстом ст. 228 ГК и ее названием, которая имела название «Правовые последствия совершения сделки (правочину), которая нарушает публичный порядок», а получила новое название – «Правовые последствия сделки (правочину), которая нарушает публичный порядок, совершенная с целью, противоречащей интересам государства и общества». Итак, из текста ч. 1 ст. 228 ГК следует, что фактически «антипубличными» сделками являются сделки, которые нарушают публичный порядок, однако ничего не говорится о том, что они одновременно являются противоречащими интересам государства и общества. То есть можно предполагать, что могут быть сделки, нарушающие публичный порядок, но не противоречащие интересам государства и общества. Однако название ст. 228 ГК ставит под сомнение данное предположение. Так или иначе, но объек-

тивно возникло юридическое противоречие в квалификации «антипубличности» сделки. Подобное противоречие отсутствует в ГК РФ, в ст. 169 которого речь идет о «сделке, совершенной с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности».

Во-вторых, содержание ч. 1 и содержание ч. 3 ст. 228 ГК оказалось несогласованным и не сбалансированным, поскольку в части первой определяется перечень видов сделок, которые нарушают публичный порядок, а в части третьей определяются правовые последствия сделок, не отвечающих интересам государства и общества и совершенных сторонами (стороной) с умыслом. Таким образом может создаваться впечатление, что законодатель предусматривает два разных вида «антипубличных» сделок, что не соответствует названию статьи. Не снимает этой проблемы дополнение ч. 1 ст. 228 ГК оговоркой о том, что содержание сделки не должно противоречить интересам государства и общества.

В-третьих, в ст. 228 ГК допущена существенная непоследовательность, поскольку в ч. 3 в одном случае речь идет о сделках, «не отвечающих интересам государства и общества», а в другом – о сделках, «противоречащих интересам государства и общества». Между тем данные понятия не могут рассматриваться как тождественные и всегда будут различно толковаться.

В-четвертых, в ч. 3 ст. 228 ГК предусмотрены разнопорядковые правовые последствия недействительно-

сти сделки. Исходя из ее содержания следует, что в случае несоблюдения требований относительно соответствия сделки интересам государства и общества, она может быть признана недействительной. Итак, данная норма не обязывает суд признавать такую сделку недействительной, что дает основания относить ее к категории оспариваемых сделок. Если это так, то должны применяться общие правовые последствия в виде двусторонней или односторонней реституции, предусмотренной ст. 216 ГК Украины.

В том же случае, если вышеуказанная сделка совершена также с целью, противоречащей интересам государства и общества, то при наличии умысла у обеих сторон либо у одной стороны должны применяться соответственно двусторонняя либо односторонняя конфискация полученного или причитающегося по такой сделке. В данном случае применение конфискационной санкции предусмотрено императивной нормой. При таких обстоятельствах представляется непонятной роль ч. 2 ст. 228 ГК, которая предусматривает ничтожность сделки, нарушающей публичный порядок, а также возникает вопрос о том, на какие сделки распространяется ее действие.

В-пятых, не состоялась гармонизация положений ст. 228 ГК и ст. 208 ХК Украины. Более того, в определенном смысле противоречия между ними усугубились. Расхождения между ГК и ХК Украины в регулировании недействительности сделок и хозяйственных обязательств могут привести к конкуренции их норм в судебной

практике. По-разному будут толковать указанные нормы как стороны сделки (правочину), так и налоговые органы, заинтересованные в применении конфискационных санкций.

Наличие большого количества содержательных и редакционных недостатков объясняется поспешностью принятия изменений в ГК, вызванной необходимостью внесения их в связи с принятием Налогового кодекса Украины, а также игнорированием проведения экспертных оценок представителями цивилистической науки. В такой ситуации наиболее оптимальным решением изложенной проблемы может быть лишь законодательный пересмотр норм ст. 228 ГК и ст. 208 ХК Украины с целью их гармонизации и введения в их текст конкретных видов правонарушений заключения сделок, которые служили бы основанием применения конфискационных санкций. Лишь в таком случае можно избежать безосновательных нарушений конституционного права физических и юридических лиц на собственность и соблюдения принципа неприкосновенности права собственности.

Значительно больше конфискационных санкций предусмотрено в других отраслях законодательства.

Так, ст. 59 Уголовного кодекса Украины предусматривает конфискацию имущества как меру наказания за совершение преступления. Формально такая мера наказания отвечает положениям Конституции Украины и Европейской конвенции. Однако необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что в УК Украины не

определены конкретные размеры имущества, подлежащего конфискации. В то же время допускается конфискация части имущества осужденного. Подобная конструкция конфискационных норм позволяет конфисковывать имущество в размерах, непропорциональных совершенному преступлению, причиненному вреду. Поэтому возможны случаи конфискации имущества в больших размерах при причинении незначительного вреда, что в итоге не отвечает принципам разумности, справедливости, соразмерности наказания содеянному.

Особенностью уголовно-правовой конфискации является то, что она применяется лишь относительно имущества, принадлежащего лицу на праве собственности, приобретенного на законных основаниях.

От конфискации имущества как меры наказания за совершенное преступление необходимо отличать конфискацию орудий преступления, что предусмотрено ст. 81 Уголовно-процессуального кодекса Украины. Однако и в этом случае размер конфискованных орудий преступления в стоимостном выражении не зависит от размера вреда, причиненного совершенным преступлением. Собственно, и в УК Украины имеется ряд статей, которые предусматривают конфискацию орудий преступления. Например, незаконная охота наказывается штрафом или лишением свободы на срок до трех лет с конфискацией орудий и средств охоты и всего добытого (ч. 1 ст. 248 УК Украины). К сожалению, в этой статье определена конфискация орудий и средств незаконной охоты

безотносительно к тому, кто является их собственником, который вообще может быть не причастен к неправомерному его использованию нарушителем. Нарушитель мог пользоваться имуществом собственника на условиях гражданско-правового договора, наконец, оно могло быть украдено у собственника или другим путем выбыть из владения собственника помимо его воли. Таким образом, ст. 248 УК Украины позволяет конфисковывать имущество, принадлежащее другим лицам, не причастным к совершению преступления, что естественно нарушает принцип неприкосновенности права собственности.

В статье 248 УК Украины предусмотрена также конфискация «всего добытого» путем незаконной охоты. Таких статей, которые предусматривают конфискацию «незаконно добытых благ», в УК Украины немало. Применение подобной санкции представляется неправомерным, поскольку конфисковываться может лишь имущество, принадлежащее нарушителю на праве собственности. У нарушителя не возникает право собственности на «незаконно добытые» блага, поскольку согласно ч. 1 ст. 328 ГК Украины право собственности приобретает лишь по основаниям, не запрещенным законом. Такие блага должны рассматриваться безосновательно приобретенными и изыматься у нарушителя по другим правилам, например, по правилам ст. 1212 ГК Украины.

Анализ ст. 354 ГК Украины дает основания полагать, что конфискации подлежит имущество, принадлежа-

щее на праве собственности лицу, совершившему правонарушение. Собственно такой же подход закреплен в ст. 59 УК Украины, согласно которой наказание в виде конфискации имущества состоит в принудительном изъятии в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного. Однако, как уже было показано, в Особенной части УК Украины заложен иной подход, что свидетельствует о несогласованности конфискационных норм в УК Украины.

Конфискация имущества предусматривается также в Таможенном кодексе Украины, устанавливающем административную ответственность в форме конфискации за нарушение таможенных правил, которая состоит в принудительном изъятии товаров, транспортных средств и безвозмездной их передаче в собственность государства. При этом такая конфискация применяется независимо от того, чьей собственностью они являются (статьи 319, 322, 326 ГК Украины). Иными словами, конфисковываться могут товары, транспортные средства, принадлежащие на праве собственности иным лицам, не совершавшим нарушения таможенных правил и не дававшим согласия на незаконное перемещение их собственности.

За нарушение таможенных правил может применяться уголовная ответственность. Так, согласно ст. 201 УК Украины контрабанда, то есть перемещение через таможенную границу Украины либо вне таможенной границы или сокрытие от таможенного контро-

ля, совершенное, в частности, в крупных размерах, наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с конфискацией предметов контрабанды, а те же действия, совершенные по предварительному сговору группой лиц либо лицом, ранее судимым за преступление, предусмотренное этой статьей, наказываются лишением свободы на срок от пяти до двенадцати лет с конфискацией предметов контрабанды и с конфискацией имущества. Из содержания указанной статьи усматривается, что и в этих случаях не закреп-

лены гарантии добросовестных собственников товаров, ставших предметом контрабанды.

Подобные ситуации могут возникать при применении законодательства об административной ответственности. Все изложенное дает основания полагать, что законодательство Украины требует дальнейшего совершенствования, усиления гарантий неприкосновенности права собственности.

Опубликовано: Альманах цивилистики : сб. ст. – 2011. – Вып. 4. – С. 86–99.

Р. Майданик, член-корреспондент НАПрН Украины, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика

1. Понятие и ограничения материально-правовых способов защиты гражданских прав и интересов

Любое субъективное гражданское право и законный интерес представляют собой меру защищенного законом поведения носителя такого права либо интереса, что обуславливает его способность быть защищенным с помощью допустимых способов защиты, если иное не вытекает из сущности соответствующего субъективного гражданского права и интереса.

В современной доктрине права под способом защиты гражданского права и интереса обычно понимаются определенные законом либо договором материально-правовые меры, направленные на восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых)

прав и правовое воздействие на правонарушителя¹.

Предусмотренные законом способы защиты прав зачастую именуются мерами защиты, или правоохранительными мерами²,

¹ См.: Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – С. 346; Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 1 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева. – М. : ТК Велби, 2008. – С. 545.

² См., например : Абова Т. Е. Возникновение гражданских прав и обязанностей, осуществление и защита гражданских прав / Т. Е. Абова // Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1 : Научно-практический комментарий / отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Абалкин, В. П. Мозолин. – М., 1996. – С. 32; Кожевников С. Н. Меры защиты в советском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. Н. Кожевников. – Свердловск, 1968.

или материально-правовыми мерами¹.

Например, В. С. Ем понимает способы защиты прав как закрепленные или санкционированные законом правоохранительные меры, посредством которых производится устранение нарушения права и воздействие на нарушителя². А. П. Сергеев обозначает указанным термином закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя³.

И. И. Пучковская под способом защиты субъективных гражданских прав и интересов понимает определенные законом либо договором материально-правовые меры, направленные на возобновление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и влияние на правонарушителя⁴.

¹ См.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 1 / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К. : А. С. К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. – С. 124; Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – С. 346.

² Гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. – М. : БЕК, 1998. – С. 410.

³ Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 2001. – С. 295.

⁴ Цивільне право : підручник : у 2 т. Т. 1 / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – С. 346.

В литературе также существует понимание способов защиты как меры реакции управомоченных лиц на нарушения гражданских прав⁵.

В доктрине дискуссионным является вопрос о соотношении терминов «способ защиты» и «мера защиты» прав. Так, А. П. Вершинин полагает, что «мера защиты» является синонимом слова «способ защиты». При этом утверждается, что меры ответственности совпадают по своему содержанию с мерами защиты⁶.

С трактовкой способов защиты как определенных законодательством мер защиты соглашается М. А. Рожкова, рассматривающая их как меры, прямо предусмотренные законом в целях пресечения, оспаривания либо нарушения субъективных гражданских прав и (либо) ликвидации последствий такого нарушения либо устранения правовой неопределенности в гражданском правоотношении⁷.

Отечественная судебная практика в целом придерживается понимания способов защиты субъективных гражданских прав как правоохранительных мер в виде закрепленных законом материально-правовых мер принудительного характера, с помощью кото-

⁵ Гражданское право : учеб. для вузов. Ч. 1 / под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. – М. : Норма, 2001. – С. 54.

⁶ Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав / А. П. Вершинин. – СПб., 2000. – С. 32.

⁷ Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / М. А. Рожкова ; Исслед. Центр частного права. – М. : Статут, 2009. – С. 279–280.

рых осуществляются возобновление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя¹.

По своему содержанию способы защиты гражданских прав и интересов являются гражданско-правовыми правоохранительными мерами, закрепленными либо санкционированными гражданским законом, которые имеют восстановительный, пресекающий, штрафной характер, либо предусматривают иное правовое воздействие, необходимое для защиты права и интереса, подлежащих судебной защите.

Такие правоохранительные меры предусматривают способ воздействия на правонарушителя либо на его имущество, применяемый органами государства или уполномоченными им органами либо самим уполномоченным лицом в целях пресечения правонарушения, устранения его последствий путем восстановления правового положения, имущественной сферы потерпевшего, которая существовала до его совершения, а также возложения имущественных обременений на правонарушителя и побуждения правонарушителя к совершению действий неимущественного характера в интересах потерпевшего².

Один из важных аспектов права на судебную защиту состоит в прину-

дительности относительно правонарушителя, что обуславливает в пределах юрисдикционной формы защиты ее связь с процедурно-процессуальными правоотношениями, с присущими им особенностями оснований возникновения, элементов (субъектный состав, объект, содержание), инициативностью возникновения и установлением определенного порядка предъявления соответствующих заявлений и т. п.³

Обеспечение субъективного гражданского права и интереса судебной защитой является неотъемлемой чертой такой юридической возможности, поскольку «любое субъективное право по своей общественной сущности не может быть незащищенным; право, которое не защищается, утрачивает свою сущность»⁴.

Исключение из общего правила относительно защищенности судом гражданского права и интереса надлежащим (допустимым) способом защиты состоит в том, что ограничение возможности защиты права либо интереса судом допускается путем лишения судебной защиты или ограничения материально-правовых способов защиты прав в отношении требований, лишенных судебной защиты в силу прямого указания закона (внутрина-

¹ См.: Ухвала Господарського суду м. Києва від 9 грудня 2009 року у справі № 05–6–7/897 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

² См.: Российское гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1 : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. – М. : Статут, 2010. – С. 420.

³ Тертышников В. И. Формы защиты и осуществления субъективных прав граждан, иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц / В. И. Тертышников, Р. В. Тертышников. – Харьков : Консум, 1999. – С. 4–6.

⁴ Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 34.

ционального либо международного права) по причине их несоответствия требованиям о моральных основах, необходимости поддержания стабильности и определенности гражданского оборота и т. п.

Примерами таких ограничений может быть отказ в судебной защите требований, основанных на азартной игре, просроченных обязательств, других видов натуральных обязательств и требований, которые не заслуживают судебной защиты в силу прямого указания закона.

Право на судебную защиту является внутренне присущим элементом гражданского права и интереса, который обеспечивается положительным правом. Согласно ст. 55 Конституции Украины «права и свободы человека и гражданина защищаются судом». Еще более широкое правило сформулировано в ч. 2 ст. 124 Конституции: «Юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, возникающие в государстве».

В этой связи в литературе справедливо отмечается, что «в таких конституционных положениях говорится о защите прав судом, то есть о форме защиты прав (судебной), а не о способах защиты. И все же есть основания утверждать, что согласно положениям Конституции о защите всех прав судом суд защищает любое право, нуждающееся в защите. А поэтому законодательное ограничение возможности защиты права судом путем ограничения материально-правовых способов защиты прав противоречит статьям 55, 124 Конституции»¹.

¹ Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 35.

В целом это согласуется с доктринальными подходами, обоснованными еще с середины 50-х годов прошлого века в советской науке гражданского права, согласно которым любое субъективное право включает в свое содержание и право на защиту в случае его нарушения. Так, В. П. Грибанов отмечал, что, признавая за тем или иным лицом определенные субъективные права и обязанности, гражданское законодательство предоставляет уполномоченному лицу и право на их защиту².

Вместе с тем указанные доктринальные подходы целесообразно использовать с определенными оговорками, так как общее правило о праве человека на защиту своего права в условиях советской системы права фактически ограничивалось прямо определенным перечнем способов защиты прав, которого было достаточно для адекватного восстановления нарушенных прав.

В современных условиях усложнения гражданских правоотношений и осуществления правосудия с учетом буквы и духа закона закрепленное в актах законодательства писаное право неспособно надлежаще регулировать реально существующие правоотношения с помощью только закрытого перечня догм права, в частности, норм о закрытом перечне способов защиты субъективных прав. Право является живым инструментом, подлежащим толкованию и применению с учетом реально существующих ус-

² Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М., 2000. – С. 104.

ловий. В отличие от эволюционного толкования актов законодательства, других источников объективного права, догматичный подход в применении права не дает возможности успевать за динамикой реально существующих отношений, руководствоваться в своих решениях реально существующими правоотношениями, а не статичными, однажды принятыми и неизменно толкуемыми нормами. Исключительно догматичный подход в понимании права неоправданно ограничивает роль суда как действительного творца права в конкретный исторический момент с учетом признанных в государстве источников права (законодательства, правовых обычаев и т. п.).

Приведенное объясняет целесообразность понимания и осуществления судопроизводства как способа создания права относительно существующих на момент рассмотрения спора отношений, а не только толкование воли государства, закрепленной в нормах нормативных правовых актов.

Диспозитивность гражданско-правового регулирования отношений по защите гражданских прав и интересов предполагает наличие определенного усмотрения участников этих отношений при определении способов защиты нарушенных прав, возможность выбора между несколькими способами и выбора способа, который прямо не предусмотрен законом, однако вытекает из содержания соответствующей нормы закона.

При этом усмотрение участников отношений относительно выбора способа защиты имеет определенные пределы, обусловленные интересами

стабильности гражданского оборота, сущностью и направленностью соответствующих гражданских отношений.

С учетом вышеизложенного закон может предусматривать исключения из общего правила относительно права частного лица по своему усмотрению выбирать материально-правовые способы защиты прав и интересов, в том числе и гражданских.

Указанное свидетельствует об актуальности вопроса допустимости законодательного ограничения возможности защиты права судом, что предполагает проведение анализа эволюции законодательства, доктрины и судебной практики с учетом особенностей современного этапа развития отношений по защите гражданских прав и интересов.

Еще в период действия ГК УССР 1963 года законодательство и судебная практика исходили из правила об обязательности легального перечня способов защиты. Суды (как общие, так и специализированные) считали, что суд может защитить право только способом, предусмотренным законом; именно такую позицию последовательно отстаивал и Верховный Суд Украины¹.

На этапе проведения последней кодификации отечественного гражданского законодательства законодатель последовательно стоял на по-

¹ См., например: Постанова ВСУ від 14.01.2002 р. // Постанови Верховного Суду України і Вищого господарського суду України. – 2003. – С. 154–158; Постанова ВСУ від 13.08.2002 у справі № 3–769 // Постанови Верховного Суду України і Вищого господарського суду України. – 2004. – № 1. – С. 18–20.

зиции, согласно которой права лиц могут защищаться способами, установленными законом¹.

Согласно ст. 16 ГК и ст. 18 СК Украины права могут защищаться способом, предусмотренным законом либо договором.

В связи с этим позиция судов относительно обязательности легального перечня способов защиты в целом сохранилась и поныне (с определенной модификацией относительно возможности предусматривать способы защиты в договорном порядке)².

При этом справедливо отмечается, что «ни ГК, ни другие названные законодательные акты не устанавливают какого-либо обобщающего правила относительно способов защиты прав, в том числе и гражданских, в законе предусмотрены определенные фрагменты»³.

В литературе обращается внимание на то, что лишь в отношении лич-

ных неимущественных прав не только предусмотрено, что они могут защищаться способами, предусмотренными в гл. 3 ГК, но и формулируется обобщающее правило о том, что защита личного неимущественного права может осуществляться также иным способом в соответствии с содержанием этого права, способом его восстановления и последствий, которые повлекло это нарушение (ст. 275 ГК). Однако для применения ст. 275 ГК по аналогии к имущественным отношениям, регулируемым гражданским законодательством, достаточных оснований нет.

В доктрине права указывается на то, что «вопреки приведенному теоретическому положению действующее гражданское законодательство допускает, что в определенных случаях защита гражданского права не обеспечивается вследствие отсутствия установленного адекватного способа защиты»⁴.

При этом небезосновательно предлагается абз. 12 ч. 2 ст. 16 ГК дополнить приведенным выше положением ст. 275 ГК, предусматривающей возможность защиты права способами, которые хотя и не предусмотрены законом, но отвечают содержанию нарушенного права, способу его восстановления и последствиям, вызванным нарушением⁵.

Учитывая неопределенность перспективы нормативного закрепления

¹ См.: абз. 12 ст. 16 Гражданского кодекса Украины; абз. 12 ч. 2 ст. 20 Хозяйственного кодекса Украины; абз. 1 ч. 2 ст. 18 Семейного кодекса Украины; п. «д» ч. 3 ст. 152 Земельного кодекса Украины; ст. 4 Гражданского процессуального кодекса Украины.

² Ухвала ВСУ від 14.02.2007 р. (витяг) // Вісн. Верхов. Суду України. – 2007. – № 6. – С. 11–12. Цит. по: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 185–186. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

³ Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 35.

⁴ Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 35.

⁵ Там же. – С. 35.

указанного выше положения и необходимость формирования на сегодня единообразной судебной практики по этим вопросам, дополнительную актуальность приобретают вопросы переосмысления применяемых в доктрине, законодательстве и судебной практике положений об ограничении материально-правовых способов защиты гражданских прав судом и формулирования научно обоснованных правил определения надлежащих способов защиты указанных прав.

2. Правила выбора надлежащих способов защиты гражданских прав и интересов судом

В современной доктрине и правоприменительной практике сформулированы определенные правила определения надлежащих способов защиты гражданских прав и интересов судом.

В юридической науке к основным правилам выбора способов защиты гражданских прав и интересов обычно относят: (1) свободу выбора субъектом защиты вида способа защиты; (2) обязательность легального перечня способов защиты; (3) возможность применения способов защиты по аналогии¹; (4) соответствие предмета иска установленным спосо-

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 185–186. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

бам защиты гражданского права и интереса; (5) надлежащее соединение и решение конкуренции исков.

Свобода выбора субъектом защиты способа защиты обусловлена общей разрешительной направленностью гражданского права, что предусматривает право такого лица формировать свое поведение, то есть выбирать способ защиты с учетом природы гражданских правоотношений (характеристики либо состояния субъективного права и интереса как предмета защиты) и характера совершенного правонарушения.

Возможность такого выбора является одним из самых важных аспектов характеристики права на защиту как юридической категории. На уровне правовой системы Украины это зафиксировано, в частности, в решении Конституционного Суда Украины № 1–2/2002 (в деле о досудебном урегулировании споров)², где со ссылкой на ч. 5 ст. 55 Конституции Украины утверждается, что каждый имеет право свободно выбирать не запрещенный законом способ защиты прав и свобод, в том числе судебную защиту³.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий Дім “Кампус Коттон клуб” щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 09.07.2002 р. № 1–2/2002 // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 28. – Ст. 1333.

³ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 172. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

Различные основания возникновения правоотношений относительно защиты гражданских прав обуславливают и неодинаковое содержание этих правоотношений, в частности, перечень конкретных прав уполномоченных лиц. Возможности защиты вещных прав иные, нежели обязательственных, и на эти возможности влияют вид и статус нарушителя, например, в зависимости от того, является ли он субъектом предпринимательской деятельности¹.

В связи с этим по общему правилу в случае нарушения гражданских прав и интересов у потерпевшего возникает право на применение конкретного способа защиты права и/либо интереса, который зависит от характеристики либо состояния субъективного права, от вида нарушения и наличия либо отсутствия между сторонами обязательственных, других правоотношений. Поэтому потерпевший не обращается со всеми предусмотренными требованиями в суд, а выбирает именно тот способ защиты, который соответствует характеру нарушения его права или интереса.

При этом способы защиты могут применяться как самостоятельно, так и сочетаться с другими требованиями, если это не противоречит цели гражданско-правовой защиты, то есть восстановлению, устранению препятствий в осуществлении либо компенсации нарушенного гражданского права и интереса. Так, иск об измене-

нии либо расторжении договора может сочетаться с требованиями о возмещении причиненных убытков и т. п.

Законодательство предусматривает возможность применения нескольких способов защиты авторского права и смежных прав. Согласно положениям ст. 52 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах», в случае нарушения авторского права и (либо) смежных прав возможно одновременное применение нескольких или всех предусмотренных указанной статьей способов гражданско-правовой защиты таких прав, в том числе и в различных судебных процессах. В этом случае положения ГПК о недопустимости предъявления тождественных исков не применяются².

Важным является вопрос конкуренции исков по защите одного и того же нарушенного права истца. В этом контексте при разрешении споров судам необходимо учитывать соответствие выбранного истцом способа защиты нарушенного права (например, признание договоров купли-продажи акций ЗАО заключенными) ввиду того, что по делу в другом суде, спор по которому решался между теми же сторонами, истцом заявлено требование о передаче прав и обязанностей покупателя по спорным договорам. В данном случае нарушенное право не может быть защищено одновременно несколькими взаимоисключающими способами защиты. Кроме

¹ Брагинский М. И. Договорное право : в 5 кн. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 2-е изд., испр. – М. : Статут, 1999. – Кн. 1 : Общие положения. – С. 773–775.

² Пункт 45 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами деяких норм законодавства про захист авторського права і суміжних прав» (у ред. від 02.02.2009 р.).

того, учитывая сложившуюся судебную практику разрешения споров относительно права преимущественной покупки, допустимым способом защиты нарушенного права преимущественной покупки акций участника ЗАО следует считать требования о переводе прав и обязанностей покупателя по договору купли-продажи, а не признание оспариваемых договоров купли-продажи недействительными и (либо) заключенными.

Важное значение имеет вопрос надлежащего соединения исков и разрешения конкуренции исков.

Соединение исков представляет собой объединение в иске различных исковых требований, например, о виндикации и возмещении убытков; о расторжении договора и взыскании неустойки; о переводе прав покупателя и взыскании морального вреда, тогда как конкуренция исков заключается в выборе уполномоченным лицом требования, которое оно будет в судебном порядке предъявлять к другому лицу в ситуации защиты одного и того же нарушенного права истца.

В литературе также обосновывается более узкое понимание конкуренции исков как выбора для защиты нарушенного права единственно возможного из существующих исков, что исключало бы предъявление недопустимого в том или ином случае иска.

При столкновении с проблемой выбора иска следует отбросить те способы защиты, которые очевидно неприемлемы для конкретного случая

нарушения (непризнания, оспаривания) права¹.

Например, нередко конкуренция возникает между виндикационным и реституционным исками, которые необходимо различать с учетом природы нарушенного субъективного права. Виндикационный иск, в частности, следует отличать от требований о реституции в связи с исками о признании сделки недействительной и признании незаконным акта государственного органа или органа местного самоуправления.

Виндикация является вещно-правовым иском, направленным непосредственно на защиту абсолютного права (права собственности и т. п.), не связанным с какими-либо конкретными обязательствами, и предусматривает требование владельца об истребовании имущества из чужого незаконного владения. В отличие от виндикации, реституция является требованием, вытекающим из права собственности, но непосредственным основанием которого являются другие правовые институты и обусловленные ими субъективные права (договорные и недоговорные обязательства); целью реституции является возвращение в предыдущее имущественное положение.

В пункте 10 постановления Пленума Верховного Суда Украины

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 187–188. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

«О судебной практике рассмотрения дел о признании сделок недействительными» от 6 ноября 2009 г. № 9 разъяснено, что норма ч. 1 ст. 216 ГК не может применяться в качестве основания иска о возврате имущества, переданного во исполнение недействительной сделки, которое было отчуждено третьему лицу. Не подлежат удовлетворению иски владельцев имущества о возврате имущества, переданного во исполнение недействительной сделки, которое было отчуждено третьему лицу. Не подлежат удовлетворению иски владельцев имущества о признании недействительными последующих сделок по отчуждению этого имущества, совершенные после недействительной сделки. В этом случае имущество может быть истребовано у лица, которое не является стороной недействительной сделки, путем предъявления виндикационного иска, в частности от добросовестного приобретателя – на основаниях, предусмотренных ч. 1 ст. 388 ГК¹.

Анализ судебной практики по вопросам конкуренции между реституцией и виндикацией при признании сделок недействительными содержится в Обобщении Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами гражданских дел о признании

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Украины «Про судову практику вирішення справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9; Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суда України від 27 січня 2010 р. // Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах : наук.-практ. юрид. журн. – 2010. – № 1 (15). – С. 7.

сделок недействительными» (далее – Обобщение от 24.11.2008 г.)².

В случае недействительности сделки каждая из сторон обязана вернуть другой стороне в натуре все, что она получила во исполнение этой сделки, а в случае невозможности такого возврата – возместить стоимость того, что получено, по ценам, существующим на момент возмещения (ст. 216 ГК Украины).

В Обобщении от 24.11.2008 г.³ указывается, что, в отличие от норм ч. 1 ст. 216 ГК, нормы гл. 29 ГК являются специальными. В них закреплены основные способы защиты права собственности, которые могут применяться собственником имущества, в частности, с целью возврата имущества в натуре, переданного по недействительной сделке (например, виндикация).

Норма ст. 330 ГК дает основания для четкого отграничения случаев, в которых надлежащим способом защиты нарушенного права является признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, от случаев, когда должен предъявляться иск об истребовании имущества из чужого незаконного вла-

² Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними [Електронний ресурс] : Лист Верхов. Суду України від 24.11.2008 р. – Режим доступу: www:court.ua.

³ Обобщение, подготовленное к печати судьями Верховного Суда Украины Я. М. Романюком, В. И. Косенко и старшим консультантом управления изучения и обобщения судебной практики З. П. Мельник [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www:scourt.com.ua.

дения. Если имущество передано собственником по сделке, являющейся ничтожной либо оспариваемой, то иск о признании сделки недействительной и (либо) о применении последствий недействительности сделки должен предъявляться тогда, когда имущество остается у приобретателя.

Иными словами, если совершена одна сделка и вернуть имущество можно путем применения реституции, то эффективным способом защиты будет признание сделки недействительной. Если же приобретатель, который приобрел имущество по недействительной сделке, в дальнейшем провел отчуждение такого имущества другому лицу, нужно обращаться с виндикационным иском.

Обобщение от 24.11.2008 г. и Постановление Пленума Верховного Суда № 9 от 06.11.2009 г. основываются на идее о том, что в случае если после совершения недействительной сделки были совершены еще несколько, то представляется правильным признавать недействительными не все сделки, а лишь первую и заявлять иск об истребовании имущества у последнего приобретателя.

Однако в этом случае нет препятствий для удовлетворения только виндикационного иска, поскольку право на истребование имущества из чужого владения не нуждается в признании недействительной сделки, по которой имущество выбыло от законного владельца, оно лишь ограничено добросовестностью приобретателя и сохраняется за владельцем при условии, если имущество выбывает из владения собственника помимо его

воли, что и должно быть доказано в суде.

Применение реституции и возвращение имущества по недействительной сделке, учитывая положения ст. 216 ГК, является возможным тогда, когда предметом спора является сделка с участием собственника и первого покупателя (приобретателя).

В случае удовлетворения виндикационного иска суд должен решить вопрос о возмещении добросовестному приобретателю понесенных им расходов на приобретение имущества. Такие расходы должны быть взысканы со стороны, получившей средства по недействительной сделке, или с лица, которое является виновным в недействительности сделки.

Виндикационный иск также следует отличать от иных исковых требований, предметом которых являются вещи. Таким иском являются требования о выселении, в частности, из самовольно занятых помещений или из помещений в случае выкупа земельного участка, на которых они расположены.

Не являются виндикацией и требования относительно спора из договора, поскольку при этом действует правило о конкуренции исков. Так, собственник вещи обращается к арендатору о возврате ему вещи, в частности, помещения, которое арендатор противоправно занимает после прекращения договора аренды, предъявлением не виндикационного иска, а обязательственного, поскольку арендатором нарушаются обязательства, обусловленные договором, – после

прекращения срока договора возвратить вещь¹.

Судам необходимо учитывать соответствие выбранного истцом способа защиты нарушенного права при решении споров относительно признания договоров купли-продажи акций ЗАО (ЧАО) заключенными с учетом того, что по делу в другом деле истцом заявлено требование о передаче прав и обязанностей покупателя по спорным договорам².

В данном случае нарушенное право не может быть защищено одновременно несколькими взаимоисключающими способами защиты. Кроме того, учитывая сложившуюся судебную практику разрешения споров относительно права преимущественной покупки, допустимым способом защиты нарушенного права преимущественной покупки акций участника ЗАО (ЧАО) следует считать требования о переводе прав и обязанностей покупателя по договору купли-продажи, а не признание оспариваемых договоров купли-продажи недействительными и (либо) незаключенными.

Другое важное правило определения способов судебной защиты за-

ключается в обязательности легального перечня способов защиты законом либо договором.

Суды квалифицируют заявленный истцом способ защиты гражданских прав и интересов как правомерный, если такой способ предусмотрен законом либо договором.

Согласно ч. 1 ст. 16 ГК каждое лицо имеет право обратиться в суд за защитой своих личных неимущественных либо имущественных права и интереса.

По смыслу ч. 2 ст. 16 ГК суд может защитить гражданское право либо законный интерес способом, который установлен договором или законом.

Учитывая закрепленное указанной нормой ГК императивное правило о том, что суд может защитить гражданское право или интерес способом, установленным договором или законом. В случае отсутствия в законе соответствующего способа защиты, последний судом не признается, а основанные на нем требования истца удовлетворению не подлежат.

Причем термин «закон» для целей абз. 2 ч. 2 ст. 4 ГК означает лишь нормативно-правовые акты, имеющие юридическую силу закона Украины, то есть подзаконным нормативно-правовым актом способ защиты устанавливаться не может.

Актуальным является вопрос о соотношении положений ГК и ХК по вопросу возможности защиты права способом, не предусмотренным законом или договором.

В отличие от ч. 2 ст. 16 ГК, которая определяет перечень способов защиты прав и интересов любых

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 188. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

² О нюансах заключения хозяйственных договоров // Юрид. практика. – 2008. – 25 нояб. (№ 48 (570)). – С. 20–21.

участников гражданских отношений, буквально ч. 2 ст. 20 ХК, устанавливающая перечень способов защиты прав субъектов хозяйствования, не предусматривает определение способов защиты права договором.

В этом аспекте показателен судебный спор, в котором местный суд применил положения ст. 16 ГК и ст. 20 ХК. Одним из исковых требований было признание обязательств невыполненными. Вынося решение по делу и отказывая в этой части исковых требований, суд отметил, что по смыслу ст. 16 ГК суд может защитить гражданское (хозяйственное) право либо законный интерес способом, который предусмотрен законом или договором.

Заключенные сторонами договоры долевого участия в строительстве жилья не содержат положений, согласно которым в случае их нарушения суд может применять такой способ защиты прав кредитора, как признание обязательства должника невыполненным. Так же положения ст. 16 ГК и ст. 20 ХК не содержат среди перечня способов защиты прав и интересов лиц такого способа защиты, как признание обязательства невыполненным.

Таким образом, принцип оценки легализации определенного способа защиты права либо законного интереса определен судом следующим образом: решающее значение имеет договорное регулирование отношений сторон о возможности защиты их прав определенным способом; при отсутствии такого регулирования (вообще либо относительно конкретного способа защиты) должны применяться положения закона ст. 16 ГК

и ст. 20 ХК, а также других законов Украины¹.

Важно, что суд в рассматриваемом решении сделал вывод о необходимости расширенного толкования положений ст. 20 ХК фактически на основе приоритета норм ГК, ведь буквально положения ст. 20 ХК не допускают определение способов защиты права договором. Избранная судом позиция представляется наиболее удачной в условиях сосуществования ГК и ХК и корректно решает вопрос о свободе выбора способа защиты права.

При квалификации способов защиты гражданских прав и интересов нередко возникает вопрос о возможности применения судом способов защиты по аналогии. Этот вопрос является малоисследованным в доктрине и неоднозначно воспринимается в судебной практике. В юридической науке можно выделить две основные позиции по этому вопросу. Первая позиция заключается в том, что суд может применять способы защиты по аналогии в силу прямых предписаний закона, поскольку способы защиты являются юридическими конструкциями, в целом аналогичные другим правовым построениям, к которым

¹ Справа № 40/118–07 (архів Господарського суду Харківської області). Цит. по: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 186. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

могут применяться нормы права по аналогии.

Другой подход предполагает, что аналогия в применении способов защиты субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов должна допускаться только тогда, когда определенное право или законный интерес вообще не могут быть защищены какими-либо способами защиты, предусмотренными законами Украины¹.

Последняя позиция представляется более обоснованной, поскольку допущение безграничной аналогии при применении способов защиты несет угрозу неоправданного расширения способов защиты и распространения на определенные правоотношения способов защиты, которые будут предоставлять юридические преимущества одной из сторон спора, непропорциональные сущности нарушенного права и характеру правонарушения.

3. Соответствие предмета иска установленным способам защиты гражданских прав и интересов

При квалификации подлежащих (допустимых) способов судебной защиты, не предусмотренных ГК, важным является правильное решение вопроса о соответствии предмета иска установленным способам защиты гражданских прав и интересов.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 1 : Загальні положення / за ред. І. В. Спасиво-Фатеевої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 186–187. – (Серія «Коментарі та аналітика»).

В теории и правоприменительной практике актуальными являются вопросы относительно критериев определения судом надлежащими (допустимыми) способами защиты, не предусмотренных ГК, в частности, относительно соответствия предмета иска установленным способам защиты гражданского права и интереса.

Избрание способа защиты нарушенного права и интереса принадлежит истцу, однако суд, принимая решение по делу с учетом фактических обстоятельств, должен проверить соответствие выбранного способа имеющемуся нарушению, назначению судебной защиты, а также возможность дальнейшего исполнения принятого решения².

При решении вопроса о допустимости предусмотренного способа защиты общее правило заключается в том, что допустимым, в том числе непоименованным в ГК, способом защиты гражданских прав и интересов следует считать требования, которые предусмотрены законом либо договором и отвечают назначению гражданско-правовой защиты, то есть направлены на восстановление, устранение препятствий в осуществлении и (либо) компенсацию нарушенного, оспариваемого или непризнанного гражданского права и интереса с учетом сущности соответствующего гражданского права и интереса.

В условиях диспозитивности гражданско-правового регулирования

² Пункт 45 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами деяких норм законодавства про захист авторського права і суміжних прав» (у ред. від 02.02.2009 р.).

дополнительную актуальность приобрели вопросы соответствия предмета иска установленным способам защиты права.

В этой связи в разъяснениях Высшего хозяйственного суда Украины¹ в целом правильно указывается на то, что «учитывая установленное ст. 16 ГК право каждого лица обратиться в суд за защитой своего гражданского права и интереса и принцип диспозитивности в гражданском и хозяйственном судопроизводстве, истец имеет право свободно выбирать способы защиты нарушенного права или интереса и, в частности, определять ответчика по своим требованиям и т. п.»².

Вместе с тем следует обратить внимание на существующие границы указанной свободы выбора и диспозитивности, определяемые сущностью и пределами осуществления субъективного права и интереса, по поводу которых существует судебный спор.

С учетом этого в литературе справедливо обращается внимание на очевидность того, что «выбор того или иного способа защиты права определяется желаемым для истца правовым результатом. При этом истец должен действовать в пределах, в которых возможно применение конкретного способа защиты, которые определяются содержанием и преде-

лами осуществления соответствующего оспариваемого субъективного гражданского права и интереса»³.

Выбор способа защиты обуславливается необходимостью эффективной защиты стороны в судебном процессе и восстановления законности, основанной на соблюдении правила: применение судом того или иного способа защиты должно реально обеспечивать восстановление прав истца.

С этой целью при определении допустимости заявленного способа защиты должно быть соблюдено правило о соответствии предмета иска установленным способам защиты права, то есть материально-правовое требование истца к ответчику, которое вытекает из спорного правоотношения, должно отвечать особенностям и характеру нарушенного права.

Следовательно, при выборе способа защиты гражданского права и интереса необходимо учитывать специфику права и характер его нарушений.

Позиция о том, что применение судом того или иного способа защиты должно реально обеспечивать восстановление прав истца, была сформулирована в постановлении Судебной палаты по административным делам Верховного Суда Украины от 10.07.2007 г., которое принято в порядке производства по исключительным обстоятельствам по делу по иску «И ...» в Исполнительный комитет Л-й поселкового

¹ Беляневич О. А. Про відповідність предмета позову встановленим способам захисту права / О. А. Беляневич // Вісн. госп. судочинства. – 2008. – №. 1. – С. 101.

² Пункт 1 Інформаційного листа ВГСУ «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права» від 14 грудня 2007 р.

³ Беляневич О. А. Про відповідність предмета позову встановленим способам захисту права / О. А. Беляневич // Вісн. госп. судочинства. – 2008. – №. 1. – С. 101.

совета о признании недействительными решений. Верховный Суд Украины указал, что суды, рассматривавшие дело в предыдущих инстанциях, не приняли во внимание то, что право лица, считающего себя собственником имущества, отчужденного третьему лицу, не может быть защищено путем признания незаконными и отмены решений Исполнительного комитета об оформлении права собственности на это имущество. При выборе способа защиты гражданского права необходимо учитывать специфику права и характер его нарушений. В силу этого норма о компетенции административных судов в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 17 КАСУ решать споры физических или юридических лиц с субъектом властных полномочий относительно обжалования его решений должна применяться с учетом положений статей 216, 386, 388, 392, 393 ГК относительно способов защиты права собственности, а также положений ГПК и ХПК относительно юрисдикции судов. Обращаясь в суд в порядке хозяйственного или гражданского судопроизводства для защиты права собственности посредством гражданско-правовых способов, которые не могут быть применены в судах административной юрисдикции, требование о признании недействительным акта субъекта властных полномочий заявлять не следует. В таком случае противоправность акта может быть основанием, а не предметом иска. В мотивировочной части решения суд может дать оценку правомерности актов органа местного самоуправления, если их принятие

способствовало нарушению гражданских прав истца¹.

Для целей установления соответствия предмета иска установленным способам защиты характерным также является подход судебной практики по признанию договора незаключенным. По этому поводу Верховный Суд Украины указал, что требование о признании сделки незаключенной не может быть предметом иска по делу, поскольку ГК не установлено соответствующего способа защиты гражданского права. По сути, такое требование направлено на установление факта, имеющего юридическое значение, а не на возобновление нарушенного права или защиту охраняемого законом интереса².

Позже, учитывая необходимость установления в судебном порядке такого обстоятельства, как незаключение договора (например, для целей оспаривания государственной регистрации сделки и т. п.), указанная по-

¹ Беляневич О. А. Про застосування практики Європейського суду з прав людини у господарському судочинстві / О. А. Беляневич // Удосконалення правового статусу учасників відносин у сфері господарювання : зб. наук. пр. (за матеріалами Всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 20 листоп. 2008 р.) / редкол.: О. Д. Крупчан (голова), В. В. Луць, М. К. Галянтич та ін. – К. : НДІ приват. права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 283–284.

² Постанова Судової палати у господарських справах ВСУ від 14 січня 2002 р. у справі за позовом АТ «Сантехмонтаж» до МПП фірма «Барвінок», АТ «Капітал» та АТ «Барвінок» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. – 2003. – Вип. 1. – С. 154–158.

зиция Верховного Суда Украины была уточнена в части указания в решении суда на факт незаключения оспариваемого договора. В частности, в Информационном письме от 20.10.2006 г. № 01–8/2351 ВХСУ на вопрос, должен ли суд указывать в резолютивной части решения о признании договора незаключенным, дается такой ответ: о признании договора незаключенным может указываться исключительно в мотивировочной части решения как об обстоятельстве, установленном хозяйственным судом (п. 3 ч. 1 ст. 84 ХПК).

Другой пример несоответствия предмета иска установленным способам защиты гражданского права нашел отражение в решении Высшего хозяйственного суда Украины по делу о признании недействительным информационного сообщения о проведении конкурса и решения конкурсной комиссии по проведению конкурса. Производство было прекращено на основании п. 1 ст. 80 ГПК Украины за отсутствием предмета спора, поскольку оно не является актом в понимании ст. 12 ГПК Украины (то есть правовым актом, подлежащим оспариванию). Указанными актами не определялся победитель или конкретные участники конкурса. Кассационная инстанция не согласилась с решением апелляционной инстанции относительно правовой природы таких актов, в частности, решения конкурсной комиссии по проведению конкурса, поскольку такое решение имеет производный характер от указанных выше актов. Поскольку они основываются на незаконных актах, то также не соответствуют закону

и подлежат признанию недействительными.

В данном случае заявленное требование (способ защиты) не соответствует предмету иска, поскольку нельзя признать недействительными действия ответчика (организатора конкурса), которые не подпадают под понятие правового акта в смысле ст. 12 ГПК Украины (то есть ненормативного акта индивидуального действия).

Судебной практике известны и другие примеры, когда суд признавал заявленное требование неправомерным способом защиты.

В частности, при решении дела об устранении препятствий в осуществлении права собственности Высший хозяйственный суд Украины пришел к выводу о том, что «закон не предусматривает такого способа защиты гражданских прав и интересов, как «возобновление нарушенного права собственника на единоличное распоряжение, управление и пользование его имуществом, в том числе путем демонтажа определенного объекта. Несоответствие предмета иска установленным законом или договором способам защиты прав влечет отказ в иске»¹.

В постановлении Высшего хозяйственного суда Украины от 20.06.2006 г. № 20/684 обращается внимание на то, что «Согласно предписаниям части 1 ст. 16 ГК Украины каждое лицо имеет право обратиться в суд за защитой

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 26.09.2006 р. № 16/631. Такої правової позиції дотримується й Верховний Суд України, зокрема, в постановах від 13.07.2004 р. № 10/732 і № 04/338.

своего личного неимущественного или имущественного права и интереса. Однако в части 2 не предусмотрен такой способ защиты гражданских прав и интересов, как признание действий предприятия недобросовестной конкуренцией. В абз. 2 ст. 16 ГК Украины предусмотрено, что суд может защитить гражданское право или интерес другим способом, установленным договором или законом. Однако Законом Украины «О защите от недобросовестной конкуренции и ХК Украины также не установлен такой способ защиты права субъекта хозяйственной деятельности, как признание действий другого субъекта актом недобросовестной конкуренции»¹.

В Информационном письме Высшего хозяйственного суда Украины от 16 октября 2008 г. № 01–8/626 и постановлении Верховного Суда Украины от 19.08.2008 г. № 48/400 по делу о признании недействительным акта приема-передачи дома обращается внимание на то, что акт приема-передачи, который удостоверяет факт передачи одной стороной и принятия другой стороной дома, не имеет характера акта в понимании ст. 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины.

Хозяйственными судами установлено, что истец обратился с иском о признании недействительным акта приема-передачи ведомственного жилищного фонда в коммунальную собственность, по которому к коммуналь-

ной собственности территориальной общины района города передавался дом.

Частью 2 ст. 20 Хозяйственного кодекса Украины в качестве способа защиты прав субъектов хозяйствования предусмотрено признание полностью либо частично недействительными актов органов государственной власти и органов местного самоуправления, актов других субъектов, которые противоречат законодательству, ущемляют права и законные интересы субъектов хозяйствования или потребителей.

Следовательно, хозяйственные суды рассматривают на общих основаниях дела в спорах о признании недействительными актов, принятых другими органами, в том числе актов хозяйственных обществ, которые согласно закону или учредительным документам имеют обязательный характер для участников правоотношений, которые возникают или прекращаются с принятием такого акта.

Оспариваемый акт приема-передачи по своим признакам к таким актам не относится, поскольку удостоверяет факт передачи одной стороной и принятия другой стороной дома и может быть использован как доказательство в случае обращения любой из сторон с иском в суд и подлежит оценке судом в соответствии с требованиями ст. 43 Хозяйственного процессуального кодекса Украины.

Учитывая, что оспариваемый акт приема-передачи не имеет характер акта в смысле ст. 12 названного Кодекса, указанный спор не подлежит рассмотрению в хозяйственных судах Украины (см.: Постановление Верхов-

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 20.06.2006 р. № 20/684 // Юрид. практика. – 2006. – 1 серп. (№ 31 (449)). – С. 22–23.

ного Суда Украины от 19.08.2008 г. № 48/400)¹.

В пункте 10 Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 24 октября 2008 г. № 13 «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» обращается внимание судов на невозможность применения таких способов защиты прав и законных интересов лиц, не предусмотренных действующим законодательством, в частности ст. 16 ГК и ст. 20 ХК, и не вытекают из положений законодательства.

В этой связи не подлежат удовлетворению иски о признании решений общего собрания правомочными, как не соответствующие допустимым способам защиты прав и интересов. Решения общего собрания и других органов управления хозяйственного общества, которые по своей правовой природе являются актами, действительны, если в судебном порядке не будет установлено иное.

Не подлежат удовлетворению также требования о признании общего собрания участников (акционеров) общества состоявшимся, реорганизации состоявшейся; решений общего собрания действительными, решений общего собрания подлежащими исполнению.

Верховный Суд Украины обращает внимание судов на то, что действу-

ющее законодательство не предусматривает также возможности подачи в хозяйственный суд иска с требованием об изменении судом места проведения общих собраний хозяйственного общества.

Хозяйственный суд, установив, что предмет иска не соответствует установленным законом способам защиты прав, должен отказать в иске, а не прекратить производство по делу в связи с тем, что спор не подлежит рассмотрению в хозяйственных судах Украины.

Законом не предусмотрена возможность защиты прав и интересов покупателя по договору поставки путем побуждения другой стороны к оформлению товаро-сопроводительных документов, в частности актов приема-передачи.

В постановлении Судебной палаты по хозяйственным делам Верховного Суда Украины от 30.09.2008 г. по этому поводу отмечается, что предметом иска не могут быть обстоятельства, которые выступают доказательствами по делу, в частности, подписание актов приема-передачи, поскольку такие акты подтверждают наличие или отсутствие юридических фактов, входящих в основание иска. Защита имущественного или неимущественного права или законного интереса происходит путем принятия судом решения о принудительном исполнении ответчиком определенных действий или обязательства воздержаться от них.

Заявленное истцом требование об обязательстве ответчика подписать акты приема-передачи природного

¹ Пункт 3 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 16.10.2008 р. № 01–8/626 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України)» // Юрид. вісн. України. Судова практика. – 2009. – 27 груд. 2008 р. – 2 січ. 2009 р. (№ 52). – С. 22.

газа по договору поставки (которые по своей природе являются лишь товаро-сопроводительными документами) не приводит к возобновлению нарушения права и, в случае его удовлетворения, не может быть выполнено в принудительном порядке, поскольку отсутствует механизм исполнения такого решения.

Кроме того, согласно ст. 6 Конституции Украины государственная власть в Украине осуществляется на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти осуществляют свои полномочия в установленных Конституцией пределах и в соответствии с законами Украины.

По предписаниям ст. 6 ХК Украины одним из общих принципов хозяйствования является запрет незаконного вмешательства органов государственной власти и органов местного самоуправления, их должностных лиц в хозяйственные отношения.

Следовательно, обязательство ответчика подписать акты приема-передачи товара (газа и др.) не только противоречит установленным действующим законодательством способам защиты гражданских прав, а также является вмешательством в хозяйственную деятельность предприятия, что, как следствие, приводит к нарушению его свободного волеизъявления.

Статьей 12 ГК Украины установлено, что хозяйственным судам подведомственны дела по спорам, в частности, о признании недействительными актов на основаниях, указанных в законодательстве.

Учитывая то, что акт приема-передачи не носит характер акта в смысле ст. 12 ХПК Украины, указанный спор не подлежит рассмотрению в хозяйственных судах Украины.

Ввиду того, что закон не предусматривает такого способа защиты прав, как обязательство подписания акта приема-передачи товара по договору поставки, являющееся вмешательством в хозяйственную деятельность предприятия, что приводит к нарушению его свободного волеизъявления, а сам акт приемки-передачи не носит характер акта в смысле ст. 12 ХПК Украины, хозяйственный суд должен прекратить производство по делу на основании п. 1 ч. 1 ст. 80 ХПК Украины¹.

Важное значение имеют вопросы о последующих действиях суда в случае установления им неправильного определения предмета иска. В частности, в этом случае необходимо определиться с такими вопросами: 1) может ли суд по своему усмотрению применить другой способ защиты, нежели предусмотренный законом; 2) если хозяйственным судом установлено, что истцом избран неправильный способ защиты права, какое процессуальное действие должно быть совершено судом: постановление решения об отказе в иске или вынесение определения о прекращении производства по делу?

В подавляющем большинстве случаев суд при установлении несо-

¹ Постановва Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 30 вересня 2008 р. // Юрид. вісн. України. – 2009. – 18–24 лип. (№ 29 (733)). – С. 15.

ответствия характера нарушения избранному истцом способу защиты права отказывает в иске.

Однако судебной практике известны отдельные случаи, когда суд пришел к выводу о том, что в случае, если «исковые требования не соответствуют материально-правовым способам защиты, или выбранный лицом, обратившимся с иском, способ защиты не приводит к восстановлению его нарушенного права, но при рассмотрении спора установлен факт нарушения прав этого лица (истца), то суд должен сам определить надлежащий способ судебной защиты и принять соответствующее решение по защите нарушенного права»¹.

В юридической литературе этот подход в судебной практике подвергнут критике в связи с недопустимостью выхода суда за пределы исковых требований при защите гражданского права и несоответствием принципу диспозитивности.

Действующий ГПК Украины не допускает возможности выхода за пределы исковых требований при принятии судебного решения. С проблемой выхода за пределы исковых требований непосредственно связан

принцип диспозитивности, предусматривающий законодательно закрепленную возможность субъекта (истца) распоряжаться своим материальным правом путем использования предусмотренных законом процессуальных средств. Часть 1 ст. 11 ГПК Украины прямо раскрывает принцип диспозитивности как рассмотрение судом дела, в частности, в пределах заявленных требований.

Пункт 2 ст. 83 ХПК Украины допускает выход за пределы исковых требований только по ходатайству заинтересованной стороны.

В литературе и судебной практике не всегда дается однозначная оценка формулировке «выход за пределы исковых требований». Отдельные авторы считают, что выходом за пределы исковых требований является признание судом фактически больше, чем требует истец, или фактически другого, чем требует истец. Иная квалификация судом правоотношений, по которым возник спор, иное определение правовых норм, применяемых к спорным правоотношениям, не могут признаваться выходом за пределы исковых требований.

Такой подход его сторонниками обосновывается двумя положениями: 1) ст. 84 ГПК, согласно которой в мотивировочной части судебного решения указываются обстоятельства дела и законодательство, которым суд руководствовался; 2) ст. 202 ХПК, согласно которой при принятии решения суд решает вопрос о наличии обстоятельств, которыми обосновывались требования и возражения, и какими

¹ Постанова ВГСУ від 10.03.2006 р. № 4/423пд у справі № 4/423пд. Цит. по: Бе-
ляневич О. А. Про застосування практики
Європейського суду з прав людини у госпо-
дарському судочинстві / О. А. Бе-
ляневич // Удосконалення правового статусу учасників
відносин у сфері господарювання : зб. наук.
пр. (за матеріалами Всеукр. наук.-практ.
конф., м. Київ, 20 листоп. 2008 р.) / редкол.:
О. Д. Крупчан (голова), В. В. Луць, М. К. Га-
лянтич та ін. – К. : НДІ приват. права і під-
приємництва АПрН України, 2009. – С. 102.

доказательствами они подтверждают-ся, о правоотношениях, обусловлен-ных установленными фактами (дает квалификацию правоотношений), и о правовых нормах, которые рас-пространяются на эти правоотноше-ния¹.

С таким подходом можно согла-ситься лишь частично, в части права и обязанности суда провести юриди-ческую оценку обстоятельств, кото-рыми обосновываются требования и возражения, доказательства, кото-рыми они подтверждаются, и прове-сти квалификацию правоотношений. В случае установления иной квалифи-кации правоотношений, чем это преду-смотрено исковыми требованиями, закон не дает права суду изменять основание или предмет иска без со-гласия истца, что было бы выходом за пределы исковых требований при за-щите гражданского права и интереса.

Данный вывод обуславливается тем, что в хозяйственном процессе пределы исковых требований объек-тивно определяются принципом дис-позитивности, который, в частности, проявляется в ограничении четко определенных полномочий хозяйст-венного суда в оценке законности дей-ствий участников процесса. В частно-сти, согласно ч. 4 ст. 22 ХПК особым правом истца является право до при-нятия решения по делу изменить основание или предмет иска.

¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К. : А. С. К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. – Т. 1. – С. 140–141.

В этой связи в литературе обо-сновывается вывод о том, что «ХПК не предоставляет суду право изменять предмет иска. Этот вывод подтвер-ждается нормой ст. 83 ХПК, содержа-щей исчерпывающий перечень прав хозяйственного суда при принятии решения, который не может подвер-гаться расширительному толкованию. Хозяйственный суд как орган государ-ственной власти обязан действовать только на основании, в пределах пол-номочий и способов, предусмотрен-ных Конституцией и законами Укра-ины (часть вторая ст. 19 Конституции Украины)»².

4. Проблемные вопросы призна-ния правомерными способов защиты гражданских прав и интересов, не предусмотрен-ных ст. 16 ГК Украины

Предусмотренный ч. 2 ст. 16 ГК перечень способов защиты граждан-ских прав и интересов не является исчерпывающим. Суд может защи-тить гражданское право либо интерес другим способом, установленным до-говором или законом.

В случае невозможности приме-нения способов защиты по восстано-влению гражданского права в натуре,

² Беляневич О. А. Про застосування практики Європейського суду з прав людини у господарському судочинстві / О. А. Беля-невич // Удосконалення правового статусу учасників відносин у сфері господарювання : зб. наук. пр. (за матеріалами Всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 20 листоп. 2008 р.) / редкол.: О. Д. Крупчан (голова), В. В. Луць, М. К. Галянтич та ін. – К. : НДІ приват. пра-ва і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 102–103.

применению подлежат способы защиты, направленные на компенсацию нарушенного, непризнанного или оспоренного гражданского права и интереса.

В юридической литературе положительно оценивается включение в ст. 15 ГК положения о возможности защиты не только нарушенного гражданского права, но и того гражданского права, которое оспаривается или не признается. Такой подход дает системный характер способам защиты, поскольку в судебной защите нуждается как нарушенное право, так и право, которое оспаривается либо не признается.

Приведенное законодательное правило дополняется положениями о возможности защиты права собственности путем предъявления требования о запрете совершения действий, которые могут нарушить право собственности, либо о возложении на лицо обязанности не совершения действий, которые могут нарушить право собственности, либо о возложении на лицо обязанности в связи с совершением определенных действий для предотвращения такого нарушения (ст. 386 ГК).

Подобные положения о защите права интеллектуальной собственности включены в ст. 432 ГК. При этом в литературе отмечается, что эти законодательные положения вместе с положениями п. 1 ч. 2 ст. 16 ГК о защите гражданских прав путем признания права не обеспечивают полностью потребности в защите гражданских прав, которые не признаются или оспариваются. Отмечается также, что еще до принятия ГК 2003 г. в научной

литературе обращалось внимание на то, что «формулировка «признание права» допускает возможность предъявления исков о признании обязанностей другой стороны, о признании ответчика утратившим право, о признании прекращения обязанностей, о признании наличия прекращения обязанностей, о признании наличия правоотношений, о признании отсутствия правоотношения и т. п.»¹.

При принятии ГК законодатель эти научные положения не учел. Но в литературе небезосновательно отмечается, что предъявление требований упомянутого содержания имеет правовые основания согласно статьям 55, 124 Конституции и ст. 13 Конвенции. Обращается внимание на то, что ХК, принятый в тот же день, предусматривает возможность защиты права путем не только признания права, но и признания его отсутствия (ст. 20 ХК)².

Заслуживает поддержки обоснованное в литературе предложение о целесообразности выделения защиты права путем его признания и защиты интереса путем признания права. В последнем случае речь идет о таких установленных ГК правилах, которые дают возможность путем признания права защитить интерес. В случае признания права судом в таких случаях по существу устанавливается то

¹ Притыка Д. Н. Научно-практический комментарий к гражданскому законодательству Украины : в 4 т. Т. 1 / Д. Н. Притыка, В. Я. Карабань, В. Г. Ротань. – Севастополь, 2000. – С. 132.

² Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 36.

гражданское право лица, которое до этого не существовало; оно возникает только с момента вступления в законную силу решения суда о признании права. Речь идет о признании права собственности на самовольно построенное недвижимое имущество (части 3, 5 ст. 376 ГК), признании права на наследование (ч. 4 ст. 1224 ГК) и т. п.

В этих случаях у лица, предъявившего требование о признании права, соответствующего гражданского права не было. Оно возникает на основании решения суда с момента вступления решения в законную силу¹.

Формирование единообразной судебной практики нередко усложняется отсутствием четких положений закона относительно применения специальных способов защиты гражданских прав и интересов.

В частности, специальным способом защиты гражданских прав, который установлен ст. 98 ГК Украины, является право на обжалование участником общества в суд решения общего собрания. Такие дела на сегодня являются наиболее распространенными при защите корпоративных прав акционерами, хотя в судебных органах не существует единых подходов к их решению.

В этом контексте В. Л. Яроцкий справедливо обращает внимание на то, что по содержанию закона физические и юридические лица могут требовать признания незаконными не только решений, действий либо без-

деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, но и решений, действий либо бездеятельности органов управления юридических лиц, если они не соответствуют закону и иным нормативным актам и нарушают права и охраняемые законом интересы физических и юридических лиц. Например, подлежат рассмотрению судами споры по искам о признании незаконными решений собрания акционеров, правления и иных органов акционерного общества, нарушающих права акционеров, предусмотренные законом².

Указанная позиция заслуживает поддержки и отражения в нормах закона. В этой связи в литературе правильно указывается на целесообразность дополнения п. 10 ч. 2 ст. 16 ГК положением, согласно которому способами защиты гражданских прав и интересов является признание незаконными решений органов управления (участников) юридического лица³.

В судебной практике возникают спорные вопросы относительно возможности признания допустимым способа защиты, предусмотренного специальной нормой ГК или иного закона (ХК Украины и т. п.).

В качестве характерного примера подобной судебной практики может

² Цивільне право України : підручник : у 2 т. / [за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького]. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 260.

³ Кучеренко І. М. Способи захисту цивільних прав / І. М. Кучеренко // Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – Х. : Харків юрид., 2011. – С. 65.

¹ Ярема А. Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А. Г. Ярема // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 36.

быть неоднозначная позиция Верховного Суда Украины, связанная с рассмотрением дела № 6–48704св10 в связи с неодинаковым применением кассационной инстанцией одних и тех же норм материального права при разрешении спора, касающегося признания поручительства прекращенным в соответствии с ч. 1 ст. 559 ГК Украины.

Во время рассмотрения этого дела в Верховном Суде Украины было установлено, что вследствие подписания дополнительных соглашений от 04. 07. 2007 г. и 31. 12. 2008 г. к кредитному договору между ООО «Россель» и ЧАО КБ «Приватбанк» основное (кредитное) обязательство было изменено без согласия поручителя, вследствие чего увеличился объем ответственности поручителя.

Согласно ч. 1 ст. 559 ГК поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также в случае изменения обязательства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности.

Суд первой инстанции иск поручителя к ЧАО КБ «Приватбанк» удовлетворил, договор поручительства признал прекращенным (решение Кировского районного суда Кировоградской области от 6 апреля 2010 г.).

Суд апелляционной инстанции пересмотрел в апелляционном порядке указанное решение, оставил его в силе, отметив, что «удовлетворяя иск, суд первой инстанции посчитал установленным, что указанными соглашениями к кредитному договору № 71 состоялась замена основного обязательства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается

объем его ответственности. Суд пришел к правильному выводу о наличии предусмотренных ч. 1 ст. 559 ГК оснований для прекращения поручительства. Примененный способ защиты гражданских прав истца соответствует положениям ст. 16 ГК и требованиям ст. 3 ГПК».

Верховный Суд Украины решением от 1 декабря 2010 г. указанные решения судов первой и апелляционной инстанции отменил, мотивируя тем, что «такого способа защиты, как признание в судебном порядке договора поручительства прекращенным в случае изменения без согласия поручителя, законодательством Украины не предусмотрено. Не предусматривает такого способа и заключенный между сторонами договор поручительства».

При рассмотрении других гражданских дел Верховный Суд Украины, как суд кассационной инстанции, неоднократно принимал противоположные решения в подобных правоотношениях и выражал позицию о соответствии способам защиты гражданских прав прекращения поручительства на основании ч. 1 ст. 559 ГК в случае изменения без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности (см.: Постановления коллегии судей судебной палаты по гражданским делам Верховного Суда Украины от 14 июля 2010 г.¹,

¹ См.: Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 14 липня 2010 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10528923>; від 7 липня 2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10528536>.

от 7 июля 2010 г.¹, от 7 июля 2010 г.)².

В судебном порядке было установлено, что по указанным дополнительным соглашениям к кредитному договору № 71 произошло изменение основного обязательства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности.

В заявлении от 20.01.2011 г. о пересмотре решения Верховного Суда Украины от 1 декабря 2010 г. по этому делу заявитель указывает: «Согласно ст. 598 ГК, обязательство прекращается частично, либо полностью на основаниях, установленных договором или законом. Прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается только в случаях, установленных договором или законом. Часть 1 ст. 559 ГК является случаем, установленным законом, при наступлении которого допускается прекращение обязательства по требованию одной из сторон.

Согласно ст. 16 ГК одним из способов защиты гражданских прав и интересов является прекращение правоотношения. Прекращение правоотношения как способ защиты гражданских прав и интересов предусмотрено п. 7 ч. 1 ст. 16 ГК, и вывод в решении суда

¹ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 7 липня 2010 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10528536>.

² Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 7 липня 2010 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10398012>.

о несоответствии такого способа защиты права законодательству Украины является совершенно безосновательным и откровенно противоречит приведенным нормам материального права и сложившейся судебной практике».

Во время рассмотрения этого дела 25.06.2011 г. Верховный Суд Украины не принял окончательного решения, поскольку было сформулировано две диаметрально противоположные позиции по предмету данного спора.

Судья-докладчик по этому делу обосновывал целесообразность признания требования заявителя о признании поручительства прекращенным правомерным способом защиты гражданских прав и принятия решения о том, что заявление подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Способы защиты указаны в ст. 16 ГК. Согласно п. 7 ч. 2 ст. 16 ГК одним из способов защиты гражданских прав и интересов может быть прекращение правоотношения. Из содержания ч. 3 ст. 16 ГК усматривается, что суд может защитить гражданское право или интерес другим способом, установленным договором или законом.

Прекращение правоотношения как способ защиты применяется для защиты гражданского права и гражданского интереса по основаниям и в порядке, предусмотренном договором сторон или законом.

Часть 1 ст. 559 ГК предусматривает, что поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им

обязательства, а также в случае изменения обязательства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности.

Анализ нормы ч. 1 ст. 559 ГК дает основания полагать, что ее следует понимать как предусмотренный законом способ судебной защиты гражданского права, который распространяется на положения п. 7 ч. 2 ст. 16 ГК.

Также следует отметить, что ст. 598 ГК предусмотрена возможность прекращения обязательства частично или в полном объеме на основаниях, установленных договором или законом.

Прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается только в случаях, установленных договором или законом.

Согласно ч. 1 ст. 559 ГК сам факт изменения условий поручительства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности, является самостоятельным основанием прекращения правоотношений поручительства, возникших из договора поручительства.

По смыслу норм статей 559, 598 ГК прекращение обязательства поручительства означает такое положение сторон правоотношения, при котором в силу предусмотренных законом обстоятельств субъективное право и корреспондирующий ему долг перестают существовать.

Законодателем в ч. 1 ст. 559 ГК термин «поручительство» используется в смысле обязательственного правоотношения поручительства, с прекращением которого теряет силу договор поручительства.

Внесением изменений в договор поручительства, которые увеличивают размер платы за пользование кредитными средствами и объем ответственности поручителя, без согласования с ним этих изменений, согласно ч. 1 ст. 559 ГК прекращаются договор поручительства и правоотношения сторон по поручительству.

В данном случае субъективное право поручителя нарушено, поскольку он не соглашался нести ответственность в увеличенном объеме. Верховный Суд Украины, применяя, таким образом, ст. 16 ГК, лишает лицо, в данном случае поручителя, возможности реализовать свое право на защиту в суде. В связи с чем, по мнению судьи-докладчика по этому делу, отказ суда кассационной инстанции в удовлетворении иска на том основании, что избранный им способ защиты не предусмотрен законом, нельзя признать обоснованным.

С таким подходом не согласились отдельные судьи Верховного Суда Украины, которые рассматривают заявленный способ защиты (признание поручительства прекращенным) ненадлежащим способом защиты, не предусмотренным законом.

Сторонники такого подхода полагают, что в данном случае речь идет не о прекращении договора поручительства по судебному решению.

По смыслу нормы ч. 1 ст. 559 ГК поручительство прекращается вследствие совершения сторонами обязательства без согласия поручителя сделки относительно изменения обязательства, то есть в силу указания закона, а вовсе не вследствие приня-

тия судом решения о прекращении поручительства.

Иными словами, необходимо отличать случай, когда отношения прекращаются вследствие юридического факта в силу закона, от случая, когда в соответствии с законом юридического факта недостаточно, а отношения прекращаются вследствие принятия судом решения (например, вследствие удовлетворения иска о расторжении договора).

В данном случае также не идет речь об установлении факта, который имеет юридическое значение.

В соответствии с ч. 2 ст. 256 ГПК «в судебном порядке могут быть установлены также другие факты, от которых зависит возникновение, изменение либо прекращение личных или имущественных прав физических лиц, если законом не определено иного порядка их установления».

Истец же требует не установить факт, от которого зависит прекращение права физического лица, а установить прекращение договора поручительства, то есть прекращение самого права кредитора требовать от поручителя исполнения обязательства.

Кроме того, дела об установлении фактов рассматриваются в порядке отдельного, а не искового производства.

Таким образом, истец требует от суда дать правовую оценку отношениям сторон. Для этого истец просит, установив наличие обстоятельств (изменение обязательства без согласия поручителя), определить, увеличивается ли вследствие этого обстоятельства объем его ответственности, и пре-

доставить юридический вывод: подлежит ли в этом случае применение ч. 1 ст. 559 ГК. Вместе с тем такого способа защиты, как предоставление оценок (юридических выводов), законом не предусмотрено.

Судебное решение защищает право, а в данном случае при существовании другого дела, где ответчиком является О. В. Лобанов как лицо, обязанное по договору поручительства, данное дело и требование о признании договора поручительства прекращенным направлены на предоставление судом правовой оценки (юридического вывода) относительно отношений сторон в ином деле.

Более того, по мнению сторонников этого подхода, даже удовлетворение такого иска в пределах этого дела не внесло бы определенности в правоотношения между сторонами договора.

Установление прекращения поручительства является следствием юридической оценки установленных обстоятельств. Вывод о такой оценке не носит обязательного характера для суда, который может рассматривать спор относительно исполнения обязательств поручителем, поскольку не относится к фактам, установление которых судебным решением в одном деле между теми же сторонами является обязательным для другого суда, рассматривающего спор между ними же.

Поскольку правоотношения прекращены в силу закона, то суд не вправе переоценить правовые последствия существования определенных юридических фактов. Иск является процессуальным средством осуществления права на судебную защиту

и предметом иска могут быть только правовые требования, в частности такие, которые относятся к сфере судебной юрисдикции и требуют применения компетенционных полномочий судебной власти в соответствии со ст. 124 Конституции Украины.

Исходя из этого обосновывается вывод, что иск о признании договора поручительства прекращенным невозможен, поскольку по своему предмету не направлен на судебное осуществление субъективных прав и их защиту.

Вывод суда о том, что договор поручительства прекратился, сделан в результате установления определенных фактических обстоятельств, может быть основанием для принятия во внимание возражений поручителя против иска к нему об ответственности по договору и, соответственно, для отказа в таком иске. Такой вывод должен содержаться в мотивировочной части решения по такому делу, а не быть резолютивной частью судебного решения по этому делу.

Поэтому, по мнению сторонников признания заявленного способа защиты ненадлежащим, обжалуемое решение Верховного Суда Украины, как суда кассационной инстанции, является законным. Его вывод об отсутствии такого способа защиты нарушенного способа, как признание в судебном порядке договора поручительства прекращенным, отвечает закону.

Позиция оппонентов признания поручительства прекращенным представляется недостаточно обоснованной по следующим основаниям.

Квалификация правомерности способа защиты основывается на об-

щем обязательном правиле о праве носителя любого гражданского права и интереса на эффективное средство юридической защиты в суде, составляющим элементом которого является право носителя любого нарушенного, оспоренного либо непризнанного субъективного гражданского права и интереса на судебную защиту способами, не запрещенными законом.

Вывод суда о том, что договор поручительства прекратился, сделанный в результате установления факта изменения условий договора поручительства без согласия поручителя, повлекших повышение его размера ответственности, позволяет прекратить (пресечь) непризнание кредитором права поручителя нести ответственность в согласованном им объеме.

С учетом того, что установленные судом указанные фактические обстоятельства по своему предмету направлены на устранение (пресечение) непризнания права его носителя (поручителя), судебное осуществление субъективных прав и их защиту, вывод суда о том, что договор поручительства прекратился, должен быть резолютивной частью решения по такому делу, а не содержаться в мотивировочной части.

Поскольку непризнание гражданского права является самостоятельным предметом спора, подлежащим судебной защите, носитель непризнанного гражданского права имеет право на судебную защиту своего непризнанного права независимо от предъявления третьим лицом (кредитором) иска к поручителю об ответственности по договору.

Квалификация требования о признании договора поручительства прекращенным в качестве ненадлежащего способа судебной защиты юридически исключает возможность немедленного пресечения в судебном порядке факта непризнания кредитором права поручителя до предъявления кредитором иска об ответственности поручителя по договору поручительства.

Поскольку в данном случае поручитель не может защитить свое непризнанное право какими-либо способами судебной защиты гражданского права, в том числе в порядке признания факта, имеющего юридическое значение, признание указанного требования поручителя ненадлежащим способом судебной защиты является отказом в судебной защите нарушенного права по мотивам отсутствия в законе способа.

Таким образом, установление судом факта, имеющего юридическое значение, в связи с непризнанием гражданского права его носителя (в частности, поручителя) позволяет суду принимать в порядке искового производства решение о применении пресекательных мер правового воздействия с целью пресечения (прекращения) непризнания гражданского права.

Указанная судебная практика Верховного Суда Украины свидетельствует о неоднозначном отношении судей к формирующейся тенденции расширительного толкования перечня способов защиты гражданских прав и интересов, что обусловлено как несовершенством существующих правил квалификации факта нарушения, непризнания, оспаривания гражданского права и интереса, так и отсут-

ствием четких критериев размежевания спора о праве и установления судом фактов, имеющих юридическое значение.

Подобная неоднозначность судебной практики усугубляет юридическую неопределенность субъектов нарушенного, оспоренного либо непризнанного права и не способствует стабильности гражданского оборота.

В связи с этим целесообразно рассмотреть вопрос уточнения существующих и, возможно, разработки дополнительных правил квалификации надлежащих способов судебной защиты гражданских прав и интересов, направленных на создание эффективного механизма реализации общего правила о праве носителя любого гражданского права и интереса на эффективное средство юридической защиты в суде.

В условиях континентальной системы права Украины, предусматривающей формирование единообразной судебной практики высшими судебными органами, дополнительную актуальность приобретает вопрос подготовки Верховным Судом Украины, совместно с соответствующими высшими специализированными судами, разъяснений относительно юридической квалификации надлежащих способов защиты гражданских прав и интересов судом.

5. Концепция квалификации надлежащих способов судебной защиты гражданских прав и интересов

Отсутствие стабильной судебной практики и формирование тенденции

расширительного толкования перечня способов защиты гражданских прав и интересов, являющейся проявлением современного понимания роли судьи в качестве творца права как живого инструмента, требуют пересмотра теоретических подходов и применения эволюционного метода толкования законодательства, призванного отражать особенности реально существующих правоотношений защиты гражданских прав и интересов с точки зрения сегодняшнего дня¹.

Положения отечественного гражданского законодательства относительно способов защиты гражданских прав и интересов, в частности ст. 16 ГК Украины, основываются на общем правиле, согласно которому надлежащим способом защиты гражданских прав признается способ, предусмотренный законом либо договором.

В современной отечественной доктрине права и судебной практике не сформировано единого подхода относительно толкования нормы ст. 16 ГК Украины о праве лица на судебную защиту гражданских прав и интересов в порядке, установленном законом.

На сегодня можно выделить два основных подхода по этому вопросу – концепции узкого и широкого толкования перечня способов защиты прав судом.

¹ Об эволюционном методе толкования, в частности, см.: Буткевич О. В. Рішення Європейського суду з прав людини в українській правозастосовній практиці / О. В. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. – К. : Ред. журн. «Право України», 2011. – Дод. до журн. «Право України». – Вип. 1, ч. 3 : Ст. 3 : Заборона катувань : у 3 ч. – 2011. – С. 6.

Узкая (консервативная) концепция, долгое время безусловно преобладавшая и по настоящее время являющаяся наиболее часто применяемой в современной судебной практике, предполагает признание допустимыми способов судебной защиты, которые прямо предусмотрены в законе, в частности в ст. 16 ГК Украины.

Этот подход основан на тезисе о том, что перечень способов защиты гражданских прав хоть и не является исчерпывающим, однако использование других способов защиты права допускается ГК только при наличии прямого указания закона либо договора. Исковые требования по защите гражданских прав и интересов способами, не предусмотренными законом, в частности, в ст. 16 ГК Украины, считаются не соответствующими требованиям, предъявляемым к допустимому способу защиты судом, и удовлетворению не подлежат.

Сторонники такого подхода обращают внимание на то, что норма ст. 16 ГК основывается на правиле, согласно которому способов защиты, установленных законом либо договором, вполне достаточно для адекватной защиты гражданского права и интереса. Закон предусматривает достаточно широкий перечень способов защиты, позволяющих осуществить защиту адекватно содержанию и объему гражданского права и интереса. Поэтому гражданское право и интерес не могут быть защищены в судебном порядке способами защиты, не установленными законом либо договором.

Вместе с тем основной недостаток узкого толкования ст. 16 ГК обу-

словлен наличием ситуаций, когда предусмотренные законом способы защиты гражданских прав не обеспечивают возможности их эффективной защиты, а также недостатками формулировки способов защиты права и более конкретных законодательных положений, раскрывающих содержание соответствующих способов защиты права, условия и порядок их применения.

Приведенное обусловило формирование в современной судебной практике и доктрине концепции широкого толкования перечня способов защиты гражданских прав, предусматривающей открытый перечень способов защиты гражданских прав и право участника гражданских отношений свободно выбрать любой другой способ, не указанный в ст. 16 ГК Украины.

Следует отметить, что этот подход уже нашел нормативное закрепление в отечественном законодательстве об административном судопроизводстве. Кодекс административного судопроизводства Украины (далее – КАСУ) в ст. 105 предусматривает открытый перечень исковых требований, с которыми частное лицо может обратиться в суд. Лицо свободно выбрать любой другой способ защиты, не закрепленный в указанной норме КАСУ.

При этом в доктрине справедливо отмечается существование определенных правил выбора адекватного способа защиты прав и интересов. Истец осуществляет свой выбор не произвольно, а с учетом правила, закрепленного в ст. 162 КАСУ, – способ защиты должен гарантировать реальное восстановление нарушенных прав. Поэтому по своему характеру

исковое требование должно учитывать: содержание права, о защите которого заявитель намерен просить; суть правонарушения, допущенного правонарушителем (субъектом властных полномочий)¹.

Такой подход представляется оправданным и может быть использован при формулировке правил определения надлежащих (адекватных) способов защиты гражданских прав и интересов судом.

Характерно, что в последнее время в судебной практике при осуществлении гражданского и хозяйственного судопроизводства начинает формироваться подобный подход. Основная его идея состоит в недопустимости ограничительного толкования ст. 16 ГК Украины ввиду того, что это не вполне соответствует содержанию указанной нормы ГК и конституционному праву человека на судебную защиту своих прав и свобод.

В этой связи следует отметить, что ст. 15 ГК Украины предусматривает право каждого лица на защиту своего гражданского права в случае его нарушения, непризнания либо оспаривания. Каждый также имеет право на защиту своего интереса, который не противоречит общим принципам гражданского законодательства.

Следовательно, указанная норма определяет объектом защиты нарушенное, непризнанное либо оспариваемое право или гражданский интерес.

¹ Перепелюк В. Ефективність способів захисту прав особи як показник якості матеріального закону / В. Перепелюк // Юрид. Україна. – 2009. – № 11–12. – С. 37.

Нарушение права связано с лишением его владельца возможности осуществить (реализовать) свое право полностью либо частично.

При оспаривании или непризнании права возникает неопределенность в праве, вызванная поведением другого лица.

Таким образом, нарушение, непризнание либо оспаривание субъективного права является основанием для обращения лица за защитой своего права с применением соответствующего способа защиты.

Способы защиты указаны в ст. 16 ГК Украины, ст. 20 ХК Украины, в нормах других законов.

Перечень оснований защиты гражданских прав и интересов, которые содержатся в ст. 16 ГК Украины, построен по обобщающему принципу, не является исчерпывающим и не может охватывать все виды конкретных договоров и обстоятельств.

Из содержания ч. 3 ст. 16 ГК Украины усматривается, что суд может защитить гражданское право либо интерес другим способом, установленным договором или законом.

Законодательные ограничения материально-правовых способов защиты гражданского права или интереса подлежат применению с соблюдением положений статей 55, 124 Конституции Украины и ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция).

Согласно ст. 55 Конституции Украины права и свободы человека и гражданина защищаются судом. Каждому гарантируется право на обжалование в суде решений, действий

либо бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц. Каждый имеет право любыми не запрещенными законом средствами защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств.

Частью 2 ст. 124 Конституции предусмотрено, что юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, возникающие в государстве.

Право лица на судебную защиту должно определяться также с учетом положений ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, согласно которой каждый, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

Таким образом, общее правило относительно способов защиты гражданских прав и интересов лица предусматривает право каждого лица на эффективные средства правовой защиты, не запрещенные законом.

В этой связи заслуживает внимания позиция авторов, которые считают целесообразным уже сегодня удовлетворять иски о защите права способом, не предусмотренным законом, но таким, который соответствует содержанию нарушенного права, характеру его нарушения и последствий, вызванных нарушением, поскольку законодательные положения, допускающие защиту права, в том числе и гражданского, только предусмотренными

законом способами, следует применять только в части, в которой они не противоречат статьям 55 и 124 Конституции.

Надлежащий способ защиты прав должен определяться с учетом положений ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, согласно которой лицо имеет право на эффективное средство правовой защиты, а также судебной практики Европейского суда по правам человека по этой категории дел.

Одним из критериев эффективного средства правовой защиты следует считать то, что соответствует содержанию нарушенного права, характеру и последствиям нарушения.

По смыслу ст. 16 ГК определение законом способов защиты гражданских прав направлено, в первую очередь, на максимальное восстановление нарушенного права. В этой связи предусмотренный данной статьей перечень способов защиты гражданских прав не является исчерпывающим. Положения ст. 16 ГК допускают использование и других предусмотренных законом либо договором способов защиты. Отсутствие правовых норм, закрепляющих только конкретный способ защиты гражданских прав, или наличие возможности применить различные способы означает, что выбор способа защиты оставлен на усмотрение стороны правоотношения¹.

¹ Бабаев Р. С. Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / А. Б. Бабаев, Р. С. Бевзенко, В. А. Белов, Ю. А. Тарасенко ; под общ. ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт, 2010. – С. 84–85.

При этом допустимым способом защиты гражданских прав и интересов целесообразно считать как способы, предусмотренные законом либо договором в общей норме, содержащей перечень таких способов, в частности в ст. 16 ГК и ст. 20 ХК Украины, так и способы, предусмотренные либо вытекающие из содержания специальной нормы указанных или других законов Украины и соответствующие содержанию защищаемого гражданского права и интереса, характеру его нарушения и последствиям, вызванным нарушением. Способ защиты, предусмотренный специальной нормой, может быть прямо определен нормой или вытекать из ее содержания и сущности гражданского права и интереса, подлежащих защите судом.

Любое гражданское право и интерес, подлежащий защите судом, могут быть защищены способом, который вытекает из содержания специальной нормы, предусматривающей возникновение, изменение либо прекращение гражданских прав либо интереса, и соответствует сущности субъективного права и интереса, независимо от возможности применения общих способов, предусмотренных ст. 16 ГК, если способом защиты, предусмотренным специальной нормой, можно прекратить нарушение, оспаривание либо непризнание гражданского права и интереса, предусмотренного специальной нормой.

В этой связи заслуживает внимания судебная практика Верховного Суда Украины по делу № 6–48704св10, касающемуся признания поручительства прекращенным в соответствии с ч. 1 ст. 559 ГК Украины.

Указанная судебная практика дает определенные основания для вывода о недопустимости ограниченного толкования кассационным судом ст. 16 ГК Украины, что противоречит конституционным положениям о праве лица на судебную защиту способом, являющимся эффективным средством защиты. «Поскольку положения Конституции Украины и Конвенции имеют высшую юридическую силу (статьи 8, 9 Конституции Украины), а ограничение материального права противоречит этим положениям, нарушение гражданского права либо гражданского интереса подлежит судебной защите и способом, не предусмотренным законом, в частности ст. 16 ГК Украины, но являющегося эффективным средством защиты, то есть отвечающим содержанию нарушенного права, характеру его нарушения и последствиям, вызванным этим нарушением.

Вышеуказанная позиция Верховного Суда Украины свидетельствует о формировании в современной судебной практике тенденции к признанию права человека на судебную защиту нарушенного гражданского права либо гражданского интереса способом как предусмотренным, так и не предусмотренным законом в ст. 16 ГК Украины, но соответствующим содержанию нарушенного права, характеру его нарушения и последствиям, вызванным этим нарушением.

Такой подход представляется оправданным ввиду того, что согласно положениям Конституции о защите прав судом суд защищает любое право, которое требует защиты, законодательное ограничение возможности защиты права судом путем ограничения материально-правовых способов защиты прав может рассматриваться противоречащим статьям 55, 124 Конституции.

Однако установление в гражданском законодательстве открытого перечня способов судебной защиты, когда допустимыми будут считаться также способы, не предусмотренные законом либо договором, будет предсказуемым и эффективным при наличии четкого понимания того, что означает адекватность способа содержанию и объему права.

На сегодня в юридической науке и судебной практике не сформулированы достаточно четкие и убедительные ответы на связанные с этим вопросы, что обуславливает целесообразность подготовки официальных толкований, принятие решений по конкретным делам высшими судебными инстанциями в целях формирования единообразной судебной практики разрешения споров при квалификации надлежащего способа защиты гражданских прав и интересов.

Опубликовано: Альманах цивилистики : сб. ст. – 2011. – Вып. 4. – С. 107–147.

Е. Кохановская, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

К вопросу об общих положениях о праве интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе Украины

Отличительной чертой действующего ГК Украины является наличие в Книге четвертой, посвященной праву интеллектуальной собственности, отдельной гл. 35, закрепляющей общие положения о праве интеллектуальной собственности. Статьи 418–432 ГК Украины последовательно раскрывают важнейшие нормативные положения относительно самого понятия права интеллектуальной собственности; его соотношения с правом собственности; объектов и субъектов, оснований возникновения (приобретения) и сроков действия прав интеллектуальной собственности; личных неимущественных и имущественных прав интеллектуальной собственности; использования и передачи имущественных прав интеллектуальной собственности; осуществления права интеллектуальной собственности, принадлежащего нескольким лицам;

прав интеллектуальной собственности на объект, созданный в связи с выполнением трудового договора, и на объект, созданный по заказу; последствий нарушения и защиты права интеллектуальной собственности судом.

Необходимость закрепления на уровне кодификационного акта обозначенных норм диктовалась в период подготовки и принятия ГК Украины в 2003 г. острыми дискуссиями относительно необходимости закрепления этого правового массива в частноправовом документе вообще и в кодексе в частности. Следует отметить, что до 2003 г. в Украине была проведена значительная работа по принятию специальных законодательных актов в сфере права интеллектуальной собственности.

Десять лет использования этих законов позволили говорить о сложившейся системе нормативных актов,

и для практиков, например, создание ГК Украины не представлялось столь необходимым, как скорейший охват специальным законодательством всех возможных объектов права интеллектуальной собственности и соответствие их международным актам.

В чем же ценность системы законодательных актов, которая существует на сегодня в Украине, и есть ли необходимость в ее дальнейшем усовершенствовании? Можно ли рассматривать специальную главу об общих положениях о праве интеллектуальной собственности достижением законодательной техники ее авторов, и подтверждается ли ответ на этот вопрос практикой применения ее положений?

Начать анализ следует, по нашему мнению, с того, какие цели ставили перед собой разработчики ГК Украины в отношении закрепления прав интеллектуальной собственности в кодифицированном частноправовом документе. Прежде всего это была необходимость собрать и упорядочить с максимальной степенью правовой логики значительный массив нормативного материала, который охватывал регулированием все возрастающее количество видов объектов права интеллектуальной собственности.

Определение понятия интеллектуальной собственности закреплено в ст. 418 ГК Украины как право лица на результат интеллектуальной, творческой деятельности или на другой объект права интеллектуальной собственности, определенный ГК и другим законом.

Как термин понятие «интеллектуальная собственность» появился

еще в конце XIX в. и был воспринят неоднозначно как учеными, так и специалистами-практиками.

Два основных подхода относительно понимания данного термина сводились или к абсолютному восприятию и его законодательному закреплению, или к отрицанию наличия его обстоятельного научного объяснения и предложений использовать не в правовых нормах, а в политических актах.

Во втором случае справедливо указывалось на невозможность отождествлять правовой режим материальных вещей и нематериальных объектов, которыми являются разного рода авторские произведения и различные технические новшества, на территориальные, временные и пространственные ограничения прав авторов и изобретателей; на абсолютно иные способы защиты авторских и патентных прав, нежели те, которые используются для защиты права собственности. Кроме того, приобретение прав на определенные объекты права интеллектуальной собственности возможно лишь при условии получения специальных охранных документов.

Представители теории права интеллектуальной собственности как права собственности или квазисобственности свои доводы обосновывали преимущественно аргументами о том, что интеллектуальная собственность – это собственность особого рода, а объекты права интеллектуальной собственности называли бестелесными вещами. Между тем термин «интеллектуальная собственность» является условным и своего рода да-

нию исторической традиции, поэтому ныне нет оснований допускать распространение на эти права правового режима, который применяется к вещам и имуществу.

Различные подходы к пониманию сущности охраны прав на объекты права интеллектуальной собственности существовали и на момент принятия действующего ГК Украины – как с позиций исключительных прав, так и с позиции права собственности. Между тем большинство ученых не поддержали предложения о применении института права собственности к отношениям интеллектуальной собственности, учитывая, в частности, необходимость приведения принципов правовой охраны в соответствие к существующим в странах континентального права. В результате ГК Украины закрепляет единый подход к охране прав на объекты права интеллектуальной собственности с помощью института исключительных прав и единых для всех объектов права интеллектуальной собственности способов защиты гражданских прав и интересов.

В Украине законодатель закрепляет понятие права интеллектуальной собственности через понимание его как личных неимущественных и имущественных прав интеллектуальной собственности. Содержание этих прав определяется ГК Украины и другими законами относительно отдельных объектов права интеллектуальной собственности.

Существенное значение для понимания специфики регулирования отношений в сфере права интеллектуальной собственности имеет отмеченное в ГК Украины, а именно в ст. 419,

соотношение категорий «право интеллектуальной собственности» и «право собственности». При этом право интеллектуальной собственности и право собственности на вещь не зависят друг от друга, а переход права на объект права интеллектуальной собственности не означает переход права собственности на вещь, и наоборот.

Создание произведений науки, литературы, искусства и других объектов права интеллектуальной собственности, таким образом, приводит к возникновению прав интеллектуальной собственности на указанные объекты. Права интеллектуальной собственности в объективном значении – это совокупность правовых норм, с помощью которых осуществляется охрана интеллектуальной собственности, а права интеллектуальной собственности в субъективном значении – это личные неимущественные и имущественные права, которые принадлежат конкретному субъекту интеллектуальной собственности.

Обобщив, можно отметить, что право интеллектуальной собственности в объективном значении характеризуется следующими основными признаками:

- 1) оно является правом на результат интеллектуальной творческой деятельности;
- 2) объектом права интеллектуальной творческой деятельности является нематериальная вещь, при этом результат интеллектуальной творческой деятельности может быть воплощен в любом материальном носителе;
- 3) этот результат может быть воспроизведен и воспринят другими лицами и приспособлен к многократному воплощению (тиражированию);

4) правовая охрана предоставляется результату интеллектуальной творческой деятельности или при условии его создания и воплощения в форму, приспособленную для восприятия другими лицами (например, произведения науки, литературы, искусства), или при условии его соответствия требованиям действующего законодательства Украины об интеллектуальной собственности (например, изобретения, полезные модели, промышленные образцы);

5) правовая охрана объектов интеллектуальной собственности предоставляется на срок, определенный действующим законодательством;

6) право интеллектуальной собственности на тот или иной объект следует отличать от права собственности на материальный носитель, в который воплощен творческий результат интеллектуальной собственности, он не зависит от права интеллектуальной собственности на этот результат;

7) личные неимущественные права субъектов права интеллектуальной собственности неотделимы от личности творца и не подлежат отчуждению;

8) имущественные права субъекта интеллектуальной собственности могут отчуждаться любым гражданско-правовым способом; субъект этих прав может от них отказаться;

9) объекты права интеллектуальной собственности действующим законодательством определены как товар и могут быть объектом любых гражданско-правовых сделок;

10) право интеллектуальной собственности является нерушимым,

никто не может быть лишен права интеллектуальной собственности или ограничен в его осуществлении, кроме случаев, предусмотренных законом.

Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с творческой деятельностью, осуществляется с помощью норм Книги четвертой ГК Украины и ряда норм специальных законов Украины.

Преимуществом действующего ГК Украины является то, что в кодексе закреплены общие положения, которые относятся ко всем объектам права интеллектуальной собственности. Это позволяет однозначно определять терминологию, придерживаться основных принципов охраны новых объектов права интеллектуальной собственности, устанавливать единые подходы к охране различных объектов прав интеллектуальной собственности.

Специальные законы, посвященные разным объектам права интеллектуальной собственности, обеспечивают, в свою очередь, быструю и эффективную модернизацию и гармонизацию законодательства Украины по вопросам интеллектуальной собственности. Таким образом, ГК Украины не подменяет специальное законодательство в сфере интеллектуальной собственности, в него включены преимущественно общие нормы, нормы-принципы, он не содержит детальной правовой регламентации правоотношений в сфере интеллектуальной собственности.

Это поясняется тем, что, во-первых, предмет гражданского права не охватывает весь комплекс отношений в названной сфере, поскольку суще-

ствуют также другие материальные и процессуальные отношения, которые урегулированы административным, уголовным и т. п. правом; во-вторых, законодательство в сфере права интеллектуальной собственности постоянно изменяется в результате появления новых объектов, которые получают правовую охрану в результате гармонизации норм международного права национального законодательства.

Таким образом, на сегодня законодательство об интеллектуальной собственности является комплексным, характеризуется широким охватом отношений, связанных с творческой деятельностью и является системой правовых норм о личных неимущественных и имущественных правах на результаты интеллектуальной собственности и приравненные к ним объекты, которые охраняются законом.

Книга 4 «Право интеллектуальной собственности» отражает существенные общие положения гражданско-правового регулирования общественных отношений, которые возникают в сфере интеллектуальной собственности, и включает: понятие и содержание права интеллектуальной собственности, правовые нормы, которые закрепляют переход права интеллектуальной собственности на объекты; особенности правового режима объектов, созданных на заказ и во время исполнения трудовых обязанностей; определение способов гражданско-правовой защиты права интеллектуальной собственности.

Среди важнейших концептуальных положений ГК Украины – макси-

мальный учет интересов творцов, кодификация только тех норм, которые признаны сложившимися в доктрине и проверены практикой, сохранение специального законодательства в сфере интеллектуальной собственности и ряд других.

В главе 35 ГК Украины «Общие положения о праве интеллектуальной собственности» закреплены нормы, которые регулируют вопросы, связанные с понятием права интеллектуальной собственности, соотношением права интеллектуальной собственности с правом собственности; объектами и субъектами права интеллектуальной собственности; основаниями приобретения права интеллектуальной собственности; личными неимущественными и имущественными правами интеллектуальной собственности; сроком действия права интеллектуальной собственности; использованием объектов права интеллектуальной собственности; использованием объектов права интеллектуальной собственности и передачей имущественных прав интеллектуальной собственности; осуществлением прав интеллектуальной собственности, которые принадлежат нескольким лицам; правами интеллектуальной собственности на объекты, которые созданы в связи с исполнением трудового договора или по заказу; последствиями нарушения прав интеллектуальной собственности; защитой прав интеллектуальной собственности судом.

Статья 420 ГК Украины и следующие главы Книги четвертой регулируют отношения, касающиеся разных видов объектов прав интеллектуальной собственности, среди которых

литературные и художественные произведения; компьютерные программы; компиляции данных (базы данных); исполнения; фонограммы, видеogramмы, передачи (программы) организаций вещания; научные открытия; изобретения, полезные модели, промышленные образцы; компоновки (топографии) интегральных микросхем; рационализаторские предложения; сорта растений, породы животных; коммерческие (фирменные) наименования, торговые марки (знаки для товаров и услуг), географические указания; коммерческие тайны.

В Конвенции, которой была основана Всемирная организация интеллектуальной собственности (1967 г.), отмечается, что интеллектуальная собственность объединяет права, которые принадлежат:

- 1) литературным, художественным и научным произведениям;
- 2) исполнительской деятельности артистов; звукозаписи; радио- и телевизионным передачам;
- 3) изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- 4) научным открытиям;
- 5) промышленным образцам;
- 6) товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- 7) защите от недобросовестной конкуренции;
- 8) все иные права, которые принадлежат к интеллектуальной собственности в производственной, научной, литературной и художественной сферах.

Приведенный перечень не является исчерпывающим, поскольку невоз-

можно назвать все результаты творческой деятельности человека, которые появляются в процессе развития человечества. В прошлом и нынешнем веках это связано со стремительными темпами развития технологий, биологии, медицины, а также с расширением представлений человечества об окружающем мире благодаря уже полученным техническим разработкам.

Главным признаком объектов права интеллектуальной собственности является то, что они должны быть результатом интеллектуальной творческой деятельности. Принадлежность объектов гражданских прав к объектам права интеллектуальной собственности может быть установлена ГК Украины или законом. Следует обратить внимание на то, что ст. 420 ГК Украины не содержит легального определения термина «объект права интеллектуальной собственности», закрепляя лишь определенный перечень, который не является исключительным, постепенно имеет тенденцию пополняться, уточняться, конкретизоваться.

В этом процессе учитывается и содержание понятия интеллектуальной собственности, которое вкладывается в это понятие международными конвенциями и соглашениями, например, вышеприведенной Конвенцией 1967 г., которая использует термин «интеллектуальная собственность» в общем понимании, обозначая все права на результаты творческой деятельности и ряд приравняваемых к ним.

Каждый из названных объектов отличается своей природой, происхождением, между тем их можно поделить на группы, которые объединяют

их по методам законодательного обеспечения правовой охраны.

К первой группе законодательство Украины об авторском праве и смежных правах относит следующие объекты из вышеназванных: литературные и художественные произведения, компьютерные программы, базы данных, исполнения, фонограммы, видеограммы и др.

Вторая группа объединяет объекты права промышленной собственности, которые охраняются патентным правом: изобретения, полезные модели, промышленные образцы.

К третьей группе принадлежат способы индивидуализации участников гражданского оборота, произведенной продукции, а именно: коммерческие (фирменные) наименования, торговые марки (знаки для товаров и услуг), географические обозначения.

Отдельную группу объектов, которые при их появлении получили название нетрадиционных результатов интеллектуальной деятельности, составляют на сегодня: открытия, компоновки интегральных микросхем, рационализаторские предложения, сорта растений, породы животных, коммерческая тайна и др.

Обозначенные группы объектов появились в результате деления творческой деятельности на духовную и научно-техническую и представляют основные относительно самостоятельные институты права интеллектуальной собственности, которые в совокупности создают обобщающее понятие «интеллектуальная собственность».

Особенностью объектов права интеллектуальной собственности яв-

ляется то, что они должны быть результатом интеллектуальной творческой деятельности, то есть творческий характер результатов является обязательным признаком объекта права интеллектуальной собственности.

Произведения, которые составляют группу объектов интеллектуальной собственности, охраняются авторским правом и смежными правами, как завершенные, так и незавершенные, подлежат правовой охране независимо от их опубликования или неопубликования, от их назначения, жанра, объема, цели. Правовая охрана распространяется только на форму подачи произведения и не распространяется на какие-либо идеи, теории, принципы, методы, процедуры, процессы, системы, способы, концепции, открытия, даже если они выражены, описаны, пояснены, проиллюстрированы в произведении.

Хотя названные объекты могут быть результатами творческого труда, между тем, правовая охрана им не предоставляется, потому что современные правовые способы не могут обеспечить им надлежащую охрану. Как произведение рассматривается часть произведения, которая может использоваться самостоятельно.

Существенной спецификой отличаются также объекты права промышленной собственности, о которых следует вести речь в специальной публикации. Отметим лишь, что объекты промышленной собственности как таковые определяются только после соответствующей научно-технической экспертизы, то есть после их соответствующей квалификации.

Результат интеллектуальной творческой деятельности должен быть приспособлен для внедрения в определенный материальный носитель и может быть отделен от своего творца, поскольку иначе он не может быть использован, а также должен быть приспособлен для восприятия и отображения другим лицом.

Субъектами права интеллектуальной собственности выступают творец объекта права интеллектуальной собственности, а именно: создатель-автор, исполнитель, изобретатель и т. д. и другие лица, которым принадлежат личные неимущественные и (или) имущественные права интеллектуальной собственности в соответствии с ГК Украины, другим законом или договором. Таким образом, субъекты права интеллектуальной собственности делятся на первичные и вторичные.

К первичным относятся только создатели-авторы произведений науки, литературы и искусства, исполнители, производители фонограмм и видеограмм, авторы программ вещания, изобретатели, авторы промышленных образцов, сортов растений и пород животных и др. Ко вторичным – все иные лица-правопреемники, к которым право интеллектуальной собственности переходит в силу закона или на основании договора.

Создателем объекта права интеллектуальной собственности может быть только человек – гражданин Украины, гражданин зарубежной страны, лицо без гражданства. Первичные субъекты могут быть создателями объектов интеллектуальной собствен-

ности независимо от их возраста и состояния здоровья, то есть авторами разного рода произведений могут быть как несовершеннолетние, так и малолетние дети, ограниченно дееспособные и недееспособные. Способность к творчеству не имеет возрастных ограничений или ограничений в связи с ограниченной дееспособностью или недееспособностью создателя.

Между тем имеет специфику реализация своих прав такими категориями создателей. Так, например, дети в возрасте до 14 лет (малолетние) имеют право не только создавать произведения, но и самостоятельно осуществлять авторские права. Это же правило распространяется и на права исполнителей.

Ко вторичным субъектам права интеллектуальной собственности могут принадлежать любые лица – как физические, так и юридические, которые приобретают эти права по договору или закону. Правопреемниками субъекта права интеллектуальной собственности по закону могут быть как физические, так и юридические лица – при наследовании по закону. Первичный субъект права интеллектуальной собственности может передать свои имущественные права любому лицу по гражданско-правовому договору или завещанию.

Оценка творческого вклада при создании объекта интеллектуальной собственности является необходимой при определении круга создателей (соавторов), поскольку как первичными, так и вторичными субъектами права интеллектуальной собственности могут быть несколько лиц. По за-

кону, если объект создан творческим трудом нескольких лиц, то каждое из них является субъектом права интеллектуальной собственности (соавтором). Имущественное право интеллектуальной собственности может также перейти по завещанию к нескольким лицам.

Лицо, которое имеет исключительное право разрешать использование объекта права интеллектуальной собственности, может использовать этот объект по собственному усмотрению, с соблюдением при этом прав других лиц. В свою очередь, использование объекта права интеллектуальной собственности другим лицом осуществляется с разрешения лица, которое имеет исключительное право разрешать использование объекта права интеллектуальной собственности, кроме случаев правомерного использования без такого разрешения, предусмотренных законом.

В случае если право интеллектуальной собственности принадлежит нескольким лицам совместно, его реализация осуществляется по договору или по обоюдному согласию между этими лицами. Творческий характер создания объектов права интеллектуальной собственности является общепризнанным.

Спецификой отличается использование объекта интеллектуальной собственности, который создан в связи с выполнением трудового договора или по заказу: личные неимущественные права остаются у создателя, а имущественные права на этот объект интеллектуальной собственности принадлежит создателю и лицу, с ко-

торым он находится в трудовых отношениях совместно, или создателю и заказчику совместно, если иное не установлено договором.

Основаниями возникновения прав интеллектуальной собственности являются юридические факты, с которыми связано предоставление охраны прав интеллектуальной собственности. Статья 422 ГК Украины закрепляет положение о том, что право интеллектуальной собственности возникает (приобретается) по основаниям, установленным ГК Украины, иным законом или договором. Для различных объектов интеллектуальной собственности они не одинаковы. Так, право интеллектуальной собственности на объекты авторского права и смежных прав возникает с момента создания произведения, то есть придания произведениям науки, литературы, искусства объективной формы. Право интеллектуальной собственности на объекты смежных прав возникает: на исполнение – с момента его первого осуществления; на фонограммы и видеограммы – с момента их изготовления; на передачу (программу) – с момента ее первого осуществления.

Имущественные права интеллектуальной собственности на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, на компоновку интегральных микросхем, сорта растений и породы животных, географические обозначения являются действующими с даты, которая следует за датой их государственной регистрации, при условии поддержания действия этих прав в соответствии с законом.

Исключительные имущественные права интеллектуальной собственности на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, компоновку интегральных микросхем возникают с даты подачи заявки на указанные объекты в соответствующий государственный орган.

Имущественные права интеллектуальной собственности на сорта растений и породы животных возникают с даты, которая следует за датой их государственной регистрации.

Исключительные имущественные права на сорта растений и породы животных – с 1 января года, который наступает за годом государственной регистрации этих прав.

Имущественные права интеллектуальной собственности на географические обозначения возникают с даты, которая наступает за датой их государственной регистрации. На географические обозначения исключительные права не возникают.

Право интеллектуальной собственности на коммерческое наименование действует с момента первого его использования и охраняется без обязательной подачи заявки на последнее или его регистрацию и независимо от того, является ли коммерческое наименование частью торговой марки. Имущественные права на торговую марку действуют с даты, которая наступает за датой подачи заявки на торговую марку в установленном законом порядке. Что касается исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности на указанную марку, то они возникают с даты подачи заявки на тор-

говую марку в установленном законом порядке.

Поскольку ГК Украины не упоминает о дате возникновения права интеллектуальной собственности на рационализаторское предложение, таковой считается дата признания предложения рационализаторским и начало его использования. Дата возникновения правовой охраны коммерческой тайны также не определена в ГК Украины.

Таким образом, ГК Украины унифицировал моменты возникновения права интеллектуальной собственности на ее различные объекты, которое может возникать на основании гражданско-правовых договоров. Имущественные права интеллектуальной собственности могут быть переданы другому лицу полностью или частично, а условия передачи имущественных прав интеллектуальной собственности определяются договором.

Договоры о передаче права интеллектуальной собственности на изобретение или полезную модель считаются действительными, если они заключены в письменной форме и подписаны сторонами; они считаются действительными для других лиц с даты опубликования информации об этом в официальном бюллетене.

Основанием возникновения права интеллектуальной собственности может быть переход этого права в наследство – по закону или завещанию. Момент открытия наследства является моментом перехода права интеллектуальной собственности в наследство.

Срок действия прав интеллектуальной собственности различный для

разных ее объектов. При этом личные неимущественные права интеллектуальной собственности во всех случаях действуют бессрочно, то есть охраняются без ограничения их сроком. Имущественные права интеллектуальной собственности, напротив, действуют на протяжении сроков, предусмотренных ГК Украины, другими законами или договорами.

Законом предусмотрены следующие сроки действия имущественных прав интеллектуальной собственности: на произведения науки, литературы, искусства – на протяжении жизни автора плюс 70 лет, которые исчисляются с 1 января года, следующего за годом смерти автора или последнего из соавторов, который пережил других соавторов, кроме случаев, предусмотренных законом; на исполнение – истекает через 50 лет, которые исчисляются с 1 января года, который следует за годом его опубликования, а при отсутствии такого опубликования – на протяжении 50 лет от даты их изготовления – с 1 января года, следующего за годом изготовления фонограммы, видеogramмы; на передачу (программу) организации вещания – истекает через 50 лет, которые исчисляются с 1 января года, следующего за годом первого ее осуществления.

Имущественные права интеллектуальной собственности, закрепленные в ст. 424 Общих положений, делятся на исключительные имущественные права (право разрешать использование объекта права интеллектуальной собственности и право препятствовать неправомерному использованию объекта права интеллектуальной собственности, в том числе

запрещать такое использование) и просто имущественные права.

Высший хозяйственный суд Украины в своих разъяснениях 2008 года определил, что исключительное право на использование произведения передается с помощью заключения сторонами соответствующего авторского договора¹.

Передача имущественных прав автора (или иного лица, которое имеет авторское право) оформляется авторским договором. Имущественные права, которые передаются по авторскому договору, должны быть в нем определены. Имущественные права, которые не определены в авторском договоре как отчуждаемые, считаются не переданными. По общему правилу передача права на использование произведения другим лицам может осуществляться на основании авторского договора о передаче исключительного права на использование произведения или на основе авторского договора о передаче неисключительного права на использование произведения.

По авторскому договору о передаче исключительного права на использование произведения автор (или иное лицо, которое имеет исключительное авторское право) передает право использовать произведение определенным способом и в установленных границах только одному лицу,

¹ Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на промисловий зразок та прав на раціоналізаторську пропозицію (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України // Оглядний лист Вищого господарського суду України від № 01–8/844 17.04.2006 р.

которому эти права передаются, и предоставляет этому лицу право разрешать или запрещать подобное использование другим лицам.

При этом за лицом, которое передает исключительные права на использование произведения, остаются права на использование этого произведения лишь в части прав, которые не передаются.

По авторскому договору о передаче неисключительного права на использование произведения автор (или иное лицо, которое имеет авторское право) передает другому лицу право использовать произведение определенным способом и в установленных пределах. При этом за лицом, которое передает неисключительное право, сохраняется право на использование произведения и на передачу неисключительного права на использование произведения иным способом.

Права на использование произведения, которые передаются по авторским договорам, считаются неисключительными, если в договоре не предусмотрено передачи исключительных прав на использование произведения.

Что касается сроков действия исключительных имущественных прав, то срок действия исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности на изобретение истекает в Украине через 20 лет, которые отсчитываются от даты подачи заявки на изобретение в установленном порядке (срок может быть продолжен в предусмотренном законом порядке относительно изобретения); на полезную модель – истекает через 10 лет после даты подачи заявки

на полезную модель в предусмотренном законом порядке; на промышленный образец – истекает через 15 лет с даты подачи заявки на промышленный образец в предусмотренном законом порядке; на сорт растений и породу животных – истекает через 30 лет, а что касается деревьев и винограда – через 35 лет, которые исчисляются с 1 января года, который следует за годом государственной регистрации этих прав.

Срок действия имущественных прав интеллектуальной собственности на компоновку интегральных микросхем истекает через 10 лет, которые исчисляются от даты подачи заявки на компоновку интегральной микросхемы в установленном законом порядке; на торговую марку является действующим на протяжении 10 лет с даты, которая следует за датой подачи заявки на торговую марку в установленном законом порядке, если другое не предусмотрено законом, и может быть продлен каждый раз на 10 лет в порядке, установленном законом.

Право интеллектуальной собственности на географическое обозначение является действующим с даты, следующей за датой государственной регистрации, и охраняется бессрочно при условии сохранения характеристик товара (услуги), обозначенных данным обозначением. Срок действия права интеллектуальной собственности на коммерческую тайну ограничивается сроком существования совокупности признаков коммерческой тайны, установленных ГК Украины.

Имущественные права интеллектуальной собственности на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, сорта растений и породы животных являются действующими с даты, которая следует за датой их государственной регистрации, при условии поддержания юридической силы этих прав в соответствии с законом.

Исключительные имущественные права интеллектуальной собственности и имущественные права интеллектуальной собственности могут быть прекращены досрочно или отменены в случаях, предусмотренных законом. Субъективные права интеллектуальной собственности делятся на две группы: личные неимущественные права интеллектуальной собственности и имущественные права интеллектуальной собственности.

Субъекты права интеллектуальной собственности наделяются в соответствии с ГК Украины личными неимущественными правами интеллектуальной собственности, которые определяют их правовой статус, а именно: правом на признание человека создателем (автором, исполнителем, изобретателем и т. п.) объекта права интеллектуальной собственности; правом препятствовать любому посягательству на право интеллектуальной собственности, способному причинить вред чести и репутации создателя объекта права интеллектуальной собственности; речь идет о защите от изменений произведения, дополнении его, сокращении, изменении его названия, изменении описания и формулы изобретения и т. д. без разрешения автора произведения; другие личные неимущественные

права интеллектуальной собственности, установленные законом.

Так, ст. 438 ГК Украины уточнен перечень личных неимущественных прав автора, исполнителя произведения и ст. 38 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» – содержание прав на имя (название) производителей фонограмм (видеограмм, организаций вещания).

Вышеназванные права принадлежат создателю, за исключением отдельных случаев, предусмотренных законом, и не зависят от имущественных прав интеллектуальной собственности, являются неотчуждаемыми, неотделимыми от создателя и действуют бессрочно, если иное не предусмотрено законом. Таким образом, право на признание человека создателем (право авторства) может принадлежать только действительному создателю произведения. Право авторства является абсолютным, то есть любое иное лицо может удерживаться от его нарушения.

Личные неимущественные права интеллектуальной собственности не зависят от имущественных прав интеллектуальной собственности, перечисленных в ст. 424 ГК Украины, прежде всего права на использование объекта права интеллектуальной собственности. В ГК Украины и отдельных законах определяется содержание права использования и других прав интеллектуальной собственности (например, в статьях 441, 453–455, 464 и др.).

По общему правилу, право на использование принадлежит создателю. Оно может принадлежать на основании договора или закона также другим

лицам, а также неограниченному кругу лиц, которые имеют по закону право осуществлять свободное использование объекта права интеллектуальной собственности, например, в научных целях или домашних условиях.

Имущественными правами является также исключительное право разрешать использование объекта права интеллектуальной собственности и исключительное право препятствовать неправомерному использованию объекта права интеллектуальной собственности, в том числе запрещать такое использование и другие имущественные права интеллектуальной собственности, установленные законом. Таким образом, законодатель допускает исключения с целью предоставить широкому кругу лиц возможность ограниченного использования объекта права интеллектуальной собственности в научных целях, с целью учебы, в цитировании и т. д.

Имущественные права интеллектуальной собственности могут также использоваться в других гражданских правоотношениях, в частности, быть предметом других обязательств.

Одним из основных имущественных прав интеллектуальной собственности является право субъекта на вознаграждение за создание и использование объекта права интеллектуальной собственности. Существуют также случаи «свободного» использования объекта без выплаты вознаграждения.

Срок действия имущественных прав интеллектуальной собственности определяется ГК Украины и специальными законами. Досрочное их прекращение также возможно при определен-

ных условиях. Например, досрочное прекращение имущественных прав интеллектуальной собственности может иметь место на основании договора; для объектов права промышленной собственности – в результате отказа от него владельца охранного документа, невыплаты сбора за поддержание его действительности и т. д.

На условиях, определенных в лицензионном договоре, имущественные права интеллектуальной собственности могут передаваться другому лицу полностью или частично. Использование объекта права интеллектуальной собственности может осуществляться любыми способами, которые не противоречат закону. Сам субъект права интеллектуальной собственности может использовать этот объект любым способом на собственное усмотрение, но с учетом прав других лиц; имеет исключительное право разрешать использование объекта иным лицам, как физическим, так и юридическим; а также имеет право передавать свои субъективные имущественные права интеллектуальной собственности другим лицам полностью или частично в соответствии с действующим законодательством (такая передача, как правило, оформляется гражданско-правовым договором или другой сделкой).

Перечислить все возможные нарушения прав интеллектуальной собственности невозможно, поскольку нарушением права интеллектуальной собственности является любое посягательство на личное неимущественное или имущественное право интеллектуальной собственности, в том

числе непризнание этого права либо иное посягательство на него. К нарушениям права интеллектуальной собственности можно отнести непризнание или присвоение права авторства, нарушение условий договора, использование объекта интеллектуальной собственности без разрешения субъекта данного права, отказ оплатить вознаграждение за использование объекта интеллектуальной собственности или его несвоевременная выплата и т. д.

Основной признак нарушения – причинение имущественного и (или) морального вреда правам и интересам субъекта права интеллектуальной собственности. Потерпевшим лицом может быть в случае нарушения права интеллектуальной собственности создатель объекта данного права, другие субъекты права интеллектуальной собственности.

ГК Украины устанавливает гражданско-правовую ответственность за нарушения прав интеллектуальной собственности. Каждое лицо, которое считает свое право нарушенным, может обратиться в суд за защитой своих личных неимущественных или имущественных прав интеллектуальной собственности.

Среди способов защиты прав интеллектуальной собственности можно назвать: признание права; признание сделки недействительной; прекращение действий, которые нарушают право; возобновление состояния, которое существовало до нарушения права; принудительное исполнение обязательства в натуре; изменение правоотношения или его прекращение; возме-

щение вреда и иные способы возмещения вреда; возмещение морального (неимущественного) вреда; признание незаконным решения, действия или бездействия органа государственной власти, органа власти АРК или органа местного самоуправления.

Суд может защитить право интеллектуальной собственности или интерес другим способом, предусмотренным договором или законом.

Статья 432 ГК Украины закрепляет специальные нормы для защиты права интеллектуальной собственности судом. Таким образом, защита прав интеллектуальной собственности лица осуществляется как способами, предусмотренными ст. 16 ГК Украины, так и специфическими, предусмотренными лишь для защиты прав интеллектуальной собственности.

Высший хозяйственный суд в своем обзорном письме обратил внимание на то, что в соответствии с нормой ст. 52 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» в связи с нарушением авторского права и (или) смежных прав возможно одновременное применение нескольких или всех предусмотренных указанной статьей способов гражданско-правовой защиты таких прав, в том числе и в разных судебных производствах¹.

Высший хозяйственный суд Украины определил также, что размер

¹ Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) // Оглядний лист Вищого господарського суду України № 01–8/784 від 06. 05. 2005 р. – П. 7.

компенсации, который определяется судом при нарушении авторского права и (или) смежных прав вместо возмещения вреда или взыскания дохода, не обязательно должен точно отвечать размеру вреда, который был причинен, однако должен соотноситься с ним определенным образом, поскольку особой функцией гражданско-правовой ответственности является взыскание имущественных расходов, причиненных правонарушением¹.

Суд, рассматривая спор о праве интеллектуальной собственности, может постановить решения, в частности:

1) о применении безотлагательных мер по предупреждению нарушения права интеллектуальной собственности и сохранности соответствующих доказательств;

2) о приостановлении пропуска через таможенную границу Украины товаров, импорт либо экспорт которых осуществляется с нарушением права интеллектуальной собственности;

3) об изъятии из гражданского оборота товаров, изготовленных или введенных в гражданский оборот с нарушением права интеллектуальной собственности;

4) об изъятии из гражданского оборота материалов и орудий, использовавшихся преимущественно для изготовления товаров с нарушением права интеллектуальной собственности;

¹ Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) // Оглядний лист Вищого господарського суду України № 01–8/25 від 22. 01. 2007 р. – П. 6.

5) о применении разового денежного взыскания вместо возмещения убытков за неправомерное использование объекта права интеллектуальной собственности. Размер взыскания определяется в соответствии с законом с учетом вины лица и других обстоятельств, имеющих существенное значение;

6) об опубликовании в средствах массовой информации сведений о нарушении права интеллектуальной собственности и содержания судебного решения о таком нарушении.

Подводя итог вышеизложенного, следует обратить внимание на наиболее важные позитивные моменты наличия в ГК Украины норм об общих положениях права интеллектуальной собственности. Прежде всего общие положения отвечают основным положениям Конституции Украины, которые посвящены правам создателей и творческой деятельности, хотя не рассматривают в качестве основной доктрины для формирования содержания норм права интеллектуальной собственности проприетарную теорию; все другие законы должны отвечать в этом вопросе положениям ГК Украины; создание Кодекса интеллектуальной собственности не рассматривается специалистами как необходимость, учитывая достаточно развитую систему законодательства в сфере права интеллектуальной собственности в Украине.

Основным нормативным актом в иерархии законодательства в сфере интеллектуальной собственности в Украине признан на сегодня ГК Украины, между тем не отрицается

и необходимость нормативного регулирования конкретных вопросов в отдельных законах. Общие положения права интеллектуальной собственности могут применяться ко всем правоотношениям интеллектуальной собственности, которые по своей природе являются отношениями частноправовыми.

Понятие предмета, метода, объекта, субъекта, принципов и прочих положений гражданского права имеют непосредственное отношение к правоотношениям интеллектуальной собственности. Общие положения о праве интеллектуальной собственности кн. 4 гл. 35 охватывают важнейшие понятия для всех институтов права интеллектуальной собственности и в общем порядке раскрывают содержание понятий объекта, субъектов, личных неимущественных

и имущественных прав интеллектуальной собственности, а также сроков их действия и передачи имущественных прав; четко проведено различие прав интеллектуальной собственности и прав собственности в ст. 419 ГК Украины.

Поскольку практика защиты прав интеллектуальной собственности идет все больше по пути поиска общих способов защиты для всех институтов права интеллектуальной собственности, а также предоставления комплексной охраны для ряда объектов, разработка общих положений о праве интеллектуальной собственности имеет перспективы развития.

Опубликовано: Альманах цивилистики : сб. ст. – 2011. – Вып. 4. – С. 230–250.

Семь нерешенных дел современного законотворчества (по поводу 20-й годовщины независимости Украины)

Каждый юбилей является не только приятной вехой в жизни, когда можно подвести определенную черту и проанализировать свои успехи и достижения. Юбилей должен быть определенным моментом, когда ты на основании жизненного опыта и человеческой мудрости определяешь для себя новые указатели в жизни, прокладываешь новый маршрут своих будущих достижений и стремлений, ставишь новые цели и задачи. Особый вес приобретает это в контексте празднования юбилея независимости государства.

По классическому принципу хорошего немецкого менеджмента считается, что все текущие дела нужно сортировать за важностью в три стопки: в первой должны быть дела, которые нужно решить срочно, во второй – те дела, которые могут быть решены со временем, а в третьей – те, которые могут быть решены по мере решения других дел. И так каждый день проводя мониторинг состояния своих дел,

профессиональный менеджер должен перемещать их по важности в соответствующую стопку. Посему и мы просто хотели бы предложить собственный перечень неотложных дел (first cases list) в сфере законотворческой деятельности Украины, которые, по нашему мнению, должны быть положены в первую стопку, а соответственно и решены неотлагательно.

Дело № 1. Закон Украины «О нормативно-правовых актах»

Первая дискуссия относительно необходимости этого законодательного акта началась довольно давно. Казалось бы не вызывает возражения истинность фразы, которая была в свое время высказана выдающимся французским мыслителем Ж.-Ж. Руссо о том, что половины ошибок человечеству удалось бы избежать, если бы оно договорилось о понятиях. И действительно, прежде чем начать любое новое дело, мы должны всегда четко

определить правила нашей дальнейшей игры. И потому странным представляется тот факт, что до сих пор у нас нет того законодательного акта, который бы четко регламентировал вопросы относительно содержания, структуры, процесса принятия тех актов, которые должны в дальнейшем регламентировать разные сферы общественной жизни. И это вопреки тому, что насущность решения этого вопроса неоднократно отмечалась на страницах научной печати¹. Несколько раз этот нормативно-правовой акт под разными названиями рассматривался и даже принимался Верховной Радой Украины («О законах и законодательной деятельности», «О нормативно-правовых актах» и т. п.). Но, к сожалению, мы сегодня констатируем его отсутствие.

Ведь совершенно понятно, что качественная нормопроектная работа должна основываться не на Регламенте Верховной Рады Украины, а в первую очередь на едином системообразующем законодательном акте, который, базируясь на основных положениях Конституции Украины, должен создать надежный фундамент для формирования объединенной и не содержащей внутренних разногласий системе качественного законодательства.

¹ См.: Панов М. І. До проекту закону «Про нормативно-правові акти» / М. І. Панов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1995. – № 4. – С. 139–163; Мірошніченко А. М. Чи потрібен Закон України «Про нормативно-правові акти»? / А. М. Мірошніченко, Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 362–372; Косович В. Закон «Про нормативно-правові акти» як засіб удосконалення нормативно-правових актів України / В. Косович // Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична. – 2011. – Вип. 52. – С. 10–20; та ін.

Именно такой закон должен быть направлен на регулирование и охрану общественных отношений, связанных с разработкой нормативно-правовых актов, их принятием, вступлением их в силу, государственной регистрацией и учетом и устанавливая единые требования к нормопроектной технике для всех субъектов нормотворчества. Особенно важно, чтобы данным законодательным актом были определены система, виды и иерархия нормативно-правовых актов с целью недопущения ситуаций, когда при имеющемся решении Конституционного Суда Украины относительно неконституционности института прописки лицо не могло реализовать свои права, поскольку прописка была обязательной в ряде подзаконных министерских и ведомственных актов. Или же ситуации, по которой конституционные права ограничиваются законами Украины, например, путем установления «гарантированного минимального прожиточного минимума» вместо «минимального прожиточного минимума», или фактического нивелирования тех или иных прав человека, учитывая отсутствие бюджетного финансирования. В своем идеале этот закон должен стать «юридической азбукой» для всех дальнейших нормативно-правовых актов. Поэтому принятие его считаем задачей номер один, которую нужно решить безотлагательно.

Дело № 2. Правовая политика

Однако принятием указанного закона можно решить проблему в ее статическом измерении. Но ведь правовая система любого государства – это сложное многоуровневое явление, которое имеет иерархическую

структуру. По нашему мнению, отечественная правовая система в своем общем понимании состоит из определенных уровней: математика права (общие понятия, формулы и конструкции), философия права (совокупность методологических подходов к возможным вариантам развития правовой системы) и политика права (конкретное целенаправленное развитие правовой системы). И если вопрос математики и философии права является объектом серьезных научных исследований, то вопрос политики права в Украине, как и во многих других странах СНГ, неоправданно остается без внимания. Под понятием «правовая политика» мы понимаем разновидность государственной политики как совокупности идей, целей, задач, методов, подходов, которые направлены на развитие правового регулирования и охраны. Вместе с тем на сегодня ничтожно малое количество научных разработок посвящено вопросам правовой политики¹, что безуслов-

но не способствует развитию этого понятия в Украине.

Вместе с тем, если проанализировать правовую политику как явление и общественный процесс, нужно отметить, что она наделена рядом признаков, к основным из которых нужно отнести: а) правовая политика базируется на основе права; б) правовая политика осуществляется правовыми методами; в) правовая политика охватывает правовую сферу деятельности государства; г) правовая политика носит публичный характер; д) правовая политика формируется и осуществляется с соблюдением определенных принципов; е) находит свое выражение в официальных нормативно-правовых актах. Поэтому формирование и осуществление правовой политики в Украине является безотлагательной необходимостью и одной из наиболее важных проблем законодательской деятельности.

Дело № 3. Плановость законопроектной деятельности

Третье строчное дело логически вытекает из предыдущего. Ведь нормальная правовая политика не может осуществляться без целенаправленной и планомерной законопроектной деятельности. В то же время реалии Украины следующие. По словам заместителя руководителя аппарата Верховной Рады Украины – руководителя Главного юридического управления М. О. Теплюка: «...только в 1997 и 1999 годах парламентом были одобрены постановления об общем плане законодательных работ на эти годы, а также в 2006 году утвержден Пер-

¹ См.: Правовая политика России: теория и практика : монография / под ред. А. В. Малько, Н. И. Матузова. – М. : ТК Велби : Проспект, 2006. – 752 с.; Правовая политика : словарь и проект концепции / под ред. А. В. Малько. – Саратов : Саратов. гос. акад. права, 2010. – 273 с.; Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / П. Л. Фріс ; Нац. акад. внутр. справ України. – К., 2005; Стефанчук Р. О. Цивільно-правова політика як необхідна складова подальшого розвитку цивільного права України / Р. О. Стефанчук // Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті Василя Пилиповича Маслова, 25 лют. 2011 р. – Х. : ФОП Гольцев А. В., 2011. – С. 75–78; Музика Л. Цивільно-правова політика: сучасна актуалізація давньої проблеми / Л. Музика // Право України. – 2011. – № 6. – С. 154–161; та ін.

спективный план законодательных работ Верховной Рады Украины пятого созыва. Как видите, о достаточной системности говорить не приходится. И сейчас, должен быть самокритичным, нет четкого определения приоритетов в этой деятельности, поэтому и не происходит надлежащей консолидации усилий органов государственной власти в процессе подготовки и обработки законопроектов»¹. Такая оценка ведущего специалиста по этим вопросам заставляет нас переосмыслить вопрос необходимости планирования законодательной деятельности и определение законодательных приоритетов. Поэтому на смену хаотичному внесению нормативно-правовых актов должна прийти спланированная и последовательная нормопроектная деятельность, где четко расставлены акценты и приоритеты. Наверное, если бы такой подход был выдержан, то формирование национального законодательства Украины мы бы не начинали с принятия Уголовного кодекса. Ведь во всех переходных правопорядках планомерность начинается с установления правил игры на двух уровнях отношений – горизонтальном (частном, т. е. отношения по схеме «человек-человек») и вертикальном (административном, т. е. отношения по схеме «человек-государство»). Поэтому в первую очередь надо было направить свои усилия на проведение кодификаций в сфере частного (гражданского) и публичного (административного)

законодательства. И только после этого следовало бы говорить о целесообразности проведения реформы в сфере уголовного законодательства. Проведение же соответствующих реформ в обратном направлении, которое и имело место в Украине, говорит о незрелости общества и приоритетности репрессивных мер в нормализации общественных отношений. Отдельно следовало бы обратить внимание и на то, что проведение планомерного реформирования материального законодательства должно идти в логическом сопровождении с реформированием соответствующего процессуального законодательства. Поэтому здесь снова непонятным является поспешная кодификация уголовного законодательства, внедрение которого до сих пор осуществляется устаревшим Уголовно-процессуальным кодексом 1960 года. Поэтому планомерность законопроектной работы является важным фактором внедрения правовой политики.

Дело № 4. Качество законопроектов

Отдельным вопросом, который нужно рассматривать в комплексе по формированию современной современной правовой политики, является вопрос качества законопроектов. Ведь как и любой общественный процесс, законопроектная деятельность также должна подвергаться качественному измерению. Качество как научная категория включает в себя следующие составляющие: а) цель (то, ради чего осуществляется данная деятельность); б) экономичность (то, какими

¹ Законодавчий процес – не скринька Пандори (інтерв'ю з М. О. Теплюком) // Юрид. вісн. України. – 2009. – № 46 (750).

средствами она осуществляется, и соразмерность этих средств ожидаемым результатам); в) стабильность (насколько указанная деятельность будет продолжительной во времени); г) эффективность (насколько цель и израсходованные средства на осуществление данной деятельности соответствуют полученным результатам). К величайшему сожалению, на сегодня практически ни одна из этих составляющих законодательной деятельности не имеет надлежащего осуществления и контроля. Вместе с тем, если первые две составляющие не имеют такой критической нагрузки в современных условиях (поскольку общая цель законопроектной деятельности состоит в создании надежного, внутри непротиворечивого механизма правового регулирования и охраны общественных отношений, которое должно происходить в пределах имеющихся средств), то уже вопросы стабильности и эффективности законопроектной деятельности должны быть рассмотрены отдельно.

Говоря о стабильности законопроектной работы, невольно вспомнишь лучшие образцы законодательной деятельности, которые существуют в зарубежных странах. Всегда возникает логический вопрос, почему Конституция Соединенных Штатов смогла преодолеть двухсотлетний юбилей и всегда в глазах американцев да и всего мира буде оплотом государственности и демократии? И безусловно прав был Наполеон, утверждая, что уйдут в небытие все его победы и поражения, а Гражданский кодекс, который также перешагнул

свой двухсотлетний юбилей, будут помнить всегда.

На фоне этого довольно странным представляется стремление украинских законодателей к перфектизации действующего законодательства, особенно это касается кодифицированных актов, которые всегда во всем мире призваны быть оплотом стабильности и примером высочайшего систематизационного качества. Так, например, за период не столь продолжительного существования к ГК Украины было внесено 63 изменения и дополнения. Но вопрос не только в количестве. Дело в том, что если отдельные из изменений в самом деле были связаны с необходимостью усовершенствования текста ГК, то внесение подавляющего большинства из них остаются просто непонятными для специалистов в сфере гражданского права. Так, например, остаются загадкой изменения, которыми к ГК Украины была введена доверительная собственность как особый вид права собственности (ч. 2 ст. 316 ГК Украины). Вопросы возникают и относительно внесения дополнения к ст. 268 ЦК Украины, согласно которой исковая давность не распространяется на требования центрального органа исполнительной власти, который осуществляет управление государственным резервом, относительно выполнения обязательств, вытекающих из Закона Украины «О государственном материальном резерве». Нелогичностью отличаются изменения и к ст. 190 ЦК Украины, которые не только признали за имуществом вещное качество непотребляемой вещи, но и по-

ставили между понятием «имущественное право» и «вещное право» знак тождественности, игнорируя при этом такие разновидности имущественных прав, как обязательственные, корпоративные, исключительные и иные гражданские права. Довольно существенно изменила структуру и содержание ГК Украины последняя «реформа» гражданского законодательства. Согласно этим изменениям, оказывается ни одна сделка отныне не может противоречить интересам государства и общества. Если вдуматься в этот посыл, то такими изменениями фактически узаконена доминанта публичных интересов над частными. Отныне государство будет иметь право оспаривать любую сделку, которая, по его субъективному мнению, не отвечает его интересам. Также нужно отметить, что эта «реформа» возвратила конфискацию как следствие не соответствия сделки интересам государства и общества. Хотелось бы напомнить, что отсутствие этого положения в предыдущей редакции ГК всегда считалась большой победой разработчиков кодекса над публичным вмешательством в частный сектор.

Аналогичная ситуация сегодня существует и относительно других кодифицированных актов. Так, в частности, к Уголовному кодексу Украины за 10 лет внесены 86 изменений и дополнений, к Хозяйственному кодексу Украины за 8 лет внесены 42 изменения и дополнения, к Гражданскому процессуальному кодексу за 7 лет внесены 28 изменений и дополнений, к Кодексу административного судопроизводства Украины за 6 лет внесе-

ны 27 изменений и дополнений и т. п. И это только те кодифицированные акты, которые были приняты в период независимости Украины. Анализируя такую ситуацию, хочется отметить, что в философии есть методологический принцип «бритва Оккама», сущность которого состоит в том, что не следует множить сущности без надобности, т. е. не следует принимать законы только ради их количества и общей отчетности. Поэтому считаем, что на сегодня пришло время подойти более ответственно к вопросу качества и стабильности законодательства в Украине. Пришло время понять, что количество законов не всегда перерастает в качество. Иногда бывает наоборот, большое количество нормативного массива и перманентных изменений и дополнений к нему могут отрицательно повлиять на миссию стать единым и единообразным регулятором общественного отношения.

Поэтому важным на этом этапе является создание качественных законопроектов. При этом важно и то, чтобы все знали, кто стоит за тем или другим законопроектом. Должен отойти в прошлое «тихий лоббизм». Когда разрабатывались проекты Уголовного, Гражданского и некоторых других кодексов, то все знали, кто является их разработчиками и кто несет персональную ответственность за качество этого проекта. Обычно это были непререкаемые авторитеты в соответствующей сфере научных знаний. Сегодня же фактически отсутствуют авторские законопроекты, разработчики нормативно-правовых актов и изменений и дополне-

ний к ним, как правило, никому не известны.

Поэтому для решения этого вопроса целесообразным было бы создание Кодификационного совета, который бы мог существовать при Парламенте и решать вопрос относительно возможности и целесообразности рассмотрения того или иного нормативно-правового акта, которым вносятся изменения и дополнения к существующим кодификациям и фундаментальным законодательным актам. Этот Совет должен состоять из ведущих ученых, которые бы четко указывали, насколько «безопасным» и «качественным» будет принятие соответствующего изменения и дополнения и насколько оно повлияет на общий уровень правового регулирования.

Дело № 5. Мониторинг действующего законодательства и определение его эффективности

Одной из наиболее весомых составляющих качества законопроектной деятельности, как мы уже отмечали, является ее эффективность, под которой следует понимать соотношение реальных результатов реализации закона с его целью: «цель – средство – результат».

Ведя речь о цели закона, нужно указать, что каждый закон преследует две цели: общую и специальную. Общая цель любого закона состоит в том, что он должен быть основным юридическим регулятором общественного отношения, т. е. едино и единообразно регулировать наиболее важные и типичные общественные

отношения. Специальная цель состоит в том, что каждый конкретный закон должен стать идеальным регулятором конкретной группы общественного отношения. Однако принятие закона – это лишь первый этап его «жизни». В дальнейшем практика должна показать, насколько эффективным (либо неэффективным) будет его существование. Ведь социальные отношения являются вещью непостоянной и динамичной, и потому именно законодатель должен, соблюдая общие законы общественного развития, успевать за теми изменениями в общественной жизни, которые происходят и влияют на качество законодательного обеспечения.

Поэтому для выявления эффективности действующего законодательства нужно проводить постоянный мониторинг с целью выявления проблем правового регулирования и их оперативного решения. При этом такой мониторинг должен основываться на известном в кибернетике принципе «обратной связи». Под этим принципом понимают систему подачи обратного сигнала для измерения коэффициента полезного действия (КПД) системы или для соизмерения достигнутого результата и самой системы. Экстраполируя данное определение на плоскость законопроектной деятельности, нужно обратить внимание на то, что именно обобщенная практика правоприменения может служить основой «обратной связи» для существующей системы законодательства.

Это означает, что на сегодня пришло время серьезно заняться монито-

рингом правоприменимой практики с целью выявления эффективности действующего законодательства. Нам предстоит выявить и утилизировать многие нормативно-правовые акты советского наследства. Это не нормально, что на 20-м году независимости мы имеем Уголовно-процессуальный кодекс Украины (1960 года), который не отвечает ни одним канонам европейских ценностей и традиций в части определения порядка проведения в уголовных делах, а в Жилищном кодексе Украинской ССР (!) (1983 года), мы продолжаем «...воплощая в жизнь ленинские идеи построения коммунистического общества... последовательно реализовать разработанную Коммунистической партией программу жилищного строительства». И таких примеров множество.

Отдельно нужно обратить внимание на то, что кроме очищения от откровенных анахронизмов, нужно сконцентрировать свое внимание на устранении «законодательных долгов». Так, например, довольно много положений Конституции Украины и действующих кодексов отсылают нас к нормативно-правовым актам, которые до сих пор не разработаны. В последнее время все больше внимания обращается на отсутствие суда присяжных, фактическую невозможность проведения референдума, наличие целого ряда других декларативных прав, которые не имеют своего соответствующего законодательного обеспечения (право на бесплатную медицинскую помощь, образование и т. п.), однако закреплены и гарантированы в Конституции Украины. Со-

ответствующие «законодательные долги» существуют и в принятых отраслевых кодификациях. И это при том, что вопрос утверждения и обеспечение прав и свобод человека является основной обязанностью государства. Однако такое произвольное обращение с правами человека не содействует вере в правовое государство и построению гражданского общества.

Поэтому наверное чрезвычайно важным является вопрос относительно начала серьезной дискуссии о новой системе права и законодательства в Украине. Нам наверное нужен свой М. М. Сперанский, который бы взял на себя ответственность и был в состоянии вычистить «авгиевы конюшни» современной юриспруденции.

Дело № 6. Опыт зарубежных стран

Становление Украины как правового государства невозможно без изучения богатого опыта право- и государствовостроения других стран. Но учитывая, что слепое копирование тех или иных правовых образцов и бездумное насаждение их на правовую почву Украины может дать столько же пользы, сколько и попытка выращивать теплолюбивые растения в условиях сурового полярного климата. Поэтому заимствование тех или иных элементов, принципов и систем должно быть критическим и учитывать существующие исторические традиции развития национального правопорядка.

Несмотря на то, что в Украине ведутся перманентные работы по изучению и адаптации национального

законодательства к законодательству Европейского Союза, вместе с тем нужно признать и тот факт, что сегодня практически не ведется серьезного изучения зарубежного опыта нормопроектирования и практики его применения. Наши знания в этой сфере преимущественно ограничиваются теми истинами, которые мы получили на лекциях по международному праву или из отдельных доступных (как правило, опубликованных в Интернете) источников. В Украине, к сожалению, практически нет переводов не то что современных работ ведущих юристов мира, но даже нормативно-правовых актов зарубежных стран. Помножив это все на практическое отсутствие специалистов по переводной юриспруденции и качественных словарей, мы сегодня фактически находимся в состоянии «юридического научного вакуума». Такое состояние нельзя считать удовлетворительным. Поэтому представляется необходимым начать немедленную работу по переводу основных нормативно-правовых актов мира, реферированию и переводу современных работ иностранных авторов, изучению последних научных исследований, которые проводятся в мире (например, проекта Гражданского кодекса Европы (DCFR), который сегодня успешно разрабатывается в академических кругах). Важным также является поднятие уровня знаний языков и компьютерной грамотности среди специалистов в сфере права. Раньше, в дореволюционный период, каждый профессор обязательно знал 4–6 языков, на сегодня же, такие специалисты преимущественно редкость.

Дело № 7. Специалисты в сфере нормопроектирования

О юридическом образовании в последнее время говорится буквально чуть ли не ежедневно. Остро дискутируется вопрос отсутствия стандартов юридического образования, «ведомственных вузов», перепроизводства юристов и т. п. Вместе с тем мы хотели бы обратить внимание на еще одну проблему, которая должна быть поднята и решена на государственном уровне, – это проблема подготовки кадров в сфере нормопроектирования.

Ведь на сегодня далеко не каждый юрист может быть профессиональным нормопроектировщиком. Для того чтобы выписать правильную, логическую, однозначную и качественную правовую норму, нужно кроме общего знания права иметь серьезные навыки в проектировании правовой нормы и ее перенесении в объективный мир. Поэтому мы считаем, что сегодня пришло время при ведущих вузах и научных учреждениях ввести специальную подготовку специалистов в сфере нормопроектирования. При этом, учитывая важность и сложность этой работы, мы должны признать, что, как и судей, подготовка указанных специалистов должна идти лишь по образовательно-квалификационному уровню магистра.

Таким является общий обзор наиболее болезненных, по нашему мнению, проблем, решение которых может существенно улучшить общее состояние законодательства и практики его применения, причем не только в Украине, но и в других странах

постсоветского пространства. При этом мы сознаем, что их невыполнение за 20 лет независимости Украины это вина всех нас: юристов-практиков и ученых, чиновников и представителей общественности. Именно с молчаливого согласия мы до сих пор не имеем фактически ни одной успешно завершенной реформы в сфере права. Ведь именно мы должны через доступные институты гражданского общества диктовать власти, каким мы

хотим видеть наше государство. И только от нашей позиции, желания и стремления должен зависеть ответ на вопрос Quo vadis? Иначе указанные семь нерешенных дел могут для каждого из нас превратиться в семь смертных грехов, ответственность за которые будем нести перед будущими поколениями.

Опубликовано: Бюл. М-ва юстиції України. – 2011. – № 8–9. – С. 16–23.

А. Довгерт, член-корреспондент НАПрН Украины, заведующий кафедрой международного частного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Научная концепция современной кодификации гражданского (частного) права Украины

Новый Гражданский кодекс Украины (ГК), действующий с 1 января 2004 г., является после Конституции Украины вторым по значению законодательным актом. И обусловлено это, в частности, тем, что он регулирует гражданские правоотношения, которые в духовной и материальной жизни их участников являются определяющими.

Принятие нового ГК, даже в существующем, довольно искаженном виде по сравнению с его проектами после первого и второго парламентских чтений, окруженного нерыночным и противодействующим Хозяйственным кодексом с его сопутствующим законодательным рядом, стало, безусловно, наиболее важным шагом на пути демократических преобразований за все годы реформ в независимой Украине.

Такая общая оценка документа возможна, прежде всего, благодаря концепции кодификации частного

права¹ Украины, которую в основном удалось воплотить в положения Гражданского кодекса.

Следует отметить, что некоторые элементы концепции новейших гражданско-правовых кодификаций в странах бывшего СССР были наработаны еще советской гражданско-правовой доктриной в 1980-х гг. и представлены в Основах гражданского законодательства СССР и республик 1991 г.²

Дальнейший ход политических и экономических реформ уже в независимой Украине требовал существенной доработки теоретической основы кодификации гражданского

¹ Термины «гражданское право» и «частное право» являются одинаковыми по содержанию и всегда употреблялись в дореволюционной литературе как тождественные.

² Ведомости съезда нар. депутатов СССР и Верхов. Совета СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 733.

права периода перестройки с учетом новых условий (возврата к частной собственности, к рынку) и перспектив (построение гражданского общества, курс на евроинтеграцию).

Значительное влияние на формирование новой концепции кодификации оказало также развитие теории права в Украине в начале и середине 90-х годов. К тому времени более четкие научные контуры получили такие категории, как «права человека», «гражданское общество», «верховенство права», «частное право», «дихотомия права»¹ и др. Все это требовало нового взгляда на цели, задачи и принципы частноправовой кодификации в независимой Украине.

Концепция кодификации гражданского права была выстроена в течение 1990-х годов в виде многоуровневой системы. На верхнем уровне помещались ее макросоставляющие (идея естественного частного права, его соотношение с законом, верховенство права, система и принципы частного права, структура позитивного (писаного) частного права и ЦК, универсализм естественного частного права и формирование позитивного всемирно-гражданского права, адаптация частного права Украины к правовой системе ЕС и др.). На уровнях ниже располагались теории институтов, их частей и отдельных положений.

¹ См.: Рабінович П. Громадянське суспільство і правова держава (загальнотеоретичні міркування) / П. Рабінович // Укр. право. – 1996. – № 3. – С. 22–34; Заєць А. Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) / А. Заєць // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 1. – С. 3–15.

Следует сказать, что как сама подготовка такой концепции, так и получение ее поддержки со стороны правового сообщества, была задачей не из легких. Как известно, в правовой среде Украины еще доминировал догматический взгляд на право, сформировавшийся в 30-е годы при активном участии сталинского прокурора А. Я. Вышинского². Тогда был принят догмат о том, что под советским правом нужно понимать воплощенную в закон волю рабочего класса. Право рассматривалось как продукт государства – и не более того. Школа естественного права была отброшена как «буржуазное» направление. Советский взгляд на право («классовый позитивизм») и по сей день еще оказывает влияние на правосознание определенной части отечественных юристов.

Собственно говоря, все поколения советских юристов воспитывались под влиянием «классового позитивизма», в частности, на тезисе о том, что право – это то, что государство закрепило в своих нормах. С этой точки зрения даже обычаи, порождаемые самой жизнью, подлежали санкционированию государством, без чего они якобы не имели правовой силы. Короче говоря, в отечественной правовой науке сформировалась своеобразная «догматическая юриспруденция», которая жестко связывала феномен права с государством.

² Вышинский А. Я. К положению на фронте правовой теории / А. Я. Вышинский. – М. : Юрид изд-во НКЮ СССР, 1937. – С. 3–9; Он же. Вопросы теории государства и права / А. Я. Вышинский. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1949. – 423 с.

Еще одна негативная черта советской науки права, которую наша современная наука в определенной степени унаследовала, заключалась в поразительном единообразии. Вопиющим примером этого стало догматическое деление целостной системы права на отдельные отрасли на основе таких критериев, как предмет и метод. В документах упомянутого совещания советских юристов 30-х годов было записано, что социалистическое право делится на соответствующие отрасли, среди которых в первую очередь названы уголовное, гражданское и трудовое право. Вследствие такого подхода советские научные работники долгие годы занимались ненужной работой: они наперегонки спешили объявить ту или иную группу норм, регулирующих какую-либо важную сферу отношений, отраслью права. Вследствие этого в стране разворачивались псевдонаучные дискуссии, например, о том, являются или не являются колхозное право или аграрное право настоящими отраслями права. Еще и сегодня сторонники идеи хозяйственного права стараются доказать его отраслевые признаки¹.

Со времени горбачевской «перестройки» постепенно меняется климат в обществе и в науке, а система гражданского права СССР начинает трансформироваться в направлении частного права.

В советское время в юридической науке одним из определяющих был тезис В. Ленина о том, что в сфере экономической жизни «мы ничего

частного не признаем»². Даже само слово «частное» было дискредитировано советской пропагандой. Однако жизнь оказалась мудрее и сложнее идеологических формул. Несмотря на то, что все советское право было объявлено публичным, в реальной жизни того времени все же оставались островки свободы, требующие не публично-правового, а частноправового регулирования. Это была определенная «территория» свободы человека, например, в сфере семейных отношений, части товарооборота.

С 1985 года постепенное расширение «территории» свободы шло в трех основных направлениях: субъекты права, право собственности и обязательственное право³. Другими словами, с позиции институционной системы частного права речь шла о трех «китах» частного права.

Большое значение для теории и философии частного права имело возвращение к научным основам дореволюционной цивилистики и к работам некоторых советских цивилистов, мировоззрение которых формировалось еще в старое время (например, к работам Б. Черпахина, М. Агаркова⁴).

² Ленин В. И. Полное собрание сочинений / В. И. Ленин. – Т. 44. – С. 380–383.

³ См., например, законы СССР: «О трудовой деятельности», 1986 г.; «О кооперации в СССР», 1988 г.; «О собственности в СССР», 1990 г.

⁴ См.: Агарков М. М. Ценность частного права / М. М. Агарков // Правоведение. – 1992. – № 1. – С. 25–41; № 2. – С. 31–48; Черпахин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве / Б. Б. Черпахин // Х сб. тр. профессоров и преподавателей Иркут. гос. ун-та. – Иркутск, 1926. – С. 8–35.

¹ Хозяйственное право : учебник / под ред. В. К. Макутова. – Киев : Юринком Интер, 2002. – С. 9–47.

Особое место занимали труды выдающегося юриста, профессора Киевского университета св. Владимира Иосифа Покровского, в частности, его книга «Основные проблемы гражданского права»¹, вышедшая на изломе истории в 1917 г. Этот труд стал квинтэссенцией тогдашней цивилистики, ее лучшим приобретением. Важно также отметить, что в этой работе И. Покровский не последнюю роль в познании права отводил интуитивному методу, помогающему исследователю раскрыть природную основу частного права как сферы свободы человека. Причем демаркационная линия между частным и публичным правом, по мнению ученого, исторически и географически обусловлена².

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – 353 с. – (Серия «Классика российской цивилистики»).

² Вместе с тем история нашей страны свидетельствует о том, что попытки загнать все разнообразие жизни в тиски публичного права, поставить гражданское общество под жесткий контроль государства – это путь к социально-экономическому коллапсу, путь к рабству (Фридрих Гаек).

Однако, несмотря на этот печальный исторический опыт, современная школа хозяйственного права при помощи Хозяйственного кодекса стремится фактически сузить сферу свободы, сферу частного права. Концепция хозяйственного права, оперируя понятием «хозяйственных отношений», имеющих так называемый «смешанный, публично-частный» характер, на самом деле отдает предпочтение не принципам свободы и равенства (частное право), а принципам иерархии и субординации (публичное право). Необходимо четко осознавать, что концепция хозяйственного права является юридическим инструментом неототалитаризма.

В таком научном контексте осуществлялась работа над концепцией нового ЦК. Правда, с открытием границ разработчики его проекта получили не только доступ к западной сокровищнице цивилистики, но и возможность свободного общения с учеными и практиками из ФРГ, Нидерландов, Швейцарии, Канады, США и других стран³.

Далее рассмотрим некоторые макроуровневые составляющие концепции современной кодификации гражданского права Украины.

Идея естественного права. В начале 90-х годов XX ст. разработчики проекта ЦК сосредоточили свои усилия прежде всего на выяснении сути естественного частного права (морального закона), лежащего в основе западных кодификаций. Было понятно, что от решения этого серьезного теоретического вопроса зависит направление развития частного права Украины в новом столетии.

В современном мире произошел Ренесанс идеи естественного права. Об этом свидетельствуют, в частности, содержание права ЕС, деятельность Совета Европы и Европейского суда по правам человека. Украинское право также не осталось в стороне от этого процесса, например, в ст. 8 Конституции Украины был закреплен принцип

³ См.: Довгерт А. Про підготовку проекту Цивільного кодексу України / А. Довгерт, В. Калакура // Укр. право. – 1997. – № 1 (6). – С. 110–116; Довгерт А. Участь українських цивілістів у підготовці модельного цивільного законодавства країн СНД / А. Довгерт, Н. Кузнецова // Укр. право. – 1997. – № 1 (6). – С. 117–121.

верховенства права, под которым понимаются предписания естественного права (об этом см. дальше).

В истории правовой мысли отмечается несколько «волн» естественного права, когда эта школа одерживала убедительную победу над позитивизмом.

Так, еще римские юристы рассматривали позитивное право через призму естественного права, принципам которого отдавали предпочтение. На втором этапе развития идеи естественного права французские просветители конца XVIII – начала XIX ст. отстаивали идеалы естественного права в борьбе с позитивизмом эпохи феодализма. Эти идеалы воплотились в таких документах революционной эпохи, как Декларация прав человека и гражданина 1789 г., Французский гражданский кодекс 1804 р. (Кодекс Наполеона) и др.

Однако вскоре после Французской революции настает период реакции, юридическим воплощением которой становится доминирование позитивистского мировоззрения¹. Что-то похожее происходит сейчас и в Украине: принятие Хозяйственного кодекса стало проявлением социально-политической реакции и тревожным симптомом отступления реформаторских сил.

И, наконец, современной вспышкой естественного права стала концепция природных прав человека, закрепившаяся в коллективном правосознании после Второй мировой войны, когда человечество осознало, что по-

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – С. 60–76. – (Серия «Классика российской цивилистики»).

зитивное право не дает гарантий защиты прав человека от ужасов войны и произвола со стороны государства.

Естественное право, в отличие от позитивного, являющегося продуктом деятельности человека, начертано самой Природой, Богом, Космосом, как бы мы это не называли. Естественное право является своеобразным фильтром позитивного права, образуя объективные пределы деятельности законодателя². Так, на основных принципах естественного права (справедливость, разумность и др.), которые закреплены в новом ЦК, базируется вся материя позитивного частного права.

Если источником позитивного права является воля законодателя, воля государства, воплощенная в законе, то источником естественного права является Природа, Бог, их законы, познаваемые человеком через частноправовые договоры, обычаи и другие природные инструменты (например, совесть). Важно отметить, что существование договора и обычая, как источника частного права, является ярким свидетельством того, что не только государство выступает центром нормотворчества, а и человек, как частица природы, является проводником и выразителем естественного частного права.

Особо следует сделать ударение на том, что концептуально ГК Украи-

² Теории естественного права см.: Філософія права / за ред. Д. Фейберга, Д. Коулмена ; пер. з англ. П. Тарашук. – К. : Основи, 2007. – С. 20–41; Шевчук С. Основи конституційної юрисдикції / С. Шевчук. – К. : УЦПС, 2001. – С. 35–107; Он же. Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2002. – 344 с.

ны разрабатывался на основе естественно-правовых теорий, в соответствии с которыми законы государства не регулируют отношения, а лишь преимущественно стремятся приблизиться к конфигурации правоотношений, установленных непосредственно Природой (Богом, Космосом). В этом отношении, положения ст. 3 ГК являются самыми важными, ибо в них записаны природные начала построения позитивного частного права, а именно: недопустимость произвольного вмешательства в сферу личной жизни человека; недопустимость лишения права собственности; свобода договора; свобода предпринимательской деятельности; судебная защита гражданского права и интереса; справедливость, добросовестность и разумность.

Принципы естественного частного права. Приведенные в ст. 3 ЦК принципы (общие начала) не составляют исчерпывающего их перечня и покрывают разные по объему массивы частноправовых отношений. Несмотря на это, данная статья имеет ключевое значение в современной частноправовой системе, включая правопонимание, законотворчество и правоприменение.

Закрепление в ГК общих принципов гражданского законодательства свидетельствует, прежде всего, о подтверждении законодателем их «первоисточника», которым выступает естественное право, определяющее поведение людей в обществе независимо от позитивного права.

Перечисленные в ст. 3 ГК принципы не утрачивают своего естественного-правового характера в результате

их оформления в позитивном праве. Во-первых, содержание этих принципов не может отыскиваться лишь в текстах законов. Во-вторых, ограничения действия этих принципов, установленные писаным правом, должны отвечать критериям естественного права, а именно разумности, общественной необходимости, пропорциональности и т. д.

Большое значение для функционирования всей системы частного права имеет объективизация *принципов справедливости, добросовестности и разумности*¹. Во-первых, они аккумулировали не только приведенные выше начала, но и другие принципы гражданского права. Во-вторых, применение всех иных принципов и норм гражданского права не должно приводить к несправедливому, неразумному и недобросовестному результату. В-третьих, именно эти принципы являются конечной сущностью права и указывают на его природное происхождение.

В гражданском праве всегда использовались оценочные понятия. Например, к действиям или деятельности применялись такие оценки, как «добросовестно», «разумно», «регулярно», «экономно», «целесообразно» и тому подобное. В новом ГК категории справедливости, добросовестности и разумности чрезвычайно широко применяются ко многим объектам оценки (см., например, статьи 12, 23,

¹ См.: Hartkamp A. Judicial Discretion under the New Civil Code of Netherlands / A. Hartkamp // The American Journal of Comparative Law. – 1992. – Vol. XL, № 3. – С. 554–557.

92, 330, 390, 509, 627, 1242 ГК Украины). Это является лишь определенными проявлениями справедливости, добросовестности и разумности как сути права вообще. Через призму природных принципов справедливости, добросовестности и разумности должно оцениваться и толковаться все позитивное право и последствия его применения.

Принцип добросовестности (good faith) выступает внутренним критерием, в то время как справедливость и разумность (*reasonableness and equity*) – внешним или объективным. Эти принципы также указывают на триединую сущность права: естественное (божественное) право; позитивное право и право в самом человеке, которое характеризуется таким обобщающим понятием, как совесть. Трех составляющим права и отвечают названные выше принципы. Доминантой естественного права является справедливость, доминантой позитивного права – разумность. Наконец, добросовестность – это направленность внутренней совести на добро, светлое, служение Богу, а не темным силам. Однако важно подчеркнуть, что речь здесь идет лишь о доминировании, потому что справедливость, добросовестность и разумность относятся ко всем «этажам» права. И не только к естественному праву или государственным законам, но и к сделкам (например, ст. 508 ГК Украины предписывает, чтобы обязательства основывались на принципах добросовестности, разумности и справедливости).

С позиции естественного права справедливость – это применение мо-

ральных требований как требований правовых актов гражданского законодательства, это понятие о должном, которое отвечает пониманию сущности человека и его прав. Очень часто справедливость понимают как равенство возможностей или как концепцию пропорциональности избранных средств поставленной цели. Определить понятие справедливости и закрепить его нормативно в законах невозможно. Справедливость является категорией, которая адекватно может быть реализована через правоприменительную деятельность. Следует помнить, что когда несправедливость закона становится нестерпимой, суд должен защищать справедливость.

Составной частью нового ГК стала также *концепция добросовестности*. Так же как и справедливость, общее понятие добросовестности не может быть поставлено законодателем в четкие юридические рамки. Кроме того, принцип добросовестности имеет свои особенности в разных гражданско-правовых институтах. В самых общих чертах добросовестность можно охарактеризовать как фактическую честность и соблюдение разумных стандартов честного ведения дел. Лицо следует считать добросовестным, когда оно действует без умысла причинения вреда другому лицу, а также не допускает легкомысленности (самоуверенности) и небрежности по отношению к возможному причинению вреда.

Основной идеей природного права является также *разумность*. Например, по отношению к позитивному праву этот принцип означает, что нор-

ма позитивного права является недействительной, если она сформулирована нечетко, содержит в себе противоречие или противоречит другим нормам, или же ее требования невозможно исполнить.

Принципы справедливости, добросовестности и разумности выполняют в украинском частном праве по отношению к позитивному праву, договорам, обычаям интерпретационную, дополняющую и корректирующую функции.

Право на уважение к частной жизни, право на личную неприкосновенность, право собственности, право на судебную защиту принадлежат к основным естественным правам человека. В ГК сформулированы соответствующие естественно-правовые начала: недопустимость произвольного вмешательства в сферу личной жизни человека; недопустимость лишения права собственности, кроме случаев, установленных Конституцией Украины и законом; судебная защита гражданского права и интереса.

Особенность нового ГК заключается, среди прочего, в признании большого значения личных неимущественных отношений в жизнедеятельности человека и функционировании гражданского общества. Поэтому перечень общих начал гражданского законодательства начинается именно с *принципа недопустимости произвольного вмешательства в сферу личной жизни человека*.

Современное состояние и развитие понятия «частная жизнь» в культурной европейской традиции находит свое воплощение в ст. 8 Европейской

конвенции о защите прав человека и основных свобод¹. Поэтому для правильного применения данного принципа в Украине существенное значение имеет практика и доктрина Европейского суда по правам человека².

Принцип недопустимости произвольного вмешательства в сферу личной жизни человека находит свое воплощение во многих статьях Конституции Украины, а также в большинстве статей Книги второй ГК (см., например, статьи 286, 289, 300, 301, 303, 306, 307, 311 ГК Украины). Действие этого принципа можно также проследить в положениях многих законов, в частности в Законе Украины «Об информации» от 2 октября 1992 г., в Законе Украины «О нотариате» от 2 сентября 1993 г. и др.

Правомочия человека в сфере личной жизни могут быть ограничены лишь Конституцией (относительно прав, установленных ею) или законом (относительно прав, установленных ГК Украины и другими законами). Однако не следует понимать это таким образом, что названными актами можно установить любые ограничения. Дело в том, что принципы естественного права могут претерпевать лишь ограничения, отвечающие таким естественно-правовым критериям, как разумность, пропорциональность и т. п.

Принцип недопустимости вмешательства в личную жизнь человека

¹ Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К. : Парлам. вид-во, 2000. – 656 с.

² См.: Шевчук С. Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2006. – 818 с.

относится не только к физическим лицам, но и, безусловно, с определенной разумной корректировкой к юридическим лицам (ст. 94 ГК Украины).

Принцип недопустимости лишения права собственности гарантирует стабильность отношений собственности, составляющих основу имущественного оборота. Все нормы гражданского права Украины охраняют право собственности. Однако большое значение для понимания этого принципа имеет первый Протокол к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Статья 1 Протокола, определяя право лица на беспрепятственное пользование своим имуществом, выступает по своей сути гарантией права собственности. Основной целью ст. 1 Протокола является предупреждение произвольного захвата собственности, конфискации, экспроприации и других нарушений принципа беспрепятственного пользования своим имуществом.

Случаи лишения права собственности могут устанавливаться только Конституцией и законами Украины. Однако вмешательство в право собственности предусматривает справедливое равновесие между интересами общества и необходимостью соблюдения фундаментальных прав человека. В частности, необходимо, чтобы была соблюдена разумная пропорциональность между использованными средствами и той целью, на достижение которой направлялось любое средство, лишившее субъекта права собственности.

Проявлением фундаментального принципа свободы человека в имуще-

ственном обороте является *свобода договора*. Этот принцип закрепляет недопустимость административного вмешательства в гражданский оборот и имеет универсальное значение для всех участников гражданских отношений. Так как договор является разновидностью сделки, свобода договора понимается шире, как свобода сделки (ст. 6 ГК).

Подтверждение этого принципа в законодательстве означает отказ государства от принудительного склонения к заключению договоров на основе обязательных для сторон планово-административных актов.

Суть принципа свободы договоров раскрывается в ряде статей ГК. Она заключается, в частности, в том, что стороны являются свободными в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора (ст. 627), в выборе формы договора (ст. 205). Свобода договора проявляется также в праве заключать договоры, не предусмотренные актами гражданского законодательства, но отвечающие его общим принципам (ст. 6); в праве сторон по своему согласию изменять, расторгать или продлевать действие заключенного ими договора (ст. 651 ГК); в возможности устанавливать способы обеспечения договорных обязательств (ст. 546 ГК) и формы ответственности за их нарушение (ст. 611 ГК).

Следует, однако, отметить, что свобода договора не является безграничной. Она существует в природных рамках, определенных критериями справедливости, добросовестности и разумности. Законодатель пытается

понять эти границы и закрепить ограничения в законах. Например, ст. 648 ГК предусматривает возможность заключения договоров на основании правовых актов органов государственной власти, органов власти АРК, органов местного самоуправления. В соответствии с общим правилом не допускается использование гражданских прав с целью неправомерного ограничения конкуренции, злоупотребления монопольным положением на рынке, а также недобросовестная конкуренция (ст. 13 ГК). Вообще, в законодательстве немало ограничений принципа свободы договора, но, опять же, они легитимны только тогда, когда не противоречат принципам естественного права.

Из естественно-правового принципа свободы человека, который в имущественной сфере конкретизируется в виде свободы собственности, свободы договора (сделок), очень легко выводится *принцип свободы предпринимательства*. После многих десятилетий запрещения в Украине инициативной экономической деятельности было просто необходимым позитивировать этот принцип в новой кодификации.

Рассматриваемый принцип имеет универсальное значение, так как предпринимательская деятельность может осуществляться как физическими, так и юридическими лицами.

Принцип свободы предпринимательской деятельности, как и принцип свободы договора, очень широкий по содержанию. Он, в частности, включает свободный для сторон выбор деятельности, использование имущества собственника для предпринима-

тельской деятельности (ст. 320 ГК), самостоятельное формирование программы деятельности и выбор поставщиков и потребителей, установление цен, свободный найм работников, свободное распоряжение прибылью.

Этот природный принцип воплощен не только во многих статьях ГК, но и закреплен в ст. 42 Конституции Украины, которая предусматривает, что каждый имеет право на предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом.

Свобода предпринимательской деятельности во всех обществах претерпевает определенные ограничения. Так, например, предпринимательская деятельность подлежит государственной регистрации (статьи 50, 89 ГК). А некоторые виды предпринимательской деятельности, установленные законом, подлежат лицензированию (ст. 91 ГК). Предпринимательская деятельность депутатов, должностных и служебных лиц органов государственной власти и органов местного самоуправления на основании ст. 42 Конституции Украины также ограничивается законом. Но все ограничения этого принципа должны отвечать естественно-правовым критериям разумности и справедливости.

Естественное частное право включает также *принцип, по которому лицу предоставляется возможность подать гражданский иск в суд для защиты гражданских прав и интересов*. Судебная защита гражданских прав предоставляется субъектам гражданских правоотношений в качестве универсального способа защиты их прав (ст. 16 ГК). В тех случаях, когда

защита гражданских прав осуществляется в административном порядке, решение, принятое соответствующими органами относительно защиты гражданских прав и интересов, не является препятствием для последующей судебной защиты (ст. 17 ГК).

Право на защиту лицо осуществляет по своему усмотрению. Неосуществление этого права не является основанием для прекращения нарушенного гражданского права, кроме случаев, установленных законом (ст. 20 ГК).

Основой европейского стандарта «процессуальной надлежащей правовой процедуры» служит право на справедливое судебное разбирательство, гарантируемое ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Это право включает в себя три элемента: (1) наличие созданного на основании закона суда, отвечающего критериям независимости и беспристрастности; (2) суд должен иметь достаточно широкие полномочия для того, чтобы принимать решение относительно всех аспектов спора; (3) лицо должно иметь право доступа в суд.

Неукоснительным требованием закона является соблюдение упомянутых принципов в законотворчестве и при рассмотрении конкретных правовых ситуаций. Практическое значение этого положения заключается, в частности, в том, что суд должен не только механически анализировать конкретные юридические документы, но и осмысливать принципы и цели, лежащие в основе их принятия. Кроме того, рассмотренные принципы должны применяться при выявлении про-

белов в законодательстве (аналогия права) (ст. 8 ГК).

Верховенство права. Принцип верховенства права имеет продолжительную историю доктринального осмысливания и практического воплощения. В современном своем понимании и применении, как подчеркивается в документах ООН, Совета Европы, ЕС, доктринах многих стран, он является одним из ценнейших достижений человечества¹.

Распространено мнение о том, что идея верховенства права является сравнительно новой для Украины. Однако историки права отмечают, что идеи господства права природы или логоса над писаным правом государства явно просматриваются еще в Киевской Руси². Помещая принцип верховенства права в основу современной гражданско-правовой кодификации Украины, можно, по всей видимости, говорить о том, что после длительного господства в стране правового позитивизма в вульгарной форме классового права, в разных сегментах общественно-правовой жизни Украины пробивает себе дорогу идея верховенств права.

Так, принцип верховенства права был закреплен в ст. 8 Конституции и ряде законов Украины (например, в Законе «О Конституционном Суде Украины»). Позже он применялся

¹ См.: Головатий С. Верховенство права : монографія : у 3 кн. / Сергій Головатий. – К. : Фенікс, 2006. – LXIV, 1747 с.

² См.: Цельев О. В. Принцип верховенства права у Західній та Східній Європі XI–XIII ст.: теологічний аспект / О. Цельев // Наук. зап. Т. 53 : Юридичні науки. – К. : Вид. дім «Киево-Могила. акад.», 2006. – С. 52.

в ряде решений судов (общих и Конституционного). Следует, правда, отметить, что некоторые специалисты считали этот принцип основоположным в деятельности только Конституционного Суда. Для судов общей юрисдикции, являющихся, по их мнению, «судами нормы» (в отличие от «суда права», каким есть Конституционный Суд), основоположным принципом может быть только принцип законности. На наш взгляд, принципом верховенства права должны руководствоваться все суды.

В 90-х годах XX ст. украинская философская и правовая мысль подготовила определенный теоретический фундамент для понимания и практического внедрения принципа верховенства права¹. Определенные трудности связаны с невозможностью формулирования его всеохватывающего понятия, так как это не узкая категория, а мегапринцип, определяющий требования ко многим общественным институтам с целью обеспечения естественных прав и свобод человека. Вместе с тем большое практическое значение получили следующие представления украинских юристов об этом принципе.

Во-первых, принцип верховенства права означает подчинение позитивного права естественному праву, которое ограничивает власть государства и является мерилем позитивного

права. Таким образом, верховенство права приобретает смысловое значение лишь тогда, когда закон и право не отождествляются. Другими словами, этот принцип не может существовать вне лоно доктрины естественного права.

Специалистами обращалось внимание и на отдельные аспекты этого принципа. Так верховенство права рассматривалось, прежде всего, как приоритетность в обществе прав и свобод человека. Именно в культуре естественных прав и свобод усматривалось едва ли не все содержание верховенства права.

Принцип верховенства права характеризовался как верховенство разума и связывался с такими морально-правовыми ценностями, как справедливость, свобода, добро, гуманизм.

Важным выводом стало положение об универсальности принципа верховенства права, так как исторически он сначала понимался только как способ ограничения государственной власти и построения правового государства.

По мнению специалистов, единственной силой обеспечения верховенства права является только гражданское общество как самостоятельная, независимая от государства система отношений между юридически свободными и равноправными партнерами во всех сферах жизни, включая, безусловно, и предпринимательство. Именно ГК должен обеспечить нормальное функционирование и развитие гражданского общества. Самостоятельность, независимость, инициативность частной жизни существует только при условии признания

¹ См., например: Козюбра М. Принцип верховенства права у конституційному правосудді / М. Козюбра // Закон і бізнес. – 1997. – № 17; Заєць А. Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) / А. Заєць // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 1. – С. 3–15.

природного, объективного, сверхнормативного (в позитивистском смысле) характера гражданских прав и отношений. Последние (неимущественные и имущественные отношения, основанные на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников) составляют предмет гражданско-правового регулирования (ст. 2 ГК) и основу гражданского общества. Поэтому ГК Украины, без преувеличения, можно также называть «Кодексом гражданского общества» или «Кодексом частной жизни».

В завершение нужно сказать, что идеи верховенства права наиболее полно воплотились в ЦК, так как его разработка осуществлялась на основе естественно-правовых теорий.

Единство естественного частного права и единство гражданско-правовой кодификации. В соответствии с доктриной естественного права гражданско-правовые отношения существуют объективно и имеют следующий природный генный код: юридическое равенство участников, их свободное волеизъявление и имущественную самостоятельность. Таким образом, характер этих отношений не зависит от воли законодателя, а задача последнего состоит лишь в познании природной сути этих правоотношений и в установлении адекватного ей регулирования. В этом смысле метод регулирования имманентно присущ самим гражданско-правовым отношениям, а не «выдумывается» законодателем.

Первым признаком гражданских отношений является равенство участников. Речь идет о юридическом, а не

о фактическом или экономическом равенстве. Само юридическое равенство заключается в отсутствии принудительной власти одного участника отношений над другим. Свободное волеизъявление участников гражданских отношений означает способность лица, как участника гражданских отношений, свободно формировать свою волю. Имущественная самостоятельность выражается в том, что лица выступают в гражданских отношениях как собственники обособленного имущества, самостоятельные товаровладельцы.

Именно единый генный код гражданско-правовых отношений определяет единство естественного частного права. Это единство проявляется в действии одинаковых принципов во всех сферах отношений, основанных на свободе поведения их участников.

Вывод о единстве естественного частного права объясняет следующий элемент концепции нового ГК, а именно – единство гражданско-правовой кодификации. Речь идет о сфере отношений, регулируемых ГК. Было установлено, что несмотря на доминирование долгое время в структуре гражданско-правовых отношений имущественных отношений, сегодня существует потребность в высокой степени охраны неимущественных прав, которые определяют духовную основу общества и дают возможность в полной мере реализовывать принципы рыночной экономики и гражданского общества в целом. Были сделаны выводы также о том, что в сферу регулирования ГК входят частноправовые отношения в области предпри-

нимательства, использования земли и других природных ресурсов, семьи и др. Другими словами, по мнению разработчиков, ГК должен охватывать своим регулированием все частноправовые отношения независимо от жизненной сферы их существования.¹

¹ Как известно, старый ГК 1963 г. значительно суживал предмет гражданского права. В его ст. 2, в частности, предусматривалось, что семейные, трудовые, земельные, горные, водные, лесные отношения регулируются соответственно семейным, трудовым, земельным законодательством, законодательством о недрах, водным, лесным законодательством. Судебная практика Украины в тот период шла преимущественно по пути неприменения, даже субсидиарного, к этим отношениям (например, к трудовым) гражданского законодательства. Теперь нормы нового ГК и всего инструментария гражданского права применяются к урегулированию гражданских отношений как в отмеченных выше сферах, так и в других сферах, например, в предпринимательстве. Более того, ГК содержит специальные нормы относительно регулирования гражданских отношений в этих сферах. Таким образом, гражданские отношения в сферах использования природных ресурсов, охраны окружающей среды, трудовых и семейных отношений и т. п., даже если часть из них урегулирована в других нормативно-правовых актах, не утрачивают своей предметной принадлежности и поэтому регулируются гражданским (частным) правом.

Именно на такое понимание предмета гражданско-правового регулирования дополнительно указывает ст. 9 ГК Украины. В ней подчеркивается, что положения этого Кодекса применяются к урегулированию отношений, возникающих в сферах использования природных ресурсов, охраны окружающей среды, а также к трудовым и семейным отношениям, если они не урегулированы иными актами законодательства. Законом могут быть предусмотрены особенности регулирования имущественных отношений в сфере хозяйствования. Практическое значение этого положения ГК

Монистический характер кодификации в сфере частного права.

Еще одним вопросом, вытекающим из единства частного права, является вопрос о торговом праве. Как известно, во многих странах мира наряду с гражданскими кодексами действуют подчиненные им торговые кодексы². Эту

заключается в том, что при коллизии гражданско-правовых норм, содержащихся в любом нормативно-правовом акте (в том числе и в Земельном, Водном, Лесном, Воздушном кодексах, Кодексе торгового мореплавания и т. п.), со статьями ГК следует руководствоваться нормами ГК. Таким образом, специальное законодательство (в своем частноправовом сегменте) в сфере использования природных ресурсов и охраны окружающей среды может содержать иные, чем в ГК, нормы лишь в двух случаях: 1) когда они регулируют отношения, прямо не урегулированные в ГК. При этом такая регуляция должна базироваться на общих принципах гражданского законодательства; 2) когда возможность отступления от норм ГК предусмотрена в самом ГК.

Отмеченные подходы применяются и к регулированию гражданско-правовых отношений в сферах семьи, труда и хозяйствования. Причем ГК содержит много положений, учитывающих особенности возникающих здесь гражданских отношений. Некоторые другие особенности регулирования могут быть установлены иными законами (ч. 2 ст. 9 ГК). Однако здесь речь идет лишь об особенностях, а не об установлении совсем иного правового механизма для регулирования частных отношений в предпринимательской сфере. При установлении этих особенностей не могут нарушаться основные принципы гражданского законодательства, а значит, искривляться основные категории частного права. Здесь еще раз необходимо подчеркнуть, что положения законов (в том числе кодексов) в сфере хозяйствования не действуют, если они противоречат соответствующим положениям ГК.

² См.: Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Междунар. отношения, 1998.

двойственность источников часто называют дуализмом частного права. Для ответа на вопрос о том, нужен ли Украине в современных условиях торговый кодекс, разработчикам ГК Украины предстояло изучить соответствующий опыт этих стран.

Ситуация в Украине в этот период осложнялась тем, что под флагом западного дуализма источников частного права, но на основе идей социалистического хозяйственного права, в стране разрабатывался проект Хозяйственного кодекса¹.

Изучивши ситуацию в западных странах, разработчики ГК пришли к выводу о том, что сегодня их так называемый «дуализм» точнее квалифицировать как квазидуализм частного права. Дело в том, что настоящий дуализм частного права, связанный с наличием в феодальных обществах отдельного торгового сословия купцов, был ликвидирован в европейских странах в XIX ст. в результате проведения буржуазных реформ частного права, в частности, принятия Кодекса Наполеона (1804)², Германского гражданского уложения (1896)³ и др. Раздельному развитию гражданского и торгового права был положен конец. Исторические условия, приведшие когда-то к параллельному развитию гражданского и торгового права, просто перестали существовать. Си-

стемы частного права Франции, Германии и других стран стали монистическими, построенными на общих принципах частного права. Лишь традиция записи норм в двух кодексах (гражданском и торговом) позволяет говорить о некоей квазидуалистичности. Таким образом, в западных странах сегодня нет настоящего дуализма частного права, как это было до Великой французской революции 1789 г., а существование двух кодексов является только формальной данью историческим традициям этих стран.

Более того, квазидуализм частного права (в смысле его записи в двух кодексах) в западных странах превратился в препятствие на пути развития предпринимательства. И это стало причиной отказа многих стран (Швейцария – 1911 г., Италия – 1944 г., Нидерланды – 1992 г., Квебек – 1994 г., страны СНГ – 1995–2002 гг. и др.) от торговых кодексов и проведения новой кодификации частного права в рамках единого гражданского кодекса.

На основе такого анализа и было принято решение о монистическом характере новой гражданско-правовой кодификации Украины. Если сегодня и говорить о дуализме частного права, то только в плане того, что оно состоит из двух сегментов – естественного частного права и позитивного частного права⁴.

¹ Хозяйственный (коммерческий) кодекс Украины : аванпроект. – Киев ; Донецк, 1994.

² Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) : пер. с фр. / отв. ред. А. Довгерт. – Киев : Истина, 2006. – 1008 с.

³ Гражданское уложение Германии : пер. с нем. / науч. ред. А. Л. Маковский [и др.]. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.

⁴ Несмотря на то, что в ГК заложена монистическая концепция, в Украине одновременно с ГК принимается противодействующий ему Хозяйственный кодекс. Новая власть после «оранжевой революции» 2004 г. неоднократно заявляла о необходимости отмены этого антирыночного акта, но он еще и ныне действует, умножая коллизии в предпринимательской сфере.

Структура ЦК. Объективная взаимосвязь всех институтов частного права была подмечена очень давно. И это послужило основой для создания специальных научных систем кодификации гражданского законодательства – институционной, пандектной и других¹.

ГК построен по традиционной для Украины пандектной системе. Но, учитывая положения концепции ГК, а также содержание современного частного правового поля, в ГК, кроме обычных для пандектной системы частей (за исключением семейного права²), добавлено еще две части – личные неимущественные права физических лиц и право интеллектуальной собственности. Научную систему построения ГК можно назвать синкретичной. Его шесть книг размещены в такой последовательности: «Общие положения» (книга первая); «Личные неимущественные права физического лица» (книга вторая); «Право собственности и другие вещные права» (книга третья); «Право интеллектуальной собственности» (книга четвертая); «Обязательственное право» (книга пятая); «Наследственное право» (книга шестая)³.

¹ См.: Довгерт А. Новый Гражданский кодекс Украины и мировые тенденции развития частного права / А. Довгерт // Закон и бизнес. – 1996. – № 48–49.

² Кодифицированные нормы семейного права входили книгой шестой в проект ГК. Но в 2001 г., вопреки возражениям разработчиков проекта, эта книга была изъята Верховной Радой Украины из структуры гражданско-правовой кодификации и был принят отдельный Семейный кодекс.

³ Проект ГК содержал еще одну книгу – «Международное частное право», которая также безосновательно не включена Верховной Радой Украины в ГК. На ее основе в 2005 г. принят Закон «О международном частном праве».

Как видим, относительно самостоятельными и неразрывно связанными составными частями нового ГК предлагаются «книги» в отличие от «разделов» в ГК 1963 г. Эта форма изложения отражает новое содержание ГК, значительно расширенный круг вопросов, которые им регламентируются, большее количество его статей, объективно существующую взаимосвязь и взаимозависимость гражданских отношений, кодификационную технику многих других государств.

Каждая книга состоит из разделов. Основной структурной единицей разделов являются главы, хотя в некоторых случаях они группируются еще и в подразделы. В ГК насчитывается 90 глав, которые имеют сквозную нумерацию.

Отдельные главы разбиваются на параграфы, а последние иногда и на подпараграфы. Эта юридическая техника применяется большей частью к главам, которые содержат значительное количество правового материала и посвящены достаточно самостоятельным вопросам (см., например, главу 8 ГК «Предпринимательские общества»). Собственную порядковую нумерацию имеют статьи: их в ГК 1308.

Универсализм естественного права и тенденция формирования всемирно-гражданского права. Адаптация частного права Украины к праву ЕС. Естественное частное право является единым или общим для всего человечества, то есть природные законы имеют универсальный характер для людей независимо

от их национальных или государственных образований. Коль скоро естественное частное право универсально, то и позитивное (писаное) право стремится приблизиться к такому качеству. И мы являемся свидетелями процессов, ведущих к формированию единого писаного всемирно-гражданского права, которое максимально будет приближено к конфигурации естественного частного права.

Представляется, что одним из этапов формирования всемирно-гражданского права является становление общего частного права ЕС. Поэтому в концепции гражданско-правовой кодификации Украины надлежащее место заняла идея адаптации украинского законодательства в частноправовой сфере к соответствующим нормам и принципам ЕС.

Разработчики ГК понимали, что адаптацию в этой сфере нельзя сводить лишь к адаптации гражданского законодательства. Речь должна идти о сближении всех элементов частноправовой системы Украины, включая правопонимание, принцип верховенства права, инфраструктуру частноправовой среды (например, независимость, беспристрастность и эффективность институтов разрешения споров) и др. Такое понимание адаптационного процесса предлагали и многие документы, включая заключенное в тот период и вступившее в силу в 1998 г. Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и ЕС (СПС).

Следующая большая часть адаптационной работы в частноправовой сфере должна состоять, собственно,

в адаптации гражданского законодательства. Как известно, в СПС, в силу особенностей структуры, отдельно не выделялась такая сфера адаптации, как гражданское законодательство. СПС говорит лишь о приоритетных сферах функционирования рыночной экономики, в которых следует идти путем сближения законодательства. Однако это не означает отсутствия необходимости адаптации гражданского законодательства. Речь должна идти о цивилистических аспектах адаптации в названных приоритетных сферах законодательства, в частности тех, что связаны с предпринимательской деятельностью, защитой конкуренции, банкротством, защитой прав интеллектуальной собственности, таможенным регулированием, транспортом и связью, стандартами и сертификацией, энергетикой, государственными закупками, финансовыми услугами и др.

При воплощении идеи адаптации определенным ориентиром для разработчиков ГК служила «Белая книга»¹, принятая Европейским Советом в 1995 г. для центрально-европейских стран-кандидатов. В ней изложены рекомендации относительно сближения законодательства, перечень актов ЕС, которые следует учитывать в приоритетном порядке. Приложение к этому документу включает 23 раздела, в каждом из которых рассматри-

¹ Угода про партнерство та співробітництво між Європейським Союзом та Україною. Питання правового забезпечення договірних зобов'язань та сближення законодавства ЄС та України : зб. ст. та матеріалів. – К., 1998. – С. 48–71.

вается определенная сфера законодательства. В 17-м разделе под названием «гражданское право» предлагаются законодательные меры первого и второго этапов адаптации в названной сфере. В частности, рекомендовано приведение законодательства этих стран в соответствие с двумя Директивами (об аппроксимации законов, правил и административных предписаний государств-участников касательно ответственности за некачественную продукцию, 1985 г. и о согласовании законов государств-участников относительно независимых коммерческих агентов, 1986 г.) и с двумя конвенциями (Римская конвенция о праве, применяемом к договорным обязательствам, 1980 г. и Брюссельская конвенция о признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам, 1968 г.)¹.

Другими сферами законодательства, имеющего отношение к гражданскому праву, в Белой книге названо законодательство: о компаниях, интеллектуальной собственности, защите прав потребителей, финансовых услу-

¹ Названные Конвенции заменены в последствии на Регламенты.

гах, защите персональных данных, государственных закупках, труде.

Разработчики ГК особое внимание обращали также на проходившие в эти годы процессы унификации гражданского права в Европе. В проекте украинской кодификации отражены многие подходы и положения Принципов Европейского контрактного права², других материалов относительно подготовки Европейского кодекса частного права³, частноправовых конвенций Совета Европы⁴.

Опубликовано: Сборник трудов, посвященный 70-летию проф. М. Сулейменова. – Алматы, 2011.

² Principles of European Contract Law. Part I and II // Edited by Ole Lando and Hugh Beale. – The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2000. – 561 p.

³ Towards a European Civil Code / Second Revised and Expanded Edition. – The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998. – 652 p.

⁴ Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К. : Парлам. вид-во, 2000. – 656 с.

Я. Шевченко, академик НАПрН Украины, заведующая отделом проблем гражданского, трудового и предпринимательского права Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

Понятие юридической ответственности: объективный и субъективный аспекты

Юридическая ответственность существует объективно, то есть она существует независимо от того, как представляет ее субъект, который испытывает влияние мер ответственности, и даже независимо от того, как оценивается это влияние группами лиц (например, микросредой правонарушителя).

С позиций юридической ответственности как объективного явления и надлежит характеризовать ее черты.

Прежде всего необходимо обратиться к тому, в чем находит свое выражение юридическая ответственность. Выраженная в правовой норме, которая воплощает волю государства, юридическая ответственность появляется перед нами в первую очередь в виде возможного, со стороны государства, влияния за нарушение общего запрета соответствующего поведения (действию или бездействию).

Норма представляет собой форму, которая предоставляется запрету и обеспечиваемому ее выполнению принуждению, но характерной чертой ответственности является то, что применение мер влияния, в которых в конечном итоге она воплощается, связано с рядом условий, так называемых оснований ответственности, при наличии которых только и осуществляется принуждение. Эти основания сосредоточены в абстрактной форме в норме права (в той или другой) и обязательно сопровождают ответственность. Объективное существование нормы тем же предопределяет и объективное существование ответственности. Эти основания сосредоточены в абстрактной форме в норме права (в той или другой) и обязательно сопровождают ответственность. Объективное существование нормы предопределяет и объективное суще-

ствование ответственности. Ответственность как правовой инструмент имеет определенные функции, которые прямо (правовосстановительная функция имущественной ответственности) или же опосредованно (функции воспитания, предупреждения, репрессии) связаны во многих своих проявлениях с охраной собственности. Связь охраны права собственности с ответственностью нашла отражение и в структуре ответственности: реализация ответственности происходит в рамках правоохранительного правоотношения, направленного на нерушимость экономических отношений в государстве. Кардинальной особенностью ответственности как правового института, который служит целям охраны общественных отношений, является способ, благодаря которому осуществляется эта охрана. Сущностью ответственности является то, что она служит инструментом, который передает заложенное в правовой норме осуждение общества и государства лицу, которое нарушило правовой запрет. В разграничении ответственности и других правовых явлений следует руководствоваться признаками, характерными для ответственности как самостоятельного правового института, который имеет свою нормативную основу, цели и отмечается своеобразием способов их достижения.

Для установления структуры ответственности как правового института важен элемент субъекта ответственности. Необходимо наличие субъекта, который удовлетворяет определенным требованиям, связанным с состоянием интеллекта и воли лица. Эти требова-

ния заключаются в обязательном наличии у лица способности отдавать отчет в своих действиях и руководить ими.

Способность лица нести ответственность не может не основываться на том, что лицо способно осознавать характер осуществляемого и соответственно, общественно-опасный и противоправный характер собственных действий. «Привязываемость» ответственности, во-первых, к определенному лицу и, во-вторых, к лицу, которое отвечает определенным требованиям, по отношению к его сознанию и воле отражается на всех других элементах структуры ответственности.

Одним из таких элементов является правонарушение. Юридико-фактическим основанием правоотношения ответственности является результат сознательной и волевой деятельности лица, иначе говоря общественно-опасное виновное противоправное действие или же бездеятельность лица. Правонарушение, как указывают русские ученые И. С. Самощенко и М. Х. Фарукшин, С. С. Алексеев, акт, который происходит в действительности и непосредственно вызывает изменения в общественных отношениях. Указанный акт противоречит воле народа, выраженной в правовых нормах и таким образом заслуживает осуждение государства.

Ответственность является способом, с помощью которого это осуждение осуществляется. И здесь большое значение имеет категория вины. Возможность исключения вины из числа необходимых элементов состава правонарушения, которое является осно-

ванием ответственности, признания ее необязательности или допустимости, хотя бы в отдельных отраслях права, ответственности за объективно противоправное деяние является сложной дискуссионной проблемой, хотя признание необходимости упрека относительно противоправного поведения является существенным обстоятельством при установлении правонарушения.

Категория вины так же неразрывно связана с конкретным лицом, как и сам правовой институт ответственности. Цели любого вида правовой ответственности включают у себя воспитание – и из-за воспитательного действия на правонарушителя – предупреждение правонарушений. Ответственность таким образом связана, с одной стороны, с сознанием и волей лица, которое является субъектом ответственности, а, с другой стороны – с государственной волей, которая выражает осуждение поведения субъекта.

Структурные элементы ответственности включают следующее: субъект ответственности, который отвечает определенным закрепленным в праве требованиям, основание ответственности – правонарушение и мера ответственности. Механизм действия ответственности выглядит таким образом: осуждение правонарушения содержится в правовой норме, передается субъекту через правоотношение ответственности и осуществляется через меру ответственности, назначенную соответствующим правоприменительным органом.

Структура механизма ответственности наглядно подтверждает неразрывную связь осуждения и кары, которые составляют сущность ответственности. Само осуждение без наказания содержит лишь добрые пожелания соответствующего поведения. Наказание без осуждения представляет собой неоправданную, по мнению общества и данного конкретного субъекта ущемления, утрату блага. Оторванная от осуждения кара становится самоцелью. Больше всего отвечает понятию правовой ответственности следующее ее определение: правовая ответственность это ущемление (потеря блага), которое содержится в правовой норме и реализуется в правоотношении ответственности, воплощено в мере ответственности, которое несет в себе осуждение общества и государства осуществленного лицом правонарушения. Оно выражает дополнительное обременение и как таковое является наказанием за осуществленное лицом правонарушения.

Несколько отличной является позиция С. М. Братуся, который указывает: «Общим для всех видов ответственности является состояние принуждения к выполнению обязанностей. Другой общей чертой для всех видов является государственное осуждение противоправного поведения обязанного лица».

Такая позиция, однако, не раскрывает с надлежащей полнотой сущность и содержание ответственности хотя бы потому, что принуждение, выступая в разных видах, присуще всем санкциям (а не только тем, которые содержатся в нормах, регулирую-

щих ответственность). Понятиям санкции могут охватываться любые предусмотренные нормами права неблагоприятные последствия для лица, которое допустило противоправное поведение. Благодаря такому широкому применению принуждения, оно не способно служить специфическим отличительным признаком ответственности как специального правового института, потому и определение ответственности как состояния принуждения к выполнению обязанностей, даже если учесть, что принуждение касается лишь выполнения обязанностей, не раскрывает сущность ответственности как правового явления.

Сущности и содержанию ответственности как специфического правоохранительного института отвечает больше всего точка зрения, согласно которой ответственность, будучи негативным последствием правонарушения и имея характер специальных тяжестей, от других правоохранительных средств отличается тем, что эти тяжести имеют дополнительный характер, накладываются на лицо кроме тех, что уже есть.

Потери личного, организационного или имущественного характера, которые являются отличительной чертой ответственности, потому и выражают ее сущность – осуждение и наказание за виновное нарушение закона, что составляют для лица новую тяжесть, который наступает в связи с правонарушением. Именно в такой связи утеря лишь и может быть выражением правовой ответственности, потому что иначе ее наложение ниче-

го бы не изменяло в позиции правонарушителя, это значило бы, что в принудительном порядке осуществляются те же действия, которые вытекают из самой нарушенной обязанности.

Ответственность, связанную с совершением правонарушения, так называемую ретроспективную ответственность, размежевывают с другим правовым явлением, которое называют «позитивной» ответственностью. Считают ее важным позитивным качеством субъектов права. Н. И. Матузов предложил рассматривать позитивную ответственность как один из элементов правового статуса лица. Это в его понимании ответственность за должное и правильное выполнение лицом своих юридических обязанностей.

Некоторые ученые занимают категорические позиции, указывая, что юридическая ответственность может иметь лишь позитивный характер, будучи ценным правовым качеством субъектов права. Внешне она появляется как социально активное, обычное, правомерное поведение субъектов права. Внутренний (психологический) ее аспект представляет из себя осознание (в нынешнем или будущем) субъектами социально активного и привычного правомерного поведения, установленного регулятивными нормами права, образцом надлежащего поведения в соответствии с данными правовыми образцами.

В таком понимании «позитивная» ответственность представляет собой чувство ответственности, происхождение которого явно субъективно. Чувство ответственности служит

выражением психического отношения лица к тем обязанностям, которые она имеет, формируется оно на основании представлений, которые имеет лицо об обязанности перед обществом и в зависимости от принятых им моральных принципов, в целом чувство ответственности является отражением взглядов и представлений, которые существуют в обществе, формируется оно под воздействием объективной действительности, однако для каждой отдельной личности оно сугубо индивидуально.

Однако к ответственности как правовому институту чувство ответственности причислять нельзя. Это определенное правовое качество субъекта права по существу является обычным, установленным регулятивными нормами социально активным правомерным поведением. Понятно, что к ответственности как правовому институту чувства ответственности, а значит, и позитивную ответственность причислять нельзя.

Существование двух течений понимания юридической ответственности в юридической науке признают и по этому поводу высказывается мысль, что это положение вызвано

разночтением в терминологии. Так, А. С. Бондарев, например, считает, что «современное понятие «юридическая ответственность», позволяет нам признать, что в настоящее время в отечественной теории права одним термином соединены не два аспекта или же две формы реализации одного целостного явления – юридической ответственности», а два принципиально различных правовых явления, каждое из которых требует собственного названия и понимания». Следовательно, как вывод, можно констатировать, что понятие юридической ответственности не устоялось и вызывает существенные разногласия. Однако, по нашему мнению, заслуживает поддержки теория природы юридической ответственности как реакции на правонарушение, то есть ретроспективной юридической ответственности, которая служит основой правоохранительного законодательства и правоприменительной практики.

Опубликовано: Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання) : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 16 вересня 2010 р. – К., 2011. – С. 65–70.

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ, ХОЗЯЙСТВЕННОЕ И АГРАРНОЕ ПРАВО

УДК 349.6(477)

Г. Балуяк, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры экологического права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Проблемы законодательной регламентации и реализации в Украине экологической составляющей концепции устойчивого развития

Наша современность характеризуется сложной экологической ситуацией, чрезвычайно низким уровнем экологического образования и сознания большинства населения, чрезмерной эксплуатацией природных ресурсов, загрязнением и накоплением вредных отходов. Современный экологический кризис, который Украина должна преодолеть (или который одолеет Украину – третьего не дано), ставит под угрозу развитие государства. Исходя из вышеизложенного, Украине целесообразно, по нашему мнению, учесть и использовать положительный опыт, накопленный международным сообществом и отдельными зарубежными государствами в сфере регулирования экологических отношений и обеспечения экологической безопасности. Возникает вопрос: какие из указанных разработок прежде всего должны быть использованы Ук-

раиной и какой должна быть экологическая политика нашего государства, закрепленная на законодательном уровне, чтобы достичь поставленных целей?

Как известно, длительное время главной задачей, которую ставили перед собой государства, было укрепление и развитие экономики любыми, в том числе экологически опасными методами. Процессы стремительного развития индустриализации, глобализации продолжались до тех пор, пока во второй половине XX в. государства не столкнулись с проблемой ограниченности природных ресурсов, истощения многих из них и, как следствие, – невозможности сохранения в долгосрочной перспективе темпов экономического роста. Обострение экологической ситуации постепенно приобрело масштабы планетарного кризиса, охватывающего различные

аспекты жизни человека. Этот кризис обусловлен, в частности, следующими факторами: быстрое исчерпание природных ресурсов, экологический кризис; неблагоприятная демографическая ситуация; постоянные конфликты в обществе; войны с использованием оружия массового уничтожения; угроза международного терроризма и т. д.

На перекрестке этих глобальных проблем, в результате их осмысления и глубокого изучения возникла концепция устойчивого развития общества, которое надежно обеспечивает сохранность окружающей среды и удовлетворение потребностей не только современности, но и последующих поколений человечества. Эта идея получила широкий резонанс в мире благодаря участию в ее разработке, популяризации и практическом воплощении в жизнь как ученых¹, так и общественно-политических сил, Организации Объединенных Наций и ее институтов, средств массовой информации. ООН сегодня является самой значительной организацией, занимающейся проблемой устойчивого развития. Именно ООН, начиная с 1992 г., раз в пять лет созывает в разных концах планеты съезды глав государств с целью решения текущих проблем, связанных с продвижением к устойчивому развитию.

Устойчивое развитие определяется как развитие общества, которое удовлетворяет современные потребности, но не ставит под угрозу воз-

можности будущих поколений удовлетворять их жизненные потребности. Определение, как видим, основывается на двух ключевых понятиях: потребности и ограничений.

Мощный импульс для утверждения идеи устойчивого развития дала конференция ООН по проблемам окружающей среды и развитию в Рио-де-Жанейро (1992), которую еще называют «саммитом Земли», или «саммитом в Рио». Крупнейшим достижением этой конференции стало признание факта, что проблемы окружающей среды и проблемы развития более не могут рассматриваться отдельно друг от друга. На конференции были продемонстрированы все аспекты глобальной и региональной экологии, независимо от уровня экономического развития (глобальное потепление климата, негативное влияние роста народонаселения на природу и проблемы бедности). Руководители 179 стран – членов ООН (Украину на саммите представлял в то время председатель Верховной Рады Украины Иван Плющ) призвали правительства всех стран мира и всех жителей планеты к внедрению принципов экологически безопасного развития в сфере экономической, экологической и социальной политики. На конференции были приняты такие важные документы:

1. Декларация по окружающей среде и развитию.
2. Повестка дня на XXI век.
3. Заявление о принципах управления, сохранения и устойчивого развития лесов.
4. Рамочная конвенция о проблемах изменения климата.

¹ Екологічне право України. Академічний курс : підручник / під заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид. – К., 2008. – С. 5–7.

5. Конвенция о биологическом разнообразии.

Но главное – впервые была сформулирована концепция устойчивого развития, которая включает следующие основные положения: в центре внимания – человек, у которого должно быть право на здоровую и плодотворную жизнь в гармонии с природой; охрана окружающей среды должна стать неотъемлемой частью процесса развития и не может рассматриваться отдельно от него; удовлетворение потребности развития и сохранения окружающей природной среды должно распространяться не только на нынешнее, но и на будущие поколения; уменьшение разрыва в уровне жизни между государствами, искоренение бедности относится к числу важнейших задач мирового сообщества; для достижения устойчивого развития государства должны исключить или уменьшить использование тех моделей производства, которые ему не способствуют.

Из перечня принятых документов необходимо особо выделить «Повестку дня на XXI век», который стал программой действий для перехода человечества к принципам устойчивого развития. Впервые на таком беспрецедентном уровне было заявлено о недопустимости рассмотрения окружающей среды и социально-экономического развития в отрыве друг от друга – достижение здоровой окружающей среды и здоровой экономики для всех народов мира должны рассматриваться в единстве. В основу программы «Повестка дня на XXI век» положено более сорока принци-

пов и рекомендаций, вытекающих из концепции устойчивого развития. Основные из них:

1. В экономической сфере:

– просвещение и включение концепций развития и охраны окружающей среды во все учебные программы с анализом причин возникновения серьезных проблем в области окружающей среды;

– рост экономики не должен выходить за пределы экологических возможностей Планеты;

– экономическое развитие должно быть безопасным для окружающей среды;

– экономическое развитие сегодня не должно подрывать возможности для развития будущих поколений;

– обеспечение экономического роста при одновременном снижении расхода энергии, сырья и производства отходов;

– передача развитыми странами передовых технологий развивающимся странам;

– разработка новых показателей развития, поскольку ВВП, ВНП не дают достаточной информации об устойчивости экосистем;

– определение сбалансированных структур потребления для всего мира, которые Земля может выдерживать в течение длительного времени.

2. В сфере охраны окружающей среды:

– обязательность проведения экологической экспертизы как условия реализации проекта;

– предоставление финансовой помощи для решения экологических проблем и обеспечения бедных;

– нанесение экологической информации на товарные этикетки и информирование населения о влиянии продуктов на здоровье человека и окружающую среду;

– стимулирование производства экологически безопасных продуктов;

– признание земли и природных ресурсов как валового национального богатства;

– принятие мер по сохранению биологического разнообразия;

– противодействие глобальному потеплению;

– экспертиза всех химических веществ с точки зрения их угрозы здоровью человека;

– замена пестицидов биологическими средствами защиты растений;

– обеспечение прав человека на информацию о состоянии окружающей среды;

– сокращение уровня отходов, включая радиоактивные;

– стимулирование деятельности чистых производств.

3. В социальной сфере:

– численность народонаселения и потребление должны соответствовать способности Земли поддерживать жизнь, т. е. должны быть уравновешены; рациональная структура производства и потребления;

– привлечение к практической работе и предоставление значительных ресурсов общественным и неправительственным организациям, местным учебным центрам;

– привлечение широких слоев населения к разработке стратегии развития;

– увеличение количества ученых в развивающихся странах и содействие их возвращению на родину.

4. В правовой сфере:

– унификация законов и правил для всех стран мира;

– пересмотр действующего международного законодательства с целью повышения его эффективности;

– разработка национальных планов действий во всех странах с широким привлечением общественности.

Несмотря на особую остроту проблем, возникших перед человечеством в конце XX в., согласованная в Рио-де-Жанейро концепция «устойчивого развития» до сих пор не приобрела в Украине достаточного распространения, а принятая на высшем уровне программа «Повестка дня на XXI век» до сих пор не нашла должного отображения в национальных программах, государственной политике и экономической практике.

На сегодняшний день состояние окружающей среды в Украине создает реальную угрозу жизнедеятельности населения и сводит на нет любые успехи в области улучшения социального и экономического развития. Недостаточное внимание к проблемам экологического развития может привести к тому, что в Украине не останется чистых и малозагрязненных территорий, а перечень регионов экологического бедствия значительно расширится. Экологическая проблема стала в государстве не так природоохранной, как социально-экономической, ведь речь идет о нормальных условиях жизни и здоровья человека.

Чрезмерная эксплуатация природных ресурсов и их нерациональное использование является одной из первопричин низкой конкурентоспособности национальной экономики, экономического и экологического кризиса и снижения уровня социальных гарантий. Экономическая модель, сложившаяся в Украине за последние 20 лет, приводит к истощению окружающей среды, накоплению огромных объемов выбросов, сбросов и отходов, возрастанию угроз здоровью и благополучию людей, накоплению значительных экологических последствий долговременного характера.

Сейчас в Украине наметился комплекс проблем, связанных с охраной окружающей среды и безопасностью человека: 1) высокая динамика загрязнения атмосферного воздуха; 2) загрязнение водного бассейна государства, ухудшение качества воды; 3) загрязнение земель; 4) проблема отходов; 5) экокатастрофы, техногенные аварии и т. д.

По нашему мнению, во избежание необратимых процессов необходимо принимать решительные и безотлагательные меры на всех уровнях управления – общегосударственном, региональном и местном. То есть необходима скорейшая реализация идеи устойчивого развития общества, основанной на использовании ресурсосберегающих и экологически чистых технологий, на бережном отношении к человеку и окружающей среде¹.

Кроме того, к наиболее важным предпосылкам перехода Украины на

модель устойчивого развития на национальном и региональном уровнях относятся:

– эффективное и экологически безопасное функционирование экономики, что позволяет достичь высоких показателей жизненного уровня населения, целенаправленно решать социальные и ресурсоэкологические проблемы развития общества;

– рациональное использование, сохранение и воспроизводство природных ресурсов, всесторонняя охрана окружающей среды – как главнейших предпосылок обеспечения ресурсоэкологической безопасности нынешнего и будущих поколений, поддержание в биосфере экологического равновесия – а следовательно, чистой и здоровой окружающей среды;

– стабилизация демографической ситуации и численности населения и установление в обществе принципов социальной справедливости, то есть создание системы правовых гарантий и эффективной демографической политики для достижения экономического, социального и экологического благополучия каждой семьи;

– расширение масштабов международного сотрудничества в сфере эффективного решения ресурсоэкологических проблем и задач устойчивого развития, повышение его результативности и эффективности, применение в национальной экономике новейших мировых достижений научно-технологического и социально-экологического прогресса.

Украине крайне необходима широкомасштабная реконструкция и модернизация всей устаревшей и отста-

¹ Шемшученко Ю. С. Правовые проблемы экологии / Ю. С. Шемшученко. – Киев, 1989. – С. 75–76.

лой материально-технической базы общественного производства с учетом ресурсоэкологических требований, факторов, критериев, стандартов и ограничений. Все это должно осуществляться на основе применения экологически безопасных технологий, безотходных или малоотходных замкнутых производственных циклов, позволяющих комплексно использовать минерально-сырьевые ресурсы и свести к минимуму выброс загрязняющих веществ в окружающую среду или полностью утилизировать их.

Природоохранные, экологически безопасные и ресурсосберегающие направления научно-технического прогресса должны стать приоритетными во всех отраслях и сферах экономики. Их развитию следует подчинять инвестиционную и инновационную политику государства. Вместе с тем считаем, что должна быть проведена фундаментальная перестройка природопользования и механизмов реализации природоохранных мероприятий на регулируемых рыночных принципах. Все это необходимо, по нашему мнению, рассматривать как первоочередные задачи на пути перехода к модели устойчивого развития и преодоления ресурсоэкологического кризиса и оздоровления окружающей природной среды.

Успешность реализации этих задач как на национальном, так и на региональном уровнях определяется в основном тремя группами факторов:

– первая группа связана с уровнем развития экономического и научно-технического потенциалов. Сегодня большинство предприятий (и реги-

онов), даже при желании решить экологические проблемы, в основном испытывают острую нехватку финансовых ресурсов не только для внедрения принципиально новых экологически безопасных методов производства, но и для строительства и реконструкции очистных сооружений, применения прогрессивных способов и методов очистки отходов производства;

– вторая группа включает показатели производства и качества отечественного экологического оборудования, экологически безопасных технических методов и технологий. Именно поэтому некоторые предприятия и отрасли не могут использовать даже те незначительные средства, которые выделяются на охрану природы и совершенствование природопользования, на улучшение воспроизводства природных ресурсов, введение экологически безопасных, ресурсо- и энергосберегающих технологий.

– третья группа характеризует объемы затрат на экологию, оздоровление природы и перевод экономики на модель устойчивого развития – это применение принципиально нового макроэкономического механизма регулирования социально-экономических процессов в государстве для решения ресурсоэкологических проблем, а также новых подходов и методов оценки экономической эффективности затрат на эти мероприятия. Никакие экономические выгоды нельзя признать целесообразными, если растут показатели заболеваемости, инвалидности и смертности населения, ухудшается его физическое и психическое здоровье.

Наконец, еще одна чрезвычайно важная проблема – разработка принципиально новой ресурсоэкологической стратегии социально-экономического развития государства в целом, конкретного региона и области, определение национальных, региональных и местных приоритетов при переводе экономики на модель устойчивого функционирования. Считаем, что разработка стратегии долгосрочных программ социально-экономического развития в условиях перехода Украины к устойчивому развитию для обеспечения высокого качества жизни нынешнего и будущих поколений должна основываться на следующих принципах:

– независимо от формы собственности природные ресурсы должны использоваться с учетом интересов нынешнего и будущих поколений; дальнейшее экстенсивное использование природных ресурсов и ухудшение состояния окружающей среды недопустимы;

– развитие рыночных отношений должно происходить с учетом рационального природопользования; любая хозяйственная деятельность должна оцениваться с точки зрения нанесенного ущерба окружающей среде и природным ресурсам; природные ресурсы Украины принадлежат всему украинскому народу;

– развитие наукоемких природосберегающих высокотехнологичных производств;

– создание правовых условий, что позволило бы гражданам участвовать в принятии и реализации экологически значимых решений, в том числе путем проведения опросов, об-

щественных слушаний, экспертиз и референдумов; реабилитация территорий и акваторий, которые ранее подверглись значительной техногенной нагрузке;

– совершенствование образования по вопросам безопасности деятельности человека на производстве, в транспорте и быту; обязательное привлечение к экспертизе проектов на объектах повышенной опасности.

Как видим, главной задачей реформ в Украине является замена существующей модели экономического роста «любой ценой» социально ориентированной экономической моделью устойчивого развития, в которой приоритетными являются благосостояние, то есть качество жизни человека, и благополучие природы.

Главными направлениями перехода к устойчивой экономике, по нашему мнению, должны стать:

– изменение структуры национальной экономики в соответствии с природно-ресурсным потенциалом и особенностями его регионального распределения;

– соблюдение научно обоснованных предельных параметров развития социально-экономической сферы, превышение которых может привести к необратимым изменениям в условиях нестабильной окружающей среды;

– внедрение наукоемких и высоких ресурсосберегающих технологий.

Исходя из вышеизложенного, реализация принципов устойчивого развития должна осуществляться на основе следующих этапов:

– решение острых экологических и социально-экономических проблем

на основе приостановления процессов и тенденций деградации в современном обществе и природе, системного оздоровления окружающей среды и природных ресурсов, преодоления бедности, обеспечения условий для внутреннего рынка;

– осуществление системных преобразований в экономике, экологизация общественно-экономических отношений, технологическое обновление производства с качеством жизни людей на уровне развитых европейских стран.

Реформа экологизации экономики должна осуществляться путем внедрения принципа «загрязнитель платит полную цену», чтобы загрязнение или хищническое отношение к природным ресурсам стало невыгодным. Для реализации такой мощной реформы, которая затрагивает интересы многих сторон, Украине жизненно необходимо перейти к стадии реализации экологической политики, когда экологические проблемы станут общими для всех граждан. Акцент должен быть перенесен с ликвидации последствий вредного воздействия на предотвращение этого воздействия.

Официальное присоединение Украины к Рамочной конвенции ООН, подписание ряда международных соглашений обязывают проводить политику устойчивого развития. К тому же для Украины важно не допустить принципиальных ошибок, ведь нельзя отдать предпочтение успешному экономическому развитию без учета в единой целостной модели экологической и социальной сфер. Украина может воспользоваться лучшими из

мировых достижений. А это – опыт гармоничного устойчивого развития общества, в котором благосостояние людей, окружающая среда, природные ресурсы, капитал человека, воплощенный в достижениях науки, образования, передовых технологиях, высоких моральных ценностях, являющихся категориями неразделимыми, взаимно дополняющими и обогащающими друг друга.

В 1997 г. была создана Национальная комиссия по устойчивому развитию при Кабинете Министров Украины под председательством первого вице-премьер-министра. Однако постановлением Кабинета Министров Украины от 4 сентября 2003 г. № 1414 «О ликвидации Национальной комиссии по устойчивому развитию Украины при Кабинете Министров Украины» ее деятельность была прекращена. В мае 2003 г. был создан Национальный совет по устойчивому развитию Украины как консультативно-совещательный орган при Президенте Украины. Кроме того, в аппарате СНБО Украины функционирует Управление стратегических разработок (Указ Президента Украины от 14 октября 2005 г. «Вопросы аппарата СНБО Украины»). Но эти органы не наделены реальными полномочиями в сфере разработки и реализации стратегии устойчивого развития, а поэтому сегодня, по нашему мнению, существует необходимость создания специального органа, уполномоченного осуществлять специальную государственную политику в этой сфере. Вместе с тем следует отметить, что, начиная с 1992 г. (с конференции

в Рио-де-Жанейро), вопросы устойчивого развития в определенной степени являются предметом осмысления, научного исследования и обсуждения ученых, политиков и общественности. Но вся эта работа, по нашему мнению, имеет неупорядоченный характер. Причин возникновения такой ситуации много. К важнейшим, считаем, можно отнести:

- непонимание государственной властью современных тенденций мирового развития;

- недостаточный уровень информированности всех слоев общества о характере существующих проблем, оторванность от существующего мирового опыта;

- непонимание сути самой концепции устойчивого развития и отождествление ее с защитой окружающей среды как таковой;

- незнание документов, принятых в этой сфере;

- отсутствие или неэффективность национальных институтов, которые занимались бы проблемой комплексного внедрения принципов устойчивого развития и т. п.

Как известно, с целью выполнения договоренностей в рамках итоговых документов, принятых на Всемирном саммите по устойчивому развитию (Йоханнесбург, 2002), Кабинет Министров Украины принял постановление «Об утверждении Комплексной программы реализации на национальном уровне решений, принятых на Всемирном саммите по устойчивому развитию на 2003–2015 годы» от 26 апреля 2003 г. Основными задачами Программы являются ликвидация

бедности, внедрение моделей устойчивого производства и потребления, направленных на обеспечение жизнедеятельности человечества, охрану и рациональное использование природных ресурсов, оптимизацию ресурсной базы экономического и социального развития. Этим постановлением Кабинет Министров Украины определил, что выполнение задач Программы будет важной составляющей стратегического планирования перехода Украины к устойчивому развитию и интеграции ее в европейское и мировое сообщество. Реализация решений, принятых на Всемирном саммите по устойчивому развитию на 2003–2015 гг., является одним из приоритетных направлений деятельности центральных и местных органов исполнительной власти. Министерству экономики и по вопросам европейской интеграции, Министерству финансов поручено при формировании показателей проектов Государственной программы экономического и социального развития Украины и Государственного бюджета Украины на протяжении 2004–2015 гг. предусматривать, учитывая возможности бюджета, средства на осуществление мероприятий, определенных Программой. Ответственные исполнители Программы должны подавать ежегодно до 15 февраля Минприроды информацию о состоянии дел, а Минприроды совместно с Национальной академией наук ежегодно до 1 марта докладывать Кабинету Министров Украины о ходе выполнения Программы. Но такая комплексная программа имплементации на национальном

уровне решений, принятых на Всемирном саммите по устойчивому развитию в Йоханнесбурге, утвержденная Кабинетом Министров Украины в 2003 г., также стала лишь очередной декларацией, которая не нашла своей реализации.

21 декабря 2010 г. принят Закон Украины «Об основных положениях стратегии государственной экологической политики Украины на период до 2020 года». Согласно указанному Закону национальная экологическая политика должна быть направлена на достижение стратегических целей, среди которых выделены следующие:

1. Повышение уровня общественного экологического сознания.
2. Улучшение экологической ситуации и повышения экологической безопасности.
3. Достижение безопасного для здоровья человека состояния окружающей природной среды.
4. Интеграция экологической политики и усовершенствование системы интегрированного экологического управления.
5. Предотвращение потерь биологического и ландшафтного разнообразия и формирования экологической сети.
6. Обеспечение экологически сбалансированного природопользования.
7. Усовершенствование региональной экологической политики.

Однако анализ указанного Закона свидетельствует о том, что в нем не учтены вопросы привлечения к планированию и реализации экологической политики министерств и ведомств, которые должны заниматься

охраной окружающей среды, частный сектор, промышленные и сельскохозяйственные производители, ученые, общественные организации, органы местного самоуправления.

Кроме того, в указанном документе немало и других недостатков, содержатся противоречия с положениями действующих законодательных и правовых актов Украины, международных договоров.

В частности, желательно было бы предусмотреть вопросы, касающиеся:

- создания сети региональных эколого-просветительских центров на базе общеобразовательных школ, природоохранных учреждений, государственных предприятий лесного хозяйства, неправительственных природоохранных организаций и т. п.;
- перехода к бассейновому управлению водными ресурсами, разработки экологических паспортов рек;
- разработки и внедрения системы управления агроландшафтами лесомелиоративными методами на принципах устойчивого развития;
- уменьшения объема выноса радионуклидов за пределы зоны отчуждения и зоны безусловного (обязательного) отселения путем создания и функционирования научно обоснованной системы, объединяющей естественные восстановительные процессы с мелиоративными, лесоохранными и техническими мероприятиями, которые повышают барьерные функции природно-техногенного комплекса зоны;
- обеспечения укрепления берегов водных объектов в черте населенных пунктов с целью защиты от чрезвычайных ситуаций;

– развития инфраструктуры для обеспечения не менее 35 % объема заготовки, утилизации и использования отходов в качестве вторичного сырья;

– разработки нормативно-законодательной базы для создания и функционирования международных биосферных резерватов, возвращения к практике создания природных заповедников как природоохранных учреждений общегосударственного значения, направленных на сохранение в естественном состоянии типичных или уникальных для соответствующей ландшафтной зоны природных комплексов;

– создания экологически и экономически обоснованной системы платежей за специальное использование природных ресурсов и сбора за загрязнение окружающей среды с учетом механизма стимулирования субъектов хозяйствования к рациональному природопользованию, увеличения платы за сброс или размещение еди-

ницы массы загрязняющих веществ до европейского уровня с учетом токсичности.

К сожалению, и опыт многих других государств, которые приняли соответствующие стратегии, в том числе государств Центральной и Восточной Европы – новых членов ЕС, говорит о том, что большинство таких стратегий существуют лишь на бумаге и сталкиваются с серьезными проблемами их долгосрочной практической реализации. Украине трудно адаптировать традиционный для Евросоюза путь – от приоритетов охраны окружающей среды до обеспечения устойчивого развития, поскольку приоритеты стремительного экономического роста давят на Украину сильнее, чем в свое время на страны Евросоюза. Однако разумной, рациональной альтернативы этому пути, по нашему мнению, нет.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 2. – С. 2–10.

А. Гетьман, академик НАПрН Украины, проректор по научной работе Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Методологические принципы становления правовых основ охраны окружающей среды

Охрана окружающей среды признается одним из стратегических направлений государственной политики Украины. Ее правовые основы нашли свое непосредственное отражение в ст. 16 Конституции Украины, где в качестве обязанности государства предусмотрено обеспечение экологической безопасности и поддержание экологического равновесия на территории Украины, преодоление последствий Чернобыльской катастрофы, которая имеет планетарный масштаб, и сохранение генофонда Украинского народа.

К основным приоритетам охраны окружающей среды относятся: гарантирование экологической безопасности ядерных объектов и радиационной защиты населения и окружающей среды; улучшение экологического состояния бассейнов рек Украины и качества питьевой воды; стабилизация и улучшение экологической обстанов-

ки в городах и промышленных центрах; строительство новых и реконструкция действующих мощностей коммунальных очистных канализационных сооружений; предотвращение загрязнения Черного и Азовского морей и улучшение их экологического состояния; формирование сбалансированной системы природопользования и адекватная структурная перестройка производственного потенциала экономики, экологизация технологий в промышленности, энергетике, строительстве, сельском хозяйстве, на транспорте, сохранение биологического и ландшафтного разнообразия, заповедное дело.

Методологической основой решения возникающих перед государством проблем охраны окружающей среды являются научно-теоретические и правовые разработки, которые осуществлялись учеными-юристами в прошлом и нынешнем веках. В юриди-

ческой литературе общепризнанной является точка зрения, согласно которой методологию науки целесообразно рассматривать как исследование общих принципов, путей, закономерностей научного познания, его принципов и методов, которые осуществляются на разных уровнях (философском, общенаучном, конкретных наук, методики и техники) и направлены на разработку положений, позволяющих выбирать средства и строить процедуры эффективного решения проблем и задач, возникающих в процессе научно-исследовательской деятельности¹. Именно этим обусловлена необходимость изучения вопросов развития правовых основ охраны окружающей среды.

Возрождение и развитие научных идей относительно проблем охраны окружающей среды связаны с принятием в 60-х гг. XX в. комплексных законов об охране природы в союзных республиках. Название этих законов обусловило то, что в научной, образовательной и публицистической литературе широко применяемым и распространенным стало словосочетание «правовая охрана природы».

Закон «Об охране природы УССР» был принят 30 июня 1960 г. Согласно ст. 1 этого Закона охрана природы заключается в сохранении, рациональном использовании, расширенном воспроизводстве и развитии всех ее богатств. Государственной охране и регулированию использования на территории УССР подлежали: зем-

ля, недра, водные ресурсы, леса, полезачитные и водоохранные лесополосы, зеленые насаждения, типовые ландшафты, курортные местности, редкие и достопримечательные природные объекты, государственные заповедники и заказники, животный мир, атмосферный воздух и другие природные богатства, как находящиеся в хозяйственном обороте, так и те, которые не эксплуатируются.

В это время появляется ряд научных и учебно-методических работ, посвященных проблемам охраны природы. В частности, в 1961 г. была опубликована книга О. Колбасова «Охрана природы по советскому законодательству», имевшая целью проанализировать принятые законы об охране природы. Автор сформулировал понятия «охрана природы» и «правовое обеспечение охраны природы». По его мнению, охрана природы — это совокупность мер, направленных на организацию рационального использования природы, на защиту, воспроизводство и приумножение ее богатств. Правовое обеспечение охраны природы рассматривалось как законодательное определение оснований и условий пользования природными благами с учетом их сохранения и восстановления, а также установление юридической ответственности за нарушение правопорядка, предусмотренного в целях охраны природы².

Среди учебно-методической литературы появляются учебные пособия, посвященные проблемам пра-

¹ Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки / Н. Н. Тарасов. — Екатеринбург, 2001. — С. 129.

² Колбасов О. С. Охрана природы по советскому законодательству / О. С. Колбасов. — М., 1961. — С. 18.

вовою охраны природы, которые имели целью устранение пробелов, связанных с изложением в юридических вузах государства спецкурса по указанным вопросам¹. Авторы пособий считали, что студенты высших юридических учебных заведений должны владеть законодательством об охране окружающей среды и практикой его применения. Вопрос об учебном курсе по проблемам охраны природы для студентов соответствующих вузов не являлся необходимым. По мнению ученых, указанный курс из методических соображений может быть объединен с учебным курсом земельного права. Не исключалась возможность преобразования учебного курса «Земельное право» в курс «Земельное право и правовая охрана природы».

Такое положение дел с преподаванием учебной дисциплины по проблемам охраны природы стало существенным основанием для развития науки в кардинально новом, до сих пор неисследованном направлении — изучения закономерностей и особенностей комплексного развития правового регулирования использования и охраны природы как единого организма. Впервые в юридической литературе провозглашается тезис о том, что все объекты природы взаимосвязаны и влияют друг на друга. Взаимосвязь и взаимообусловленность, существующие между объек-

тами природы, порождают необходимость проведения комплексной охраны как живой, так и неживой природы во всем ее многообразии².

В анализируемых работах приводится научное понятие «правовая охрана природы» — как установленная законом система мер, направленных на организацию охраны природы, рациональное использование, воспроизводство и приумножение ее ресурсов³.

В научный оборот впервые вводится термин «природоохранительное законодательство», которое на долгие годы станет доминирующим в дискуссиях относительно существования комплексной отрасли права и законодательства с соответствующим названием⁴. Анализируя вопрос возникновения законодательства об охране природы, авторы констатировали, что долгое время правовые нормы об охране природы по общему правилу охватывались земельным, водным, лесным и горным законодательством. Сейчас это, по их мнению, нецелесообразно. Эти нормы следует выделить из указанных отраслей законодательства и на их основе создать специальные законодательные акты, направленные на комплексную охрану природы и ее особо ценных объектов⁵.

¹ Казанцев Н. Д. Правовая охрана природы в СССР : учеб. пособие / Н. Д. Казанцев, Е. Н. Колотинская. — М., 1962; Колотинская Е. Н. Правовая охрана природы в СССР : учеб. пособие / Е. Н. Колотинская / под ред. Н. Д. Казанцева. — М., 1962.

² Колотинская Е. Н. Правовая охрана природы в СССР : учеб. пособие / Е. Н. Колотинская / под ред. Н. Д. Казанцева. — М., 1962. — С. 5.

³ Казанцев Н. Д. Правовая охрана природы в СССР : учеб. пособие / Н. Д. Казанцев, Е. Н. Колотинская. — М., 1962. — С. 16.

⁴ Там же. — С. 18.

⁵ Там же.

Вопросы охраны природы, обоснование научных принципов интеграции, систематизации и кодификации законодательства об охране окружающей среды получили свое воплощение в некоторых научных статьях, изданных в 60-х гг. XX в. В частности, Н. Казанцев делает вывод о том, что произошла значительная дифференциация законодательных актов в сфере регулирования правоотношений по использованию природных ресурсов. Наряду с земельным законодательством достаточно четко выделилось водное и лесное законодательство, а также законодательство о недрах. Самостоятельное значение приобретает природоохранительное законодательство. Но наряду с уже существующей дифференциацией необходима его интеграция. Впервые в юридической литературе предлагается объединить нормы права, являющиеся общими для регулирования использования и охраны всех природных ресурсов. Формой такого объединения должен стать Закон об использовании природных ресурсов и их охране¹. Кроме того, Н. Казанцев считал, что природоохранительное законодательство союзных республик может быть сконцентрировано в особых Кодексах охраны природы. Земельное, водное и лесное законодательство и законодательство о недрах не будут охватывать

¹ Казанцев Н. Д. О научных основах дифференциации и интеграции законодательства, регулирующего использование и охрану природных ресурсов / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия X. Право. — 1965. — № 2. — С. 4.

все объекты природы, которые необходимо охранять, поскольку за их пределами остаются, например, охрана атмосферного воздуха и некоторые другие объекты природы. Поэтому желательно обеспечить разработку и принятие Кодексов охраны природы в каждой союзной республике². Это предложение стало первоисточником в будущей дискуссии о разработке и принятии Экологических кодексов в постсоветских государствах.

Научные исследования проблем охраны природы стали существенной опорой для продолжения изучения этой проблематики учеными-правоведами в отдельных союзных республиках. Среди научных работ по вопросам охраны природы, появившихся в это время, необходимо выделить работы Н. Титовой³, В. Мунтяна⁴, Х. Шварца и Ю. Тютюкина⁵, Н. Ломсадзе⁶, С. Константиныди⁷. Приведенное в соответствующих научных работах понятие правовой охраны природы имело практически тождественное

² Казанцев Н. Д. К вопросу о структуре кодекса охраны природы союзной республики / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия XII. Право. — 1966. — № 1. — С. 82.

³ Тітова Н. І. Охорона природи Української РСР / Н. І. Тітова. — Л., 1965.

⁴ Мунтян В. Л. Правова охорона природи Української РСР / В. Л. Мунтян. — К., 1966.

⁵ Шварц Х. И. Правовая охрана природы Молдавии / Х. И. Шварц, Ю. И. Тютюкин. — Кишинев, 1964.

⁶ Ломсадзе Н. С. Правовое регулирование охраны природы в Грузинской ССР / Н. С. Ломсадзе. — Тбилиси, 1964.

⁷ Константиныди С. С. Правовая охрана природы в Казахской ССР / С. С. Константиныди. — Алма-Ата, 1971.

содержание и определяло последнюю как установление правового режима отдельных видов природных объектов и комплексов, охватывающее их хозяйственное использование и направленное на сохранение этих объектов и комплексов в их естественном состоянии. Но чрезвычайно важной и определяющей для дальнейшего развития правовых проблем охраны природы в этих исследованиях стала фундаментальная идея формирования новой отрасли права — природоохранительного (а в будущем — экологического права, права окружающей среды) и его кодификации в форме основ, законов или кодексов с соответствующим названием.

Анализируя вопросы правовой охраны природы, В. Григорьев приходит к выводу, что кодификация законодательства о земле, ее недрах, водах и лесах создает условия для формирования перечня принципиальных положений не только об охране этих объектов, но и охране природы в широком смысле, в том числе охране заповедников, курортных местностей, объектов животного и растительного (нелесной растительности) мира, памятников природы. Общие принципы охраны природы должны быть урегулированы в общесоюзном Законе об охране природы¹.

Исследуя вопросы природоохранительного законодательства, Г. Полянская отмечала, что принятие законов об охране природы в союзных республиках (1957–1963 гг.) стало предпосылкой для формирования но-

вой правовой формы советского законодательства, направленного на охрану природы. Бесспорной, по ее мнению, является необходимость сохранения и развития специализированного законодательства о земле, лесах, водах и недрах, которое должно быть кодифицировано на уровне Союза ССР и союзных республик. Что касается природоохранительного законодательства, формой его кодификации, как считала Г. Полянская, должны стать разработка и принятие Закона об охране природы СССР².

Термин «природоохранительное законодательство» был воспринят и другими учеными-правоведами, занимавшимися соответствующей проблематикой. В частности, исследуя вопросы развития законодательства об охране окружающей среды, О. Колбасов отмечал, что действующее природоохранительное законодательство имеет целью усовершенствование использования земель, лесных ресурсов, их сохранения и восстановления, рационального использования и охраны вод³. Им была поддержана идея Г. Полянской о принятии Закона об охране природы СССР, разработку проекта которого, по мнению ученого, необходимо осуществлять вместе с проведением работ по кодификации

² Полянская Г. Н. Законы об охране природы — новая форма природоохранительного законодательства / Г. Н. Полянская // Правовые вопросы охраны природы в СССР : сб. ст. / отв. ред. Г. Н. Полянская. — М., 1963. — С. 54.

³ Колбасов О. С. Правовая охрана природы в СССР / О. С. Колбасов // Сов. государство и право. — 1967. — № 9. — С. 41.

¹ Григорьев В. К. Правовая охрана природы в СССР / В. К. Григорьев // Сов. государство и право. — 1960. — № 3. — С. 83–84.

земельного, водного, недрового и лесного законодательства¹.

На научной конференции по вопросам охраны природы, состоявшейся в июне 1969 г. в Институте государства и права АН СССР, среди прочих обсуждался также вопрос охраны природы как предмета специальных правовых научных исследований. По мнению О. Колбасова, состояние научных исследований в этой сфере неудовлетворительное. С целью дальнейшего повышения роли правовой науки он порекомендовал сосредоточить внимание на проблемах общей теории правовой охраны природы, соотношении хозяйственно-экономических и правовых аспектов охраны природы, совершенствовании природоохранного законодательства. По мнению Г. Аксененко, принимавшего участие в этой конференции, совершенствование законодательства об охране природы должно осуществляться в двух правовых формах: принятие Основ законодательства СССР и союзных республик об охране природы; принятие Кодексов союзных республик об охране природы².

Несколько иную точку зрения относительно формирования указанной отрасли права и формы ее кодификации предложил Н. Казанцев, поддерживавший общепризнанную идею о существовании природоохра-

нительного права. По его мнению, происходит процесс дифференциации отношений, связанных с использованием различных объектов природы, а соответственно, и дифференциации законодательства, что обусловлено необходимостью самостоятельного правового регулирования земельных, лесных, водных и недровых отношений. Вместе с тем указанный процесс обуславливает возможность их интеграции, т. е. возникает необходимость в конструировании новой интегрированной отрасли права — природоресурсного права, регулирующего разветвленную сферу общественных отношений по распоряжению, использованию и охране природных ресурсов с целью создания материально-технической базы, удовлетворения потребностей народного хозяйства, науки, культуры, здравоохранения и рекреации³. В своих последующих научных работах Н. Казанцев отождествил понятие «природоресурсное право» и «право на природные ресурсы»⁴. Что касается кодификации природоохранительного законодательства, то, по его мнению, ее формой должны стать Основы природо-

¹ Колбасов О. С. Правовая охрана природы в СССР / О. С. Колбасов // Сов. государство и право. — 1967. — № 9. — С. 47.

² Веденин Н. Н. Охрана природы в СССР / Н. Н. Веденин // Сов. государство и право. — 1960. — № 10. — С. 152.

³ Казанцев Н. Д. Природоресурсное право и его пределы как интегрированной отрасли права / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия Х. Право. — 1967. — № 6; Казанцев Н. Д. Из истории науки советского земельного и природоохранительного права / Н. Д. Казанцев // Изв. ВУЗов. Правоведение. — 1968. — № 1. — С. 81–82.

⁴ Казанцев Н. Д. О преподавании в высших юридических учебных заведениях курса «Советское земельное право и правовая охрана природы» / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия Х. Право. — 1971. — № 4. — С. 35.

охранительного законодательства СССР и Природоохранные кодексы союзных республик¹.

Во Всесоюзном научно-исследовательском институте советского законодательства было проведено расширенное заседание Совета по координации работы научно-исследовательских учреждений (26 и 27 января 1971 г.), посвященное обсуждению научных исследований в сфере законодательства об охране природы.

Среди озвученных на заседании Совета предложений необходимо выделить: идею кодификации законодательства об охране природы, разработку и принятие Закона об охране природы СССР (Г. Полянская)²; дополнение Конституции СССР статьей об охране природы и разработку Основ законодательства об охране природы СССР и соответствующих Основ или Кодексов союзных республик (А. Файнштейн)³, создание правовой базы для дальнейшего развития республиканского природоохранительного законодательства и принятия Основ законодательства СССР и союзных республик об охра-

не природы (В. Погорилко, Ю. Шемшученко)⁴, разработку нового природоохранительного законодательства и принятие Основ об охране природы СССР и союзных республик (Е. Кутин)⁵; возникновение науки природоохранительного права, а также изменение названия Земельного кодекса на Кодекс о земле (Н. Титова)⁶.

Очередной шаг на пути развития правовых основ охраны окружающей среды связан с проводимой на территории бывшего СССР и союзных республик кодификацией земельного, водного, лесного, недрового (горного) (1968–1977 гг.), а также фаунистического и атмосферо-воздушного законодательства (1980 г.). Именно с этой кодификацией ученые связывают не только чрезвычайно мощный рост научно-методологических и теоретических исследований разнообразнейших проблем правового регулирования охраны, использования и воспроизводства отдельных природных ресурсов и окружающей среды, но и появление неизвестных до сих пор направлений теоретического поиска, доктринального толкования принятых законодательных актов, что выводило научную составляющую методологии правовых основ охраны окружающей среды на

¹ Казанцев Н. Д. О некоторых вопросах кодификации природоохранительного законодательства / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия Х. Право. — 1971. — № 6. — С. 15; Казанцев Н. Д. О состоянии и задачах научно-исследовательской работы в области природоохранительного законодательства / Н. Д. Казанцев // Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 124.

² Полянская Г. Н. Закон об охране природы в СССР / Г. Н. Полянская // Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 129–138.

³ Файнштейн А. А. Природоохранительное законодательство зарубежных стран / А. А. Файнштейн // Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 139–148.

⁴ Погорилко В. Ф. Соотношение общесоюзного и республиканского законодательства в области охраны природы / В. Ф. Погорилко, Ю. С. Шемшученко // Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 155–159.

⁵ Кутин Е. М. Совершенствование законодательства по охране природы / Е. М. Кутин // Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 162–164.

⁶ Учен. зап. ВНИИСЗ. — М., 1972. — Вып. 26. — С. 175–177.

ее принципиально новый, качественно содержательный уровень. В это время появляется ряд научных статей и монографических исследований, посвященных этой проблематике¹.

Главным лейтмотивом указанных научных исследований становится вывод о появлении и применении новой формы охраны природы — организации рационального использования», природных ресурсов, направленной на разумное сочетание эксплуатации природного сырья с охраной окружающей среды в условиях существования измененных человеком модифицированных экологических систем². Получила свое дальнейшее обоснование идея о необходимости принятия Закона СССР об охране окружающей природной среды. По мнению его автора В. Петрова, обнародовавшего в юридической литературе соответствующий законопроект, это комплексный правовой акт, поскольку объектом его охраны является окружающая среда в целом,

¹ Правовая охрана природы в СССР / под общ. ред. О. С. Колбасова. — Минск, 1975; Научно-технический прогресс и правовая охрана природы / под ред. В. В. Петрова. — М., 1978; Шемшученко Ю. С. Организационно-правовые вопросы охраны окружающей среды в СССР / Ю. С. Шемшученко. — Киев, 1976; Колбасов О. С. Экология: политика — право / О. С. Колбасов. — М., 1976; Малейн Н. С. Правовая охрана природы и здоровья населения / Н. С. Малейн // Сов. государство и право. — 1972. — № 6; Кравченко Ю. Б. Охрана окружающей среды как функция Советского государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Б. Кравченко. — Л., 1978; Петров В. В. Экология и право / В. В. Петров. — М., 1981.

² Правовая охрана природы / под ред. В. В. Петрова. — М., 1980. — С. 6.

а не отдельные компоненты природы. Он регулирует три основные составляющие экологической деятельности: охрану природы, рациональное использование природных ресурсов и их восстановление, защиту и оздоровление окружающей человека среды.

Проект Закона предусматривал закрепление основополагающего принципа национальной политики государства в области охраны окружающей среды — приоритет экологических интересов общества над экономическими интересами в их разумном сочетании, при котором удовлетворяются интересы развития народного хозяйства, материальные потребности граждан и обеспечиваются гарантии их прав на здоровую и благоприятную для жизни окружающую природную среду. В центре этого законопроекта, по мнению его создателя, должен быть человек, охрана его здоровья и благополучия. На решение этой гуманистической задачи направлено все содержание проекта. Особенно выделяются положения о правах граждан на здоровую и благоприятную для жизни окружающую природную среду. Впервые в проекте раскрывается юридическая составляющая этого естественного права. Оно рассматривается сквозь призму трех взаимосвязанных элементов: как право на охрану здоровья от негативного воздействия окружающей среды; как право на благоприятную для жизни природную среду; как право на охрану окружающей среды от вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности. Законопроект устанавливал организа-

ционные, экономические и правовые средства воздействия на охрану окружающей среды¹.

После провозглашения Украиной своего суверенитета и независимости в государстве начинается новый этап законотворчества, в том числе относительно последующего совершенствования наработанных за предыдущие долгие годы правовых основ охраны окружающей среды. Впервые необходимость разрешения этой проблемы была предусмотрена в Декларации о государственном суверенитете Украины от 16 июля 1990 г., принятой Верховным Советом УССР. Декларация закрепила положение о том, что Украинское государство заботится об экологической безопасности граждан, о генофонде народа, его молодого поколения.

25 июня 1991 г. принимается Закон Украины «Об охране окружающей природной среды» (действует с изменениями и дополнениями). Согласно ст. 1 Закона задачей законодательства об охране окружающей природной среды является регулирование отношений в области охраны, использования и воспроизводства природных ресурсов, обеспечения экологической безопасности, предупреждения и ликвидации отрицательного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, сохранения природных ресурсов, генетического фонда живой природы, ландшафтов и других природных ком-

плексов, уникальных территорий и природных объектов, связанных с историко-культурным наследием.

Таким образом, Закон «Об охране окружающей природной среды» очертил круг общественных отношений, подпадающих под его действие, а именно: сохранение окружающей природной среды, предупреждение и устранение вредного воздействия хозяйственной деятельности на окружающую природную среду и здоровье человека; оздоровление и улучшение качества окружающей среды. Но приведенный перечень не является исчерпывающим и может трактоваться шире, ставя целью обеспечение устойчивого функционирования экологических систем, в которых все объекты окружающей природной среды находятся в неразрывной связи. Указанные задачи должны решаться в соответствии с современными реалиями и состоянием общественных отношений в области охраны окружающей среды². Одним из важных направлений охраны окружающей среды, возникшим перед украинским государством и требующим своего решения, является кодификация законодательства об окружающей среде. Как удачно заметил В. Попов, кодификация экологического законодательства идет по пути чрезмерной дифференциации нормативных актов на уровне законов и подзаконных нормативных актов в сфере экологии. Обновление экологического законода-

¹ Петров В. В. Проект Закона СССР об охране окружающей природной среды / В. В. Петров // Вестн. МГУ. Серия 11. Право. – 1990. – № 1. – С. 3–36.

² Науково-практичний коментар Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» / за заг. ред. О. М. Шуміла. — Х., 2006. — С. 17.

тельства происходит с применением тех средств, которые использовались в 60-х гг. XX в., то есть дифференцированно по каждому из природных ресурсов или для регулирования отдельных специальных вопросов¹.

Сейчас экологическое законодательство Украины — разветвленная система нормативных актов различной юридической силы, что затрудняет их использование и приводит к многочисленным несогласованностям между ними или отдельных актов и их дублированию. Наличие нормативных предписаний во многих правовых актах создает значительные трудности для их практического использования². Таким образом, кодификация экологического законодательства в форме принятия комплексного законодательного акта является насущной проблемой, которую следует рассматривать в качестве приоритетных задач государственной политики.

В науке экологического права наработаны достаточно весомые теоретические разработки относительно формы, структуры и содержания кодифицированного акта в области регулирования экологических общественных отношений. Таким законодательным актом, по мнению

многих ученых, должен стать Экологический кодекс Украины³.

Между тем в сфере экологического законодательства существует многовекторная система кодифицированных законодательных актов в форме кодексов и законов. Предметом правового регулирования многих из них являются однородные группы экологических общественных отношений, объединенных сферой соответствующих природных ресурсов, — Земельный кодекс, Водный кодекс, Лесной кодекс, Кодекс о недрах, Законы «О растительном мире», «О животном мире», «Об охране атмосферного воздуха». Некоторые законодательные акты в области экологического права носят комплексный характер, в частности: Законы «Об охране окружающей природной среды», «О природно-заповедном фонде Украины», «Об экологической экспертизе», «Об экологической сети Украины», «О Красной книге Украины», «Об отходах», «О зоне чрезвычайной экологической ситуации» и др. Принятие к такому количеству законодательных актов Эко-

¹ Попов В. К. Наукові основи екологічного законодавства України / В. К. Попов // Вісн. Акад. прав. наук України. — 1995. — № 4. — С. 35–36.

² Гетьман А. П. До питання розробки проекту Екологічного кодексу України / А. П. Гетьман, С. В. Разметаев // Екол. вісн. — 2003. — № 4. — С. 20.

³ Попов В. Нові підходи до кодифікації екологічного законодавства України / В. Попов, М. Шульга, В. Шахов, С. Разметаев // Право України. — 1992. — № 3. — С. 17–20; Экологический кодекс Украины — мифы и реальность : материалы междунар. «круглого стола», Киев, 12–13 мая 2005 г. — Киев, 2005; Здоровко Л. М. Правові питання регіонального екологічного контролю в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. М. Здоровко. — Х., 2003; Анісімова Г. В. Екологічне законодавство України: проблеми кодифікації / Г. В. Анісімова // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2008. — Вип. 97. — С. 108–118.

логического кодекса как формы кодифицированного акта является нецелесообразным, поскольку он не сможет своим содержанием объединить существующие кодексы и законы. Кодификация экологического законодательства Украины на современном этапе возможна исключительно в форме Кодекса законов Украины об окружающей среде. При такой форме кодификации объединение законодательных актов не будет механическим, а приобретет содержательное наполнение принципиальными положениями существующих кодексов и законов

и позволит создать единую законодательную основу для дальнейшей правоприменительной деятельности. Таким образом, принятие Кодекса законов Украины об окружающей среде должно завершить кодификационный процесс в сфере регулирования экологических общественных отношений, создать законодательную базу, адаптированную к нормам и принципам права ЕС и международного права для надлежащего правового обеспечения охраны окружающей среды.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 2. – С. 11–19.

Развитие экологического права Украины: 20 лет спустя

Всю историю человечества можно рассматривать сквозь призму взаимоотношений человека с природой. А то, как эти отношения регулировались в тех или иных хронологических и территориальных рамках, с помощью разного рода общественных рычагов, демонстрирует их восприятие обществом, характер и место в системе ценностных ориентаций. Исторический контекст дает нам немало примеров отношений, которые условно вписываются в одну из четырех моделей: 1) гармония во взаимосвязях человека и природы: человек вышел из природы, является ее частью, биологическим видом, 2) природа рассматривается исключительно как средство удовлетворения жизненно важных интересов человека, 3) окружающая среда приобретает черты враждебности по отношению к человеку, испытывающему на себе обратное влияние ее негативных факторов, процессов и условий, 4) партнерство в отношениях между человеком и средой его обитания: человек берет от природы

столько, сколько необходимо для его экономического и социального развития, заботясь при этом, чтобы и в долгосрочной перспективе не была утрачена возможность удовлетворения подобных потребностей за счет соответствующих ресурсов и условий.

Первая из обозначенных здесь моделей была характерна для ранних этапов развития человеческой цивилизации, когда общественные отношения между людьми формировались почти в нетронутой природной среде, путем признания первичности и значимости природы, приспособления к ней человека и с учетом проистекающих в ней процессов. Вторая модель стала закономерным следствием общественного развития, когда осознание полезности природных свойств начало сочетаться с ложными представлениями о неисчерпаемости природы, ее ресурсов и чувством господствующего положения человека над ней. Только в связи с непомерным усилением потребительского отношения к природе, появлением признаков

«мести» с ее стороны, человечество было вынуждено начать поиск путей рационализации соответствующих связей, некоторого ограничения действия природно-антропогенных факторов окружающей среды. Это ознаменовало появление третьей модели отношений в системе «природа-человек»: человек все больше занимает оборонительную позицию, а окружающая среда (теперь это стало условным обозначением связей природно-техногенных элементов развития) наступает, нанося человеческому обществу удары, сначала локального, затем – регионального и, наконец, – глобального характера. Общественные регуляторы, в первую очередь право, вынуждены искать выход из положения, прибегая сперва к тактическим, а впоследствии и к стратегическим мерам. Движущей силой их формирования является осознание того, что природу нельзя больше раздражать, она является более мощным организмом, чем человеческая цивилизация со всеми ее технико-технологическими достижениями, что уже не единожды в истории нашей планеты было продемонстрировано. Альтернативы партнерским отношениям человека и природы сегодня нет. Поэтому на повестку дня была выдвинута четвертая модель отношений природы и общества. Ее нельзя рассматривать как возврат к первой, поскольку такая модель строится на совершенно иных базисных условиях. Речь идет уже не о «новом строительстве», а о «капитальном ремонте» в нашем общем доме.

Эти вводные заметки необходимы для того, чтобы осмыслить концептуальную модель современного

развития экологического права Украины, за плечами которого – 20-летнее развитие в структуре правовой системы нашего государства. В начале 90-х годов, став на путь независимого правотворчества, эта система была почти полностью ориентирована на третью, частично – на вторую модель. Острие регуляторного воздействия отрасли было сосредоточено на охране человека, условий его жизнедеятельности от вредного воздействия окружающей среды, то есть на обеспечении экологической безопасности, а также на регламентации использования природных ресурсов, их рационализации. В контекст этих целевых установок вписывалось и регулирование чисто природоохранных мероприятий. Так, например, создание и поддержание охранного режима территорий и объектов природно-заповедного фонда и других природных территорий особой охраны базировалось на количественных расчетах соотношения природных систем к антропогенно освоенным территориям, которые бы являлись оптимальными в первую очередь с точки зрения условий жизнедеятельности человеческого организма. Принятый в начале 90-х годов прошлого века Закон Украины «Об охране окружающей природной среды» от 25 июня 1991 г. стал не только основополагающим для формирования отрасли, но и рамочным законом, т. е. таким, который очертил пути для дальнейшего ее развития. На каркас соответствующей концептуальной модели в течение 20 лет «наносились» законодательные и другие нормативно-правовые акты, которые впо-

следствии сформировали систему комплексной отрасли экологического законодательства.

Конец первого десятилетия XXI в. для экологического права Украины закономерно должен был знаменовать постепенный переход от третьей к четвертой модели в регулировании отношений в системе «человек-природа». Тем более что предпосылки для этого, как идеологические, так и правовые, на тот момент уже были подготовлены. На международном политико-правовом уровне была достаточно детально проработана концепция устойчивого развития¹, признанная Всемирной конференцией ООН по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 1992) доминантной идеологией цивилизации XXI века².

В течение 90-х годов XX в. – первого десятилетия XXI в. эта теория получила воплощение в политических документах и правовых актах значительного количества западных государств. На уровне законодательной фразеологии и в Украине уже провозглашены все лозунги ориентации политико-правовой системы государства на принципы устойчивого развития. Закономерным было бы ожидать, что 20-летие накопления законодательного материала в сфере взаимоотношений человека и природы подошло к стадии переосмысления с точки зрения устойчивости этих отношений,

¹ См.: Наше общее будущее: доклад МКОСР. – М., 1989.

² Декларация по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 14 июня 1992 г.) // Действующее международное право. Т. 3. – М. : Моск. независимый ин-т междунар. права, 1997. – С. 687–692.

их соответствия провозглашенным ценностным ориентациям.

Пытаясь оценить под таким углом зрения действующую систему эколого-правового регулирования в Украине, к сожалению, приходится констатировать, что текущее развитие этой системы не направлено на создание механизмов воспроизводства, утверждения гармонии экономических, экологических и социальных интересов общества. Приоритеты общественного развития все больше смещаются в сторону поглощения экологических факторов экономическими. В эколого-экономических отношениях и в предыдущие годы было далеко до равновесия: экологические интересы общества выдвигались на повестку дня в основном перед угрозой экстремальных экологических воздействий, аварий или других чрезвычайных ситуаций с опасными экологическими последствиями. А провозглашенный еще в начале 90-х годов принцип целевого использования средств, поступающих от загрязнения окружающей природной среды, размещения отходов, использования природных ресурсов и других «природных» источников, с самого начала нарушался на всех уровнях, что в общественном сознании почти всегда находило едва ли не единодушную поддержку. Наполнение бюджетов любой ценой, нахождение «резервов» решения социальных и экономических проблем в «экологическом кармане» обществом и в настоящее время зачастую воспринимается положительно. Так, направление правительством Украины в Пенсионный фонд средств, по-

ступивших в Государственный бюджет Украины по Киотскому протоколу к Конвенции ООН об изменении климата, более 90 % населения встретили с одобрением, считая эту меру целесообразной, вызванной необходимостью первоочередного погашения пенсионных долгов, а природа как некоторая абстракция может, дескать, подождать.

Экологическое право перестало опираться в своем развитии на научную основу. Все большим становится разрыв между тем, что предлагает наука экологического права, и законотворческой практикой. Отсутствует концепция развития этой сложной отрасли права Украины, хотя бы на десятилетие вперед. В основу такой концепции закономерно должен быть положен стратегический документ об основах экологической политики государства. Ведь правовая система не может не быть ориентирована на реализацию государственной политики. На протяжении недолгой истории существования Украинского государства такие стратегические документы принимались дважды. Первым основополагающим актом, наметившим путь развития экологической политики государства, стали «Основные направления государственной политики Украины в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности», утвержденные постановлением Верховной Рады Украины 5 марта 1998 г.¹ Второй документ под названием «Основные прин-

ципы (стратегия) государственной экологической политики Украины на период до 2020 года» (далее – Стратегия) утвержден Законом Украины от 21 декабря 2010 г.² Не вдаваясь в детальный анализ всех аспектов Стратегии, обратим внимание лишь на его подраздел 4.8 «Законодательство в сфере охраны окружающей природной среды», который хоть и нельзя назвать концепцией развития отрасли, тем не менее выделяет определенные национальные приоритеты, на достижение которых должно быть нацелено современное экологическое законодательство Украины. В числе таковых документ называет соответствие этого законодательства Конституции Украины, приближение к директивам ЕС, обеспечение внедрения многосторонних экологических соглашений, стороной которых является Украина, приемлемость, реалистичность, экономическую эффективность и некоторые другие. К сожалению, наши попытки найти связь между этими современными ориентирами и положениями законопроектов, которые в тот самый период обсуждаются и принимаются Верховной Радой, не стали продуктивными.

Наоборот, приходится признать, что законотворческий процесс в экологической сфере развивается по собственным, не понятным науке законам. Это развитие не учитывает созданной в предыдущие годы системы экологического законодательства; зато все более ощутимыми становятся попытки перечеркнуть достижения прошлых периодов: разрушаются на-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 38–39. – Ст. 248.

² Голос України. – 2011. – 14 січ.

работанные в течение 20 лет нормативно-институциональные связи, глубинные взаимозависимости, как в недрах самого экологического законодательства, так и в его соотношениях с нормами других отраслей. В мероприятиях по законодательным преобразованиям в экологической сфере, как, кстати, и во многих других сферах, наиболее популярными стали слова «реформирование» и «оптимизация», за которыми редко можно увидеть признаки положительных системных сдвигов. Обычно средства осуществления провозглашенных мер не соответствуют поставленной цели, не осуществляются серьезные прогнозные исследования прямых и косвенных последствий тех или иных законодательных действий.

Возвращаясь к Стратегии, отметим, в частности, что среди основных принципов национальной экологической политики выделены анализ и прогнозирование экологических рисков, основанные на результатах стратегической экологической оценки, *государственной экологической экспертизы* (курсив мой. – Н. М.) и др. (разд. 2). А разделом 4 этого же документа экологическая экспертиза признана одним из основных инструментов реализации национальной экологической политики, важным приоритетом в природоохранной деятельности, требующим улучшения финансовой поддержки (п. 4.4). Практически синхронно во времени с принятием Стратегии, а именно 13 января 2011 г. Президентом Украины был подписан проект Закона Украины № 2943-VI «О регулировании градо-

строительной деятельности», целью которого среди прочего провозглашено совершенствование разрешительных и согласительных процедур в строительстве. Законом, однако, не только вводится новое регулирование градостроительных отношений, но и предлагаются изменения в целый ряд законодательных актов как строительного, так и санитарно-гигиенического, экологического, земельного, ядерного, финансового, инвестиционного законодательства, законодательства о местном самоуправлении, культурном и археологическом наследии и др. Изменения среди прочего предлагается внести в Законы Украины «Об охране окружающей природной среды» и «Об экологической экспертизе». При этом из числа объектов экологической экспертизы, в частности, изымается «предпроектная и проектная документация», хотя оценка экологической пригодности именно этих объектов является квинтэссенцией самого института экологической экспертизы, побудительным мотивом к его внедрению в начале 90-х гг. XX в. Рассматриваемый закон может служить образцом обратной зависимости политических установок и конкретных законодательных действий еще и потому, что Стратегия декларирует необходимость учета в процессе совершенствования экологического законодательства тех вопросов, которые вызывают особый общественный резонанс. В числе последних, в частности, названы оптимизация планирования застройки и развития зеленых зон. Провозглашается также необходимость содействия «организации

широких общественных обсуждений, в частности, относительно планов строительства» (курсив мой. – Н. М.). При этом рассматриваемый выше Закон ставит заслон не только общественному обсуждению и независимой экспертизе планов строительства. В графе 8 Пояснительной записки к соответствующему законопроекту содержится вывод об отсутствии необходимости даже в общественном обсуждении самого законопроекта, хотя он, несомненно, является одним из наиболее резонансных актов, поскольку затрагивает интересы практически каждого гражданина Украины.

Проблемы соотношения национального экологического законодательства и международного права окружающей среды, взаимосвязей и взаимозависимостей экологического законодательства с актами других отраслей, регулирующих отношения в системе «общество-природа», проблемы систематизации – все это сегодня отошло на задний план, попирается в законотворческом процессе. А механизма увязки правовых актов с основами соответствующей государственной политики, к сожалению, не существует.

Одновременно в экологической сфере наблюдаются необоснованный законотворческий бум, попытки принимать все новые нормативно-правовые акты вместо раскрытия потенциала действующих правовых норм, совершенствования механизмов правореализации, обеспечения неуклонного соблюдения тех норм, которые уже действуют. Такое явление произошло в науке определение «фетиши-

зации законов»¹. Примеры подмены правореализационных механизмов правотворческими многочисленны. Вот один из них.

Сегодня в Украине в целом сложилась надлежащая законодательная база, позволяющая адекватно регулировать отношения в сфере управления бытовыми отходами, в том числе – внедрять систему раздельного сбора таких отходов, их механизированной сортировки с изъятием ресурсоценных компонентов, переработку их на материалы и изделия.

Общественные отношения в соответствующей сфере сегодня регулируются Законами Украины «Об отходах», «Об охране окружающей природной среды», «Об обеспечении санитарного и эпидемического благополучия населения», «Об обращении с радиоактивными отходами», «О металлоломе», «О жилищно-коммунальных услугах», «Об изъятии из обращения, переработке, утилизации, уничтожении или дальнейшем использовании некачественной и опасной продукции», Постановлением Кабинета Министров Украины от 4 марта 2004 г. № 265 «Об утверждении Программы обращения с твердыми бытовыми отходами», решением Совета национальной безопасности и обороны от 15 января 2010 г. «О го-

¹ См.: Васильева М. И. Публичные интересы в экологическом праве / М. И. Васильева. – М., 2003; Боголюбов С. А. Экологический кодекс и систематизация законодательства / С. А. Боголюбов // Актуальные проблемы развития экологического права в XXI веке : тр. ин-та государства и права Рос. Акад. наук / С. А. Боголюбов. – 2007. – № 5. – С. 74.

сударственном регулировании в сфере обращения с отходами», введенным в действие Указом Президента Украины от 15 января 2010 г. № 31/2010, другими нормативно-правовыми актами. Созданию условий для раздельного сбора бытовых отходов путем внедрения социально-экономических механизмов, в частности, стимулирования субъектов образования этих отходов к их раздельному сбору, способствовали изменения, внесенные 21 января 2010 г. в Законы Украины «Об отходах», «О местном самоуправлении», Кодекс Украины об административных правонарушениях и некоторые другие нормативно-правовые акты. Предусмотрено осуществление организационно-технических мероприятий в процессе проектирования и строительства, в частности – обустройство контейнерных площадок для раздельного сбора и хранения бытовых отходов и целый ряд других конкретных мероприятий.

Одновременно, несмотря на наличие надлежащей законодательной базы в сфере обращения с твердыми бытовыми отходами, можно констатировать крайне неудовлетворительное состояние правореализации в этой сфере, несоблюдение соответствующего законодательства со стороны как владельцев отходов, так и органов исполнительной власти, отсутствие надлежащей координации работы центральных и местных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления. Не решается вопрос поиска дополнительных источников финансирования мероприятий по обращению с твердыми

бытовыми отходами. Понятно, что проблема повышения эффективности управления отходами потребления сегодня находится в плоскости не правотворчества, а правореализации, на что и должно быть направлено острие общественных действий. Однако по истечении года с момента этих законодательных мер все заинтересованные министерства и другие центральные органы исполнительной власти получили очередное поручение Правительства по разработке *законодательных* (курсив мой. – Н. М.) предложений по повышению эффективности действующей системы сбора отходов, в том числе по внедрению системы раздельного сбора твердых бытовых отходов. Можно прогнозировать, что очередное законодательство, которое может быть принято во исполнение соответствующего поручения, лишь усилит процесс фетишизации законов, вызвав новые коллизии и дублирование, что негативно повлияет на состояние правопорядка в указанной сфере.

Разрыв между провозглашенными политическими лозунгами и курсами – с одной стороны, и их практическим воплощением в законодательной и правоприменительной практике, – с другой становится возможным вследствие действия системы факторов. Среди них наиболее мощными сегодня являются идеологические (чрезмерная концентрация власти в руках одной политической силы, организационно-правовая возможность неучета в законодательном процессе всего спектра политических позиций гражданского общества и т. д.). Хаотичности законодательных изменений в экологической сфере спо-

собствует и само действующее экологическое законодательство, почти необъятное по объему, разнохарактерное по сфере правового регулирования, уровням утверждающих инстанций и наличием внутренних и внешних (межотраслевых) неувязок.

Можно констатировать также такой субъективный фактор, как недостаток у депутатского корпуса базовых знаний в области экологического права и основ юридической техники, чему способствует практическое отсутствие системы их профессиональной подготовки, хотя бы на том уровне, который существовал в 90-х гг. XX в.

Большие резервы повышения эффективности экологического законодательства можно было бы найти в практической деятельности специально уполномоченных органов, ведь именно они, ежедневно применяя это законодательство, наиболее чувствительны к восприятию его сильных и слабых сторон, а значит, могли бы профессионально повлиять на направления законотворчества. Однако частые кадровые изменения в профильном министерстве (за годы независимости сменилось 11 министров, при этом каждый новый министр практически полностью «перекраивал» структуру отрасли и состав высшего и среднего руководства) не позволяют обеспечить преемственность в применении норм права, делают невозможными анализ эффективности и научно обоснованное долгосрочное прогнозирование воздействия действующих эколого-правовых норм на общественные отношения. Все это привело к тому, что профессиональное влияние

профильного министерства на развитие экологического законодательства сегодня является крайне низким.

Полагаю, что по истечении 20 лет независимого экологического правотворчества в Украине есть все основания для того, чтобы прекратить «галопирующее законотворчество», может даже ввести определенный мораторий на законодательные изменения, сосредоточившись на проблемах систематизации действующего в этой области законодательства в рамках правовой системы Украины. Начинать процесс следует с проведения «инвентаризации» того нормативно-правового «хозяйства», которое уже существует. Одним из важных результатов такой работы должно стать наведение порядка в эколого-правовой терминологии, которая сегодня вызывает немало противоречивых суждений в науке и сложностей в правоприменении. Наиболее масштабной и кропотливой должна стать работа по отслеживанию механизма действия каждой нормы базовых экологических законов, с привлечением в сферу правового анализа норм не только материального, но и процессуального права (вплоть до ведомственного уровня), ведь норма, не обеспеченная в своем исполнении соответствующими механизмами, процедурами, теряет регулирующее воздействие на общественные отношения, превращаясь в декларацию. Такой анализ наверняка поможет найти значительное количество норм дублирующего, коллизийного характера, приведя их к общему знаменателю и существенно сократив их общее количество. Инвентаризационные рабо-

ты непременно обнаружат устаревшие нормы, не соответствующие современной экологической политике государства и принципам устойчивого развития; в результате будут сформулированы предложения по их отмене или замене новыми. Известно, что несмотря на объективные и субъективные условия, в которых принимались определенные экологически ориентированные нормативные акты, их регулирующие положения не всегда находятся на должном уровне, то есть их юридическая сила требует повышения, иногда до уровня законов. Такие нормы также должны быть выделены для дальнейших законодательных действий. В ходе подготовительных работ следует проанализировать и нормы всех международных договоров экологической направленности, участниками которых является Украина, на предмет их имплементации в отечественное законодательство.

После проведения такой широкомасштабной «инвентаризации» можно приступить к систематизации в соответствующей сфере, задачи проведения которой в Украине официально поставлены еще на рубеже XX–XXI веков. Такая систематизация могла бы принять форму кодификации, уже широко апробированную в мире. Известно, что на сегодняшний день экологические кодексы уже разработаны и действуют во Франции¹, Швеции²,

ФРГ³, Республике Башкортостан⁴, Республике Казахстан⁵ и некоторых других странах. Еще большее количество государств в настоящее время разрабатывают такие кодификационные акты.

Хотелось бы верить, что к осуществлению соответствующей работы будет привлечен широкий круг ведущих специалистов отрасли: ученые, практики природоохранных органов, экологическая общественность, бизнес и другие государственные и общественные силы, как это было в начале 90-х годов, в процессе разработки Закона Украины «Об охране окружающей природной среды», который и сегодня, несмотря на динамичность изменения общественных отношений, не утратил своего регулирующего воздействия. Продукт, который мог бы быть создан в результате такого сотрудничества, обеспечил бы столь необходимую сегодня стабильность в регулировании соответствующих отношений и стал бы цементирующим элементом системы экологического законодательства не только на ближайшую, но и на долгосрочную перспективу.

Опубликовано: Правова держава : щорічник наук. пр. – 2011. – Вип. 22. – С. 69–76.

³ См.: Дубовик О. Л. Экологическое право : учебник / О. Л. Дубовик. – М., 2006. – С. 100–103.

⁴ Экологический кодекс Республики Башкортостан : принят 28.10.1992 г. // Ведомости Верхов. Совета и Правительства Респ. Башкортостан. – 1993. – № 3. – Ст. 57.

⁵ Экологический кодекс Республики Казахстан : принят 9.01.2007 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.uchet.kz/kodeks/main.php?KODEKS_ID=6421.

¹ Code de l'environnement. 11-e edition. – 2008. – Dalloz. – 2858 p.

² См.: Окружающая среда: ясные цели определяют шведскую экологическую политику. – [Http://www.sweden.se/ru/Start/Work-live/Facts/Environment](http://www.sweden.se/ru/Start/Work-live/Facts/Environment).

В. Носик, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры земельного и аграрного права юридического факультета Киевского Национального университета имени Тараса Шевченко

Земельное право в системе частного и публичного права Украины: проблемы теории и практики

Для современной правовой доктрины и юридической практики актуальными являются проблемы соотношения и взаимодействия частного и публичного права в регулировании земельных отношений в соответствии с Конституцией Украины, Земельным, Гражданским, Хозяйственным кодексами Украины, другими законами, нормы которых должны обеспечивать регулирование земельных отношений на новых методологических и теоретических основах.

С постепенной ликвидацией монополии права государственной собственности на землю, введением частной и других форм собственности на землю в юридической науке не прекращаются дискуссии по поводу того, нормами какого права должны регулироваться отношения собственности на землю и другие природные ресурсы и как это будет влиять на развитие правовой системы с точки зрения ее структуры, содержания, принципов и методов правового регулирования в условиях адаптации украинского законодательства к законодательству Европейского Союза.

В доктрине гражданского права Украины, которая отображена в новом Гражданском кодексе Украины, утверждается, что регулирование всех отношений собственности, в т. ч. и на землю, должно обеспечиваться нормами гражданского законодательства¹. Рассматривая проблемы соотношения норм ГК Украины с другими законами, Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт и другие ученые-цивилисты считают, что ст. 9 ГК Украины необходимо толковать в совокупности со всеми другими нормами, которые вмещены в гл. 1 ГК Украины, поскольку гражданские правоотношения возникают во всех сферах: земельной, водной, горной, лесной и тому подобных, поэтому их регулирование должно осуществляться гражданско-правовыми нормами, которые могут быть размещены в актах земельного, лесного, другого природоресурсного или природоохранного законодательства и в

¹ См.: Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 17.

случае коллизий между нормами данных специальных законов и нормами ГК приоритет имеют нормы ГК¹.

Исходя из функций, которые выполняет земля в экономическом развитии общества, нельзя не согласиться с тем, что в сфере использования земли и других природных ресурсов, в экологической сфере могут возникать гражданские отношения, то есть имущественные отношения, которые согласно ст. 1 ГК Украины должны базироваться на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников. В таких случаях эти отношения органично сочетаются с земельными и их можно рассматривать как земельно-имущественные, требующие комплексного правового регулирования нормами гражданского и земельного законодательства. При этом трудно согласиться с тем, что в случае коллизии норм гражданского и земельного законодательства приоритетными должны быть нормы ГК Украины, поскольку в таком случае необходимо исходить прежде всего из положений Конституции Украины, которая имеет высшую юридическую силу и как Основной закон государства обеспечивает реализацию принципа верховенства права.

Ссылаясь на опыт других государств относительно регулирования земельных отношений, другие авторы предлагают, чтобы Земельный, Водный, Лесной кодексы были законами частного права, и для этого надо иметь

¹ См.: Кузнецова Н. С. Развитие гражданского законодательства Украины: проблемы и перспективы / Н. С. Кузнецова // Развитие гражданского законодательства Украины: шляхи подолання кодифікаційних протиріч : зб. тез доп. учасн. Міжнар. наук.-практ. конф. – К. : Вид-во КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – С. 11.

единственный Гражданский кодекс, который будет рассчитан на регулирование всех отношений гражданского общества². Так, В. А. Дозорцев утверждает, что в современных условиях земельные отношения распались на регулируемые гражданским и административным правом, поэтому основания для признания земельного права как самостоятельной отрасли права перестали существовать; по его мнению, теперь, когда земля стала объектом экономического оборота и опять охватывается сферой действия гражданского права, результатом является распространение на имущественные земельные отношения норм общей части гражданского права³.

В этом аспекте исследуя в своей монографии проблемы соотношения экологического, земельного и гражданского права, М. В. Шульга одним из первых в теории экологического и земельного права Украины научно обосновал вывод о том, что отмена права исключительной государственной собственности на землю, законодательное закрепление разных форм собственности на землю, признание земли недвижимостью, заключение договоров, предметом которых являются земельные участки, и тому подобное лишь в некоторой степени расширяет сферу действия гражданского права в сфере регулирования земельных отношений, однако не приводит к погло-

² См.: Пушкін О. А. Методичні проблеми кодифікації законодавства у сфері підприємництва / О. А. Пушкін // Право України. – 1995. – № 5–6. – С. 6.

³ Дозорцев В. А. Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике / В. А. Дозорцев // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 26.

щению земельного права гражданским, учитывая экологические и другие функции, которые выполняет земля в природе, экономике, обществе, и потому земельные отношения являются предметом земельного права, а природоресурсные и экологические – предметом экологического права¹.

По мнению других ученых земельно-эколога-правовой науки, особенности земли как объекта правоотношений требуют проведения разграничения норм земельного и гражданского законодательства как специального и общего, а не включение земельных отношений в предмет гражданского, конституционного или административного права².

В этом контексте некоторые ученые утверждают, что земля и другие

природные ресурсы не могут считаться вещью или имуществом в цивилистическом понимании, поскольку наличие земли, вод, леса, других природных ресурсов обуславливает их особенности как самостоятельных объектов земельных, природоресурсных и экологических правоотношений, а потому институты права собственности на землю, права аренды земли, право пользования земельным сервитутом, суперфиций, эмфитевзис, ипотека и тому подобное являются исключительно земельно-правовым, а их монополизация в пределах ГК Украины не является естественной и должна быть разблокирована в ближайшее время в процессе кодификации законодательным путем³.

Тот факт, что в современных условиях земля и другие природные ресурсы не могут рассматриваться исключительно с позиций вещного права, не вызывает особенных отрицаний со стороны представителей науки земельного и экологического права, о чем свидетельствуют опубликованные ранее научные труды украинских и зарубежных ученых. В то же время трудно согласиться с тем, что институты права собственности на землю, ипотеки земли, права аренды земли и другие принадлежат исключительно к земельному праву, поскольку в таком случае абсолютизируется публичный и игнорируется частный характер современных земельных отношений после проведенных реформ.

¹ Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях / М. В. Шульга. – Харьков : Консум, 1998. – С. 52–55.

² См.: Андрейцев В. І. Правовий режим землі як основного національного багатства / В. І. Андрейцев // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 4. – С. 15; Титова Н. І. Земля як об'єкт правового регулювання / Н. І. Титова // Право України. – 1998. – № 4. – С. 14; Бичкова Ц. Регулювання сільськогосподарської діяльності і співвідношення цивільного та аграрного законодавства / Ц. Бичкова // Право України. – 1996. – № 7. – С. 41; Будзилович І. Конституція України і деякі проблеми земельного законодавства / І. Будзилович, А. Юрченко // Право України. – 1997. – № 11. – С. 19; Голиченков А. К. Концепція федерального закона о земле / А. К. Голиченков, О. М. Козырь // Государство и право. – 1994. – № 7. – С. 63; Краснов Н. И. О соотношении земельного и гражданского права при переходе к рыночной экономике / Н. И. Краснов // Государство и право. – 1994. – № 7. – С. 53–69; Жариков Ю. Г. Разграничение сферы действия земельного и гражданского законодательства при регулировании земельных отношений / Ю. Г. Жариков // Государство и право. – 1996. – № 2. – С. 44–54; и др.

³ См.: Андрейцев В. І. Правові проблеми виявлення і усунення монополізму в регулюванні земельних, природноресурсових та екологічних правовідносин / В. І. Андрейцев // Бюл. М-ва юстиції України. – 2006. – № 7. – С. 46–54.

В теоретическом и прикладном аспектах существенный научный интерес вызывают исследования и публикации, в которых высказываются предложения о необходимости сочетания норм гражданского и земельного права в регулировании определенной части земельных отношений¹. В этой связи О. В. Дзера отмечает, что земельные отношения регулируются ЗК Украины, а их определенная часть (относительно регулирования права собственности на землю, других вещных прав на землю, оборота земельных участков) – новым ГК Украины, и потому не соглашается с мнением специалистов в отрасли земельного права о том, что земельные отношения, которые по своему содержанию можно рассматривать как гражданско-правовые, должны регулироваться исключительно нормами земельного права².

Применение комплексного подхода к регулированию гражданских, земельных, природоресурсных, экологических правоотношений является более обоснованным с теоретической точки зрения и имеет практическое значение в сфере правоприменения, поскольку в действительности одни правоотношения объективно существуют в сочетании с другими правоотношениями. При этом дискуссионной является точка зрения о том, что часть земельных отношений должна регулироваться нормами ЗК Украины, а другая часть – нормами ГК Украины.

¹ См.: Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях / М. В. Шульга. – Харьков : Консум, 1998. – С. 55.

² Дзера О. В. Загальні положення цивільного права / О. В. Дзера // Цивільне право України / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – С. 17.

Соглашаясь с позицией тех украинских и русских ученых, которые признают субсидиарное применение норм гражданского и земельного права в регулировании земельных отношений (М. В. Шульга, Н. И. Титова, В. И. Семчик, Е. А. Суханов, Ю. Г. Жариков и другие.), П. Ф. Кулинич считает, что в период с 1992 по 2001 год происходила конвергенция земельного и гражданского права, где земельное право Украины скорее «дрейфовало», чем планомерно двигалось в сторону гражданского права и в таком движении административно-правовые институты и механизмы земельного права постепенно уступали место гражданско-правовым институтам и механизмам регулирования земельных отношений³. На наш взгляд, в процессе реформирования земельных, имущественных, аграрных и других отношений земельное право никуда не передвигалось, а формировалось с учетом изменения сути и характера земельных отношений, что привело к необходимости применения основных принципов, норм и методов частноправового регулирования земельных отношений.

При этом, рассматривая проблему соотношения норм ГК Украины и ЗК Украины, П. Ф. Кулинич, ссылаясь на содержание нормы ст. 3 ЗК Украины, утверждает, что нормы гражданского законодательства могут использоваться для регулирования

³ Кулинич П. Ф. Проблеми взаємодії норм цивільного і земельного права в регулюванні земельних відносин / П. Ф. Кулинич // Бюл. М-ва юстиції України. – 2006. – № 3. – С. 62.

земельных отношений, однако Земельному кодексу предоставлен приоритет в регулировании земельных отношений перед ГК и другими актами законодательства, если те не соответствуют (противоречат) Земельному кодексу¹.

По его мнению, которое разделяет точку зрения М. В. Шульги, Ф. Х. Адиханова, проблема соотношения гражданского и земельного права связана с правовым регулированием лишь части земельных отношений – исключительно тех, которые имеют гражданский характер, а именно отношения касательно: а) земли как объекта собственности и других вещных прав; б) оборота земли как объекта частной собственности; обязательственные (покупка-продажа, ипотека, обмен, наследование и другие); в) земельных участков, на которых расположены объекты недвижимого имущества: здания, сооружения, многолетние насаждения; г) возмещения убытков собственникам земли и землепользователям²; при этом правовые нормы, которые составляют институт права собственности на землю, права аренды земли, права земельного сервитута, добрососедства и других, должны быть закреплены не в ГК Украины, а в Земельном кодексе³. Такая точка зрения является на первый взгляд убедительной для решения существующих проблем соотношения и взаимосвязи гражданского с земельным законода-

тельством. Однако согласиться с этим трудно, поскольку в данном случае не может идти речь о приоритете норм ЗК Украины над ГК Украины, учитывая вышеприведенные аргументы касательно приоритетности гражданского законодательства над земельным.

Каждая из приведенных точек зрения касательно исследуемой в этой главе проблемы соотношения гражданского законодательства с земельным, природоресурсным и экологическим заслуживает внимания и имеет преимущественно дискуссионный характер. В то же время общим для приведенных выше научных идей, точек зрения, суждений разных ученых можно считать то, что и в доктрине гражданского права, и в земельно-эколого-правовой науке не отрицается тот факт, что в современных условиях состоялось изменение сути и характера земельных, природоресурсных и экологических общественных отношений с исключительно публичных в частно-публичные, что предопределяет необходимость разработки адекватного механизма их правового регулирования с использованием элементов, принципов, методов частного права в соответствии с Конституцией Украины.

Как известно, в правовом государстве высшую юридическую силу имеет лишь Конституция Украины, в соответствии с которой принимаются другие законодательные и нормативно-правовые акты, регулирующие гражданские, земельные, природоресурсные, природоохранные правоотношения. Поэтому при решении проблем соотношения и взаимодействия

¹ Кулинич П. Ф. Проблеми взаємодії норм цивільного і земельного права в регулюванні земельних відносин / П. Ф. Кулинич // Бюл. М-ва юстиції України. – 2006. – № 3. – С. 62–63.

² Там же. – С. 65–67.

³ Там же. – С. 68.

гражданского, земельного, природо-ресурсного и природоохранного законодательства не может идти речь о приоритетности одних норм перед другими, поскольку особенности земли как объекта правоотношений определяют применение таких норм и методов правового регулирования, которые в совокупности своей будут обеспечивать реализацию субъектами их прав на землю, защиту их законных интересов в соответствии с Конституцией Украины. Поэтому с научной точки зрения можно считать обоснованными выводы ученых о том, что специфика регулирования земельного права заключается не в перекручивании общепринятых юридических категорий и понятий, а в особенной регламентации земельных отношений с использованием частно-правовых и публично-правовых элементов и подходов¹.

Реформирование земельных отношений путем введения частной и других форм собственности на землю приводит к постепенной трансформации советских земельных отношений, которые по своей юридической природе имели исключительно публичный характер, в самостоятельный вид земельных отношений частно-публичного характера, что в свою очередь обуславливает необходимость пересмотра традиционных и стереотипных доктринальных идей, взглядов, концепций на проблемы соотношения и взаимодействия гражданско-

го, земельного, природоресурсного законодательства, к разработке и внедрению в практику, созданию норм и правоприменению новых юридических моделей правового регулирования имущественных, земельных, природоресурсных, экологических отношений путем реализации норм, принципов, методов и механизма частного и публичного права с целью обеспечения частных и публичных интересов в сфере использования и охраны земли, а также других природных ресурсов.

Земельные и природоресурсные правоотношения частного характера имеют такие особенности: а) объектом выступают земельные участки и другие индивидуально определенные природные объекты и ресурсы; б) субъектами могут быть граждане, юридические лица, государство; в) участники таких правоотношений признаются юридически равными; г) к регулированию этих правоотношений, кроме закона, применяется договорная форма; д) свободное волеизъявление субъектов относительно реализации норм права в сфере использования земли и других природных ресурсов; е) свобода хозяйственной деятельности, связанной с использованием земли и других природных ресурсов; ж) гарантированность права собственности на земельные участки; з) гарантированность судебной защиты прав и интересов субъектов; г) органичное сочетание с земельными и природоресурсными отношениями публичного характера (рациональное использование и охрана земли и природных ресурсов, госу-

¹ См.: Голиченков А. К. Концепция федерального закона о земле / А. К. Голиченков, О. М. Козырь // Государство и право. – 1997. – № 7. – С. 63.

дарственный контроль за использованием и охраной земель, сохранением и воссозданием почвы и качественных свойств других природных ресурсов и т. д.).

Учитывая частно-публичный характер отдельных видов современных земельных и природоресурсных правоотношений, целесообразно рассмотреть существующие проблемы соотношения гражданского законодательства с земельным, природоресурсным и экологическим сквозь призму соотношения и взаимодействия норм, принципов и методов частного и публичного права в регулировании таких отношений. В земельно-эколого-правовой доктрине Украины эти вопросы остаются малоисследованными. Наука земельного, экологического права не использует таких понятий, как «частные земельные отношения», «частно-публичные земельные отношения», «публичные земельные отношения» «частные природоресурсные отношения», хотя потребность в доктринальном определении таких категорий является необходимой как в теоретическом, так и практическом значении.

В то же время в современной украинской цивилистике признается разделение права на публичное и частное. При этом частное право отождествляется с гражданским, которое определяется как сочетание концепций, идей (принципов) и правовых норм, устанавливающих на началах диспозитивности, юридического равенства и инициативы сторон основания приобретения и порядке реализации и защиты прав и обязанностей физическими и юридическими лицами,

а также специальными образованиями, которые выступают как субъекты неимущественных и имущественных (гражданских) отношений с целью удовлетворения материальных и духовных потребностей частных лиц и защиты их интересов¹.

Такое определение юридической природы частного права исключительно через гражданское право в какой-то мере сужает его предмет и распространение его возможного действия, поскольку общественные отношения частного характера возникают между субъектами не только по поводу личных неимущественных или имущественных прав, но и в иных сферах человеческой жизни – использования земли и других природных ресурсов, экологической, хозяйственной, трудовой, семейной и других сферах.

Это связано с тем, что в украинской науке гражданского права юридическая природа частного права раскрывается через такие характерные черты: регулирует отношения между частными лицами, то есть между лицами, ни одно из которых не выступает от имени государства или его органов (не является субъектом государства); основным принципом является признание приоритета интересов частного лица (суверенитета индивида); обеспечивает частный интерес, акцентирует на экономической свободе, свободном самовыражении и равенстве товаропроизводителей, защите собственников от своеволия государства; основываясь на принципах

¹ См.: Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. – Вид. 2-ге, переробл. і допов. – К. : Істина, 2007. – С. 3–23, 63.

юридического равенства участников гражданских отношений, обеспечивает инициативность сторон при установлении гражданских отношений и свободу волеизъявления субъектов при реализации их прав; не запрещает широкого использования договорной формы регулирования; содержит нормы, которые «обращены» к субъективному праву и обеспечивает защиту последнего; характеризуется преобладанием диспозитивных норм, направленных на максимальный учет свободного волеизъявления сторон при выборе правил поведения, прямо не запрещенных законодательством; определяет судебный иск как основной порядок защиты субъектов гражданских отношений в суде¹.

Экстраполируя эти признаки частного права на правоотношения в сфере использования земли и других природных ресурсов, не трудно заметить, что основные элементы, принципы, методы, формы механизма частноправового регулирования имеют универсальный характер и потому могут быть использованы не только для регулирования личных неимущественных или имущественных правоотношений, но и земельных, природоресурсных, природоохранных, экологических правоотношений, в качестве объектов которых выступают земельные участки или другие природные ресурсы, а субъектами являются физические и юридические лица, а также государство и территориальные общины.

¹ См.: Харитонов Е. О. Цивільне право України : підручник / Е. О. Харитонов, О. В. Старцев. – Вид. 2-ге, переробл. і допов. – К. : Істина, 2007. – С. 9.

Собственно, в практике реформирования земельных, природоресурсных, экологических отношений уже используются основные элементы частного права в регулировании отношений собственности на земельные участки и другие природные ресурсы, использовании земель и других природных ресурсов на договорных условиях, при защите земельных и экологических прав частных лиц в суде и т. п., но это не дает оснований делать выводы, что такие общественные отношения являются исключительно гражданскими и потому требуют регулирования нормами гражданского права, которые должны быть закреплены исключительно в ГК Украины.

Нормы гражданского законодательства, на наш взгляд, должны в соответствии с Конституцией Украины определять общий гражданско-правовой статус лица, а также обеспечивать регулирование имущественных отношений, связанных с земельными, природоресурсными, экологическими отношениями и применяться субсидиарно с нормами земельного, природоресурсного, экологического законодательства в части обеспечения реализации субъективных имущественных и неимущественных прав физических и юридических лиц, а в случае отсутствия соответствующих правовых норм должна применяться Конституция Украины, кроме того, допустимыми могут быть аналогия закона, права или судебный прецедент. Считаем, что такой подход к использованию универсальных элементов, принципов, методов частноправового регулирования земельных, природоресурсных,

экологических правоотношений позволит избежать существующих проблем в соотношении норм гражданского, земельного, природоресурсного законодательства и обеспечит эффективное взаимодействие в применении этих норм для регулирования имущественных отношений, которые органично сочетаются с земельными, природоресурсными и экологическими.

В теории права и в законодательной практике Украины вопрос о применении норм, принципов и методов частного права в регулировании земельных отношений связан не только с реформой отношений собственности на землю, но и с тем, признается ли в законодательстве земля объектом недвижимого имущества, может ли она находиться в товарно-денежном обращении наравне с другим имуществом и быть предметом гражданско-правовых соглашений. Как утверждает Ю. Г. Жариков, признание земли недвижимым имуществом открывает больше, чем раньше, возможностей для применения норм гражданского законодательства в процессе регулирования земельных отношений¹. При этом необходимо отметить, что пределы применения норм гражданского права к регулированию земельных отношений в действующем законодательстве четко не определены, что создает проблемы на практике при защите прав владельцев или арендаторов земельных участков, которые

связаны, например, с совместной, коллективной, коммунальной собственностью на землю, приватизацией объектов незавершенного строительства вместе с земельными участками, приобретением земельных участков в процессе большой и малой приватизации, со сроками исковой давности, приобретением права аренды на конкурентных принципах и т. п.

Земельные отношения по своему содержанию являются земельными, которые могут органично сочетаться с имущественными, хозяйственными, финансовыми, административными и иными, поскольку земля является самостоятельным, особым, неповторимым объектом в структуре правоотношений и выполняет лишь ей объективно присущие функции². Поэтому в современных условиях юридическое значение для соотношения и взаимодействия норм гражданского, земельного, природоресурсного и экологического права имеет не столько имущественная сущность отдельных видов земельных, природоресурсных и экологических отношений, а необходимость применения всего набора юридического инструментария (принципов, норм, методов, форм) частного права в регулировании земельных, природоресурсных и экологических общественных отношений с целью обеспечения всем субъектам равных возможностей для реализации и за-

¹ См.: Жариков Ю. Г. Разграничение сферы действия земельного и гражданского законодательства при регулировании земельных отношений / Ю. Г. Жариков // Государство и право. – 1996. – С. 48.

² Более подробно см.: Носік В. В. Право власності на землю Українського народу / В. В. Носік. – С. 158–188; Титова Н. І. Співвідношення Земельного та Цивільного кодексів України: деякі проблеми / Н. І. Титова // Право України. – 2004. – № 3. – С. 71–77.

щиты их субъективных прав на землю и другие природные ресурсы, осуществления экологических прав.

Законодательное закрепление земли как объекта недвижимости является важным, но не главным критерием для использования норм, принципов, методов частного права к правовому регулированию земельных отношений. Земля может быть признана в законодательстве объектом недвижимости. Однако это не значит, что автоматически будут применяться нормы и методы частного правового регулирования в земельных отношениях, поскольку одновременно при этом в законе может быть закреплен принцип права исключительной собственности государства на землю как объект недвижимости. В таких условиях регулирование земельных отношений будет иметь публично-правовой характер. Поэтому главным критерием применения частноправовых норм и методов регулирования земельных отношений является гарантированное Конституцией Украины право граждан, юридических лиц, государства, территориальных общин свободно, на равноправных принципах приобретать, реализовывать и защищать субъективные права собственности на землю, используя при этом нормы, методы и принципы частного права независимо от того, будет ли признаваться в законодательстве земля объектом недвижимого имущества или нет.

Осуществление права собственности и других прав на землю не исключает также обязательного публично-правового регулирования земельных отношений в сочетании с нормами

частного права. В украинском земельном, гражданском, конституционном праве пока еще не определены критерии оптимального соотношения и взаимосвязи интересов отдельного лица, общества и государства, разграничения, и главное – взаимодействия частноправовых и публично-правовых принципов регулирования земельных и других органично связанных с ними общественных отношений.

Поэтому не случайно в действующем земельном законодательстве преобладают нормы, которые разрешают органам местного самоуправления или государства прекращать право собственности на землю на основе субъективных, а не определенных законодательно, оценочных понятий, употребляемых в Земельном кодексе, субъективно устанавливать запреты, искусственные препятствия приватизации земель гражданами, принудительно изымать приватизированные земельные участки у одних лиц для передачи этих участков другим лицам, совершать другие действия, которые задевают интересы частных собственников земли. В то же время в земельном законодательстве, в законе о местном самоуправлении содержатся нормы, которые не позволяют эффективно и быстро решить конкретные земельные вопросы на национальном уровне с целью удовлетворения общественных или государственных потребностей и интересов¹. Эти и другие факты свидетельствуют о существую-

¹ По данным Госкомзема Украины, 370 городов, в т. ч. Киев и Севастополь, не имеют юридически установленных границ своих территорий (см.: Офіційні повідомлення // Землевпоряд. вісн. – 1999. – № 1. – С. 44).

щем несоответствии норм и методов публичного права сути и характеру земельных отношений, которые возникают в результате непоследовательно осуществляемой в Украине земельной реформы и требуют правового обеспечения нормами земельного и гражданского права.

Отказ от государственной монополии собственности на землю в современных условиях изменяет границы вмешательства государства и органов местного самоуправления в регулирование земельных отношений, предопределяет установление сути и характера государственного и самоуправного регулирования отношений собственности на землю в рыночных условиях. Ведь без взвешенного влияния государства и органов местного самоуправления на регулирование отношений собственности на землю, использования и охраны земель невозможно провести социально справедливое распределение и перераспределение земель, обеспечить надлежащий уровень учета количества и качества земель, а также регистрацию прав на землю и иметь объективную информацию о правовом режиме земель, создать надлежащие юридические гарантии защиты прав собственников земли и землепользователей при решении земельных споров и т. д.

Применение норм и методов публичного права в регулировании земельных отношений не превращает последние в административные, конституционные или другие правоотношения. Однако в научной литературе России высказываются мысли о том,

что земля является объектом административного права, поэтому земельные отношения должны регулироваться лишь нормами гражданского и административного законодательства и нет оснований признавать земельное право самостоятельной отраслью¹. В украинской административно-правовой науке земельные отношения не отождествляются с управленческими². В то же время в теории конституционного права Украины среди материальных объектов конституционно-правовых отношений называют собственность, средства производства, природные объекты³. Применение норм Основного закона к регулированию общественных отношений по поводу земли не изменяет сути и характера объективно возникающих земельных правоотношений как предмета земельного права.

Нормы, принципы, методы конституционного, административного, финансового и других отраслей публичного права не заменяют основных правовых принципов и способов регулирования земельных отношений нормами земельного законодательства и самостоятельной отрасли – земельного права, а помогают обеспечивать оптимальное соотношение публичных и частных интересов в процессе осу-

¹ См.: Дозорцев В. А. Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике / В. А. Дозорцев // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 26.

² См.: Колпаков В. А. Адміністративне право України : підручник / В. А. Колпаков. – К., 1999. – С. 50.

³ См.: Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. – К., 1999. – С. 80.

ществления прав на землю в Украине. Так, одних норм Конституции Украины, которые хотя и имеют прямое действие, недостаточно для того, чтобы решить конкретные вопросы относительно права собственности на землю, планирования и развития территорий, проведения денежной оценки земель, ведения земельного кадастра и системы регистрации прав на землю и т. д.

Земельные отношения, которые в современных условиях приобретают характер публично-частных, тесно переплетаются с конституционными и другими публичными отношениями, что не может не влиять на их правовое регулирование. Например, нормы конституционного права закрепляют территориальное устройство Украины, принципы, систему административно-территориального разделения, статус АР Крым, городов Киева и Севастополя¹, однако не определяют правового режима земель этих образований, поскольку это можно сделать лишь на основании норм земельного права. Вместе с тем изменение административно-территориальных границ влияет на правовой режим земельных участков, и наоборот, изменение границ земельного участка может влиять на решение вопроса об административно-территориальном разделении. Непосредственное осуществление права собственности Украинского народа на землю может требовать применения норм конституционного права относительно организации и проведения Всеукраинского референдума. Решение вопроса о приватизации земельных участков, веде-

нии государственного земельного кадастра, проведении землеустройства, выполнении других регулятивных функций не может быть реализовано органами местного самоуправления и органами государственной власти без применения норм земельного, градостроительного законодательства.

В свою очередь, для эффективного регулирования земельных отношений недостаточно будет использовать лишь одни методы конституционного или административного права, поскольку специфика земли как объекта правоотношений, особенности реализации субъективных прав на землю определяют использование «разрешения и запрета, позитивных обязательств и регламентирования, структуры, императивных предписаний и рекомендаций»², подчинение и делегирование в совокупности с такими отраслевыми методами земельного права, как определение целевого назначения земельного участка, зонирование, нормирование, согласование, удержание от определенных действий, выделение земельного участка в натуре, экспертная, нормативная денежная оценка земельных участков, а также, в случае потребности, и с методами гражданского права – равенства и автономии участников земельных отношений. Лишь в сочетании частноправового и публично-правового регулирования земельных отношений можно создать целостную систему гарантий реализации права собственности на землю, поскольку научно-теоретическое разделение системы права на отрасли, как отмечают в своей работе О. Ф. Скакун, О. А. Пушкин, является

¹ См.: Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. – К., 1999. – С. 32.

² Там же. – С. 17.

достаточно условным¹ и необходимым для познания сути такого явления как право. При этом система нормативного, законодательного регулирования земельных отношений, которые возникают в процессе осуществления права собственности Украинского народа на землю в разных формах, должна быть направлена на обеспечение взаимодействия принципов и норм частного и публичного права, то есть «формирование, функционирование и развитие такой правовой системы, которая бы гармонично обеспечивала взаимодействие объективно существующих в обществе как частных, так и публичных потребностей и интересов лица, общества и государства, их взаимную ответственность, применяя при этом адекватные формы и методы правового регулирования»².

Подводя итоги, можно обозначить основные тенденции и возможные перспективы в обеспечении соотношения гражданского законодательства с земельным, природоресурсным и экологическим законодательством в современных условиях адаптации национального права к праву ЕС: а) изменение сути и характера отношений собственности на землю требует применения комплексного подхода к выбору и применению правовых форм, норм, методов, принципов частно-

правового и публично-правового регулирования земельных, природоресурсных и экологических отношений с целью обеспечения баланса общественных и частных интересов в осуществлении права собственности Украинского народа на землю и другие природные ресурсы; б) общественное признание и гарантирование Конституцией осуществления права частной собственности на землю и другие природные ресурсы приводит к трансформации земельных, природоресурсных, экологических отношений публичного характера в отношения частно-публичного характера; в) юридическую основу обеспечения реализации права собственности на землю и другие природные ресурсы составляют земельное право и экологическое право как элементы национальной правовой системы; г) несовершенство современной земельно-эколого-правовой системы предопределяет необходимость разработки новой юридической модели осуществления права собственности на землю и другие природные ресурсы, использования природных ресурсов, охраны окружающей среды в соответствии с конституцией Украины; д) развитие и утверждение национальной правовой системы должно осуществляться с учетом современных процессов адаптации гражданского, земельного, природоресурсного, экологического законодательства к законодательству и праву ЕС.

¹ Скакун О. Ф. Правова система України: час нових звершень / О. Ф. Скакун, О. А. Пушкін // Правова система України. Теорія і практика. – К., 1993. – С. 36.

² Селіванов В. М. Методологічні аспекти аналізу трансформації відносин власності в Україні / В. М. Селіванов // Економіко-правові проблеми трансформації відносин власності в Україні. – К., 1997. – С. 16.

Опубликовано: Ученые записки Таврического нац. ун-та им. В. И. Вернадского : науч. журн. Серия : Юрид. науки. – 2011. – Т. 23(62). – № 2.

С. Погребной, член-корреспондент
НАПрН Украины, заместитель пред-
седателя Приморского районного суда
г. Одессы

Защита права собственности на недвижимое имущество: вопросы судебной практики

Неотвратимо с течением времени происходит изменение законодательства, возникают, преодолеваются, чтобы вновь появиться на следующем этапе развития государства и права, разнообразные правовые проблемы, однако вопросы, связанные с обеспечением охраны права собственности, всегда остаются актуальными. В определенной степени эта закономерность касается и украинского государства, на современном этапе развития права которого особую актуальность приобрела идея обеспечения и реализации судебной защиты прав на недвижимое имущество, и, в частности, права собственности.

Подобная востребованность связана с динамичностью гражданского оборота, который получил значительный толчок в последние 15 лет, а также вызвана недостатками существующего механизма правового регулирования указанных отношений, недостатками практики гражданского оборота и правоприменения.

Признавая круг вопросов по выбранной тематике достаточно широким, считаем необходимым обозначить лишь отдельные, наиболее проблемные, как представляется, аспекты, требующие скорейшего своего разрешения в науке и практике. К числу названных проблем следует также отнести проблему, связанную с поиском эффективного решения, целью которого было бы определение четких и достаточно простых критериев разграничения сфер применения виндикации и реституции.

Современная украинская судебная практика, к сожалению, не отличается безупречностью, ей присущи такие черты, как непоследовательность, несогласованность судебных решений, которые принимаются судами по однородным делам в подобных случаях в сфере защиты права собственности. Судебная практика в Украине отчасти отличается засильем примитивизма, применением упрощен-

ных подходов при определении и выборе надлежащего способа защиты нарушенного гражданского права. Большая загруженность судов общей юрисдикции, недостаточно высокий уровень квалификации судейского корпуса на практике побуждают искать простые и универсальные подходы в решении достаточно сложных правовых проблем, связанных с поиском и выбором не только законного, но и справедливого по смыслу судебного решения.

Подобный подход, по-видимому, привел к злоупотреблению использованием такого способа защиты гражданских прав, как признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности. Следствием этого стало пренебрежение надлежащими вещно-правовыми способами защиты права собственности. Это произошло не в последнюю очередь потому, что названные правовые инструменты являются более изощренными, требуют высшей правовой квалификации, а потому являются более сложными в применении средств защиты нарушенных гражданских прав собственника.

Разделение способов защиты права собственности в зависимости от характера нарушения и содержания защиты на вещно-правовые и обязательно-правовые является достаточно традиционным, хотя вопрос об указанном разделении вызвал в науке и практике дискуссию о допустимости конкуренции различных по

природе исков при защите права собственности¹.

Согласно одной из точек зрения, при наличии между сторонами договорных отношений целесообразнее применять способы защиты права собственности, имеющие обязательно-правовой характер, как специальные и наиболее оптимально учитывающие все нюансы взаимоотношений сторон².

И. Покровский, определяя природу требования кредитора о передаче ему *in natura* купленной вещи, когда она находится в руках должника, и определяя надлежащее средство защиты нарушенного права, указывал на следующее. Теоретически наиболее идеальным средством было бы такое, которое предоставляло бы кредитору именно то, что определяет содержание обязательства, и там, где это технически возможно, право не имеет оснований отказываться от исполнения *in natura*³. Из этого следует, что критерием определения надлежащего способа защиты должно быть не только содержание обязательства, существующего между сторонами, но и практическая целесообразность.

¹ Кочеткова Ю. А. Соотношение вещно-правовых и обязательно-правовых способов защиты права собственности: древнеримские истоки и современная Россия / Ю. А. Кочеткова // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского; Исслед. центр част. права, Рос. шк. част. права. – М., 2000. – Вып. 2. – С. 30.

² Там же. – С. 43.

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М., 1998. – С. 242.

Иллюстрируя другую точку зрения, приведем позицию М. Брагинского, который считает, что и вещное право, и обязательственное способны к защите с помощью подобных средств: субъективное, обязательственное по природе, право подлежит защите с помощью средств, являющихся подобными тем, которые применяются тем же субъективным, впрочем, иным по природе – вещным правом¹.

Однако несмотря на внешнее сходство, имеем разные по содержанию и сфере применения способы защиты прав. Последнее нельзя не учесть. Правило о недопущении конкуренции исков представляется автору этой статьи аксиоматическим, присущим действующей правовой традиции в Украине. Впрочем, для правила о недопущении конкуренции исков, что исключает возможность произвольного избрания способа защиты нарушенного права уполномоченным лицом по своему выбору, ныне не свойственно последовательное воплощение в юридической практике.

Обратимся к распространенным ошибкам в современной судебной практике.

Одной из основных проблем современной судебной практики, как указывалось, является ее непоследовательность в вопросе разграничения

¹ Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений / М. И. Брагинский // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика : сб. памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский ; Исслед. центр част. права. – М., 1998. – С. 123.

сфер применения реституции и виндикации недвижимой вещи. Первый шаг в преодолении этой проблемы сделан принятием постановления Пленума Верховного Суда Украины «О судебной практике рассмотрения гражданских дел о признании сделок недействительными» от 6 ноября 2009 г. № 9. В пункте 10 указанного постановления речь идет о следующем: реституция как способ защиты гражданского права (ч. 1 ст. 216 ГК Украины) применяется только в случае наличия между сторонами заключенного договора, который является ничтожным или признан недействительным. В связи с этим требование о возврате имущества, переданного во исполнение недействительной сделки, по правилам реституции может быть предъявлено только стороне недействительной сделки. Норма ч. 1 ст. 216 ГК Украины не может применяться в качестве основания иска о возврате имущества, переданного во исполнение недействительной сделки, которое было отчуждено третьему лицу. Удовлетворению не подлежат иски собственников имущества о признании недействительными последующих сделок по отчуждению этого имущества, которые совершены уже после первой недействительной сделки. В этом случае имущество может быть истребовано от лица, которое не является стороной недействительной сделки, путем подачи виндикационного иска, в частности от добросовестного приобретателя – на основаниях, предусмотренных ч. 1 ст. 388 ГК Украины.

Такое ограничение применения реституции является абсолютно оправданным. Изложенное понимание гражданско-правового закона указывает, во-первых, на ограничение количества сделок, которые могут быть признаны недействительными, лишь первой из них, стороной которой является истец, во-вторых, по правилам реституции не может быть по решению суда возвращено имущество, переданное для исполнения недействительной сделки, и которое находится не у стороны такой сделки.

Другим выводом является то, что основанием для признания последующих сделок недействительными не может быть исключительно лишь признание недействительной первой из цепочки таких сделок. Это должно изменить распространенную на сегодняшний день судебную практику, поскольку ранее суды часто прибегали к исследованию лишь условий действительности первой из оспариваемых сделок, а вывод о недействительности первой сделки становился главным, если не единственным, основанием для признания недействительными всех последующих сделок. Это полностью выхолащивает виндикационную защиту права собственности, в реализации которой нашла свое воплощение идея поиска компромисса между интересами собственника, утратившего владение своей вещью, и интересами гражданского оборота в целом.

Следует признать, что идеи, заложенные в п. 10 указанного постановления Пленума Верховного Суда Украины, реализованы не всегда последовательно, поскольку в п. 5 этого же постановления указано, что согласно

статьям 215 и 216 ГК Украины требование о признании оспариваемой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности, а также требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки может быть заявлено как одной из сторон сделки, так и другим заинтересованным лицом, права и законные интересы которого нарушены совершением сделки.

Для рассмотрения дел, в которых исследуется вопрос о возвращении вещи собственнику, лишившемуся владения ею в результате целой цепочки недействительных сделок, важна определенная логика и последовательность исследования обстоятельств по делу. Прежде всего, определяя логику и последовательность исследования судом различных вопросов, связанных с избранием и применением надлежащего способа защиты права собственности, констатация факта недействительности сделки является только первым этапом в ходе исследования правовых вопросов защиты права собственности, если собственник пытается тем или иным способом вернуть себе имущество.

На втором этапе суд должен дать соответствующую правовую оценку действиям так называемого «добросовестного приобретателя», определив добросовестность характера его поведения, возмездность или безвозмездность способа приобретения вещи.

Как уже отмечалось, при рассмотрении дел, в которых исследуется вопрос действительности цепочки оспариваемых сделок, сегодня является распространенной практика, по которой судом, как правило, точно устанавлива-

ется факт недействительности лишь первого соглашения (сделки), а вывод о его недействительности – зачастую без самостоятельного исследования и отдельного обоснования – становится основанием для признания недействительными всех последующих сделок. При таких условиях суды довольно упрощенно применяют принцип, известный еще римскому праву: «нельзя передать больше прав, чем имеешь сам». Подобный подход приводит к искусственному упрощению сложной правовой ситуации, пренебрежению применением надлежащего способа защиты, связанного с поиском справедливого компромисса между заслуживающими внимание интересами собственника, который утратил владение своей вещью и титул права собственности, с одной стороны, и интересами добросовестного приобретателя этой вещи, а вместе с ними и интересами всего гражданского оборота. Как известно, главной качественной характеристикой гражданского оборота является его стабильность, обеспечение которой является условием функционирования успешной экономики.

Понятно, что в ситуации, когда владелец вещи не может быть охарактеризован как «хороший хозяин», с одной стороны, и при отсутствии претензий к добросовестности поведения приобретателя спорного имущества, с другой, следует признавать за таким добросовестным приобретателем преимущественное право на защиту и учет в большей степени именно его прав и интересов при разрешении спора и определении будущей судьбы спорного имущества. При отсутствии указанных характеристик

поведения сторон сделки вывод суда должен быть противоположным.

Необходимо учитывать, что уровень развития гражданского оборота в Украине медленно изменяется в сторону его усложнения, требования обеспечения стабильности гражданского оборота соответствующим образом влияют на доминирующую судебную практику. Подобные изменения должны повлечь изменения в отношении к личности добросовестного приобретателя, это заставит суды в каждой спорной ситуации более не обходить своим вниманием субъективные права и законные интересы такого лица.

Учитывая, что термины «виндикация» и «реституция» реципированы из древнеримского права, обратимся к истории и первоначальному содержанию этих категорий.

Как отмечает С. Моргунов, термин «реституция» в ГК РФ не применяется (что соответствует и терминологическому составу ГК Украины). В отечественной гражданско-правовой науке и юридической литературе, начиная с XIX века, под реституцией принято понимать возвращение контрагентом всего полученного по договору (сделке) вследствие его недействительности. По мнению автора, современным российским законодательством (равно как и украинским. – С. П.) это юридическое явление заимствовано из римского права и, безусловно, не без изменений. В римском праве под реституцией понималось восстановление предыдущего состояния как в процессуальных, так и материальных правоотношениях¹.

¹ Моргунов С. В. Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика / С. В. Моргунов. – М., 2006. – С. 177–178.

Известный исследователь римского права М. Бартошек обращает внимание на то, что *restitutio in integrum* – это восстановление в первоначальном состоянии, по своему характеру являющееся чрезвычайным средством, с помощью которого претор по причинам, заслуживающим особого внимания, устранял *отдельные вредные* последствия гражданского права так, будто они вообще не наступали¹.

При этом со временем основные причины и условия *restitutio* стали составной частью преторского эдикта, поэтому стороны получали право претендовать на защиту в этих пределах. В сфере материального права претор больше помогал несовершеннолетним, которые вследствие недостатка жизненного опыта наносили себе вред любыми юридическими действиями. Помогая взрослым, претор признавал обоснованными причинами: мошенничество, принуждение, ошибку, которая имеет основания для прощения, изменение правового положения или отсутствие по уважительной причине².

Следовательно, нельзя говорить о распространенном применении реституции как доступного средства защиты права собственности. Применение реституции было экстраординарным способом возвращения сторон в первоначальное состояние, а соответственно такое требование не конкурировало с требованием о виндикации вещи.

¹ Бартошек, М. Римское право (Понятия, термины, определения) : пер. с чеш. / М. Бартошек. – М., 1989. – С. 278.

² Там же.

Виндикационный иск стал классическим способом защиты права собственности в римском праве. *Vindicatio* в древнеримском праве – это самоуправное возмездие за оскорбление или защита от нападения, впоследствии – преследование любого беззакония, иск, особенно *actio in rem*. Как отмечает М. Бартошек, термин *vindicatio* исторически происходит от *vim dicere* – объявлять о применении силы в случае отказа вернуть вещь по доброй воле и тем самым завершить спор. Древнее римское право наделило собственника безусловной властью отыскивать и возвращать себе спорную вещь, где бы он ее ни нашел. С развитием гражданского общества в Риме виндикация приобретает значение права требования невладельца к владельцу вещи о реституции – возврате вещи³.

В современном гражданском праве Украины об истребовании имущества из чужого владения говорится в трех случаях. Первый касается виндикационного иска собственника вещи, предъявляемого к незаконному владельцу вещи и предусмотренного ст. 387 ГК Украины; эта правовая норма дает право владельцу требовать возврата своего имущества от любого лица, которое незаконно, что понимается как приобретение без соответствующего правового основания, овладело им.

Второй иск – это иск лица, имеющего вещное право на чужое имущество, на предъявление виндикационного иска к любому лицу, у которо-

³ Там же. – С. 327.

го без законных оснований это имущество находится, это право предусмотрено в ст. 396 ГК Украины. По содержанию ст. 396 ГК Украины, учитывая природу вещного права на чужое имущество, право на предъявление этого иска имеет лицо, которому принадлежит такое вещное право на чужое имущество, осуществление которого предполагает пребывание чужой вещи в его владении.

Учитывая, что владение в ГК Украины отнесено к категории прав на чужое имущество (хотя такой подход и не соответствует классическим представлениям о природе этого института и его месте в системе вещно-правовых институтов), применение положений статей 387, 396 и 398 (об основаниях возникновения права владения) ГК Украины позволяет распространить возможность применения способов защиты права собственности на всех титульных владельцев.

Третий иск – это иск о немедленном возвращении недобросовестным владельцем имущества лицу, являющемуся его добросовестным владельцем. Это правило содержится в ст. 400 ГК Украины и по сути своей является способом посессорной защиты фактического владельца от противоправных посягательств любого третьего лица, поскольку условием применения этого способа защиты не является исследование правового основания возникновения владения. В предмет исследования входит установление добросовестного характера возникновения владения у истца, а также доказательств факта нахождения спорной вещи в его фактическом владении до ее ут-

раты в результате противоправных действий другого лица – ответчика.

Давая характеристику положениям ст. 400 ГК Украины, можно утверждать, что право требовать возвращения имущества предоставлено не только собственнику (ст. 387 ГК Украины) и лицу, имеющему вещное право на чужое имущество (ст. 396 ГК Украины), но и любому другому лицу, которое имеет на него другое право в соответствии с договором или законом, а также предоставлено такое право лицу, вообще не имеющему на спорное имущество какого-либо права, при условии, что указанное лицо является его добросовестным владельцем¹.

О четвертом иске, предусматривающем возможность предъявления требования о возврате вещи от третьего лица, можно говорить весьма условно, поскольку правила об этом сформулированы недостаточно четко и корректно. Здесь речь идет о защите давностного владельца от посягательств на его владения до момента трансформации его статуса и получения им статуса собственника. Этот иск генетически происходит от древнеримского *action in rem Publiciana*, впрочем, в современных условиях нельзя говорить, что в ч. 3 ст. 344 ГК Украины это требование сформулировано действенным способом и имеет практические перспективы.

Изменения в гражданском законодательстве внесли на повестку дня

¹ Цивільний кодекс України. Постатейний коментар : у 2 ч. / кер. авт. кол. та відп. ред. А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова. – К., 2005. – Ч. 1. – С. 524.

вопрос о возможности применения по аналогии правил виндикации в случае сохранения собственником недвижимой вещи в своем владении в случае утраты им титула собственника. Этот вопрос, в силу своей чрезвычайной сложности, пока не получил должного варианта разрешения, который бы не вызывал критических замечаний в дискуссии об избрании такого подхода. Опишем ситуацию: речь идет о возможности применения по аналогии виндикации (или другого надлежащего способа защиты) в правовой ситуации, когда спорное недвижимое имущество, не выходя из владения собственника, остается в его фактическом владении, однако в условиях потери им титула собственника этой вещи.

Подобное стало возможным в результате действия новеллистических положений ч. 1 ст. 334 ГК Украины, согласно которым если договор об отчуждении имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации. Таким образом, для возникновения права собственности, в частности, на недвижимое имущество, не требуется фактическая передача вещи. Сравнивая подходы ГК УССР 1963 г. и ГК Украины 2003 г. в вопросе определения момента возникновения права собственности на недвижимую вещь, необходимо констатировать изменение концептуальных подходов, а также перенесение акцентов и ведущей роли от договора к публичной регистрации права собственности на такую вещь. Если ранее, по правилам ГК 1963 г. (статьи 128, 227), возник-

новение права собственности на недвижимое имущество связывалось с достижением договоренности по всем существенным условиям и оформлением волеизъявления сторон, которые совпадали в нотариально удостоверенном договоре, то в ГК 2003 г. (ч. 2 ст. 331) эти отношения урегулированы иным образом. ГК 1963 г. не связывал момент возникновения права собственности на недвижимую вещь с моментом государственной регистрации договоров, подлежащих такой регистрации в силу закона¹.

В континентальной Европе выделяют два течения, связанных с обязательственным эффектом купли-продажи и переносом права собственности. М. Таламанка отмечает, что первая система основывается на транслятивной договоренности (кроме возможных формальных и существенных реквизитов, таких как документирование договоренности и уплата цены), которая в современных системах приводит в любом случае к переходу права собственности между сторонами и оставляет открытой проблему обязательственного эффекта договора; в Европе эта система связана с моделью Кодекса Наполеона. В другой системе предусмотрено разграничение между *titulus* и *modus acquirendi*: проводится разграничение между обязательственным договором или другим возможным основанием обязатель-

¹ Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 24 лютого 2010 р. // Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах : наук.-практ. юрид. журн. – 2010. – Вип. 2 (16). – С. 17.

ва, которые обосновывают, поскольку они выполнены, переход права собственности, с одной стороны, и с другой – тем самым переходом права собственности, который происходит по-разному в зависимости от того, идет ли речь о вещах движимых (передача либо суррогаты передачи) или недвижимых, когда он (переход) заключается в регистрации перехода права в реестрах недвижимости. Последняя система присуща Германскому гражданскому уложению¹.

С введением в Украине нового Гражданского кодекса есть основания утверждать об изменении в расстановке акцентов и переходе от одной системы к другой из описанных выше, поскольку акцент в вопросе перенесения права собственности с доминирующей в этом качестве транслятивной договоренности перенесен на сам переход права в соответствующем реестре недвижимости. Ныне это на практике приводит к тому, что возможной становится передача права собственности на недвижимую вещь независимо от реальной (фактической) ее передачи и от действительности сделки, явившейся основанием этого, или правомерности самого титула.

Возвращаясь к вопросу о действительности цепочки оспариваемых собственником сделок, следует подчеркнуть, что суд в своем решении должен дать ответ на другой вопрос:

¹ Таламанка М. Купля-продажа между обязательственным эффектом и переносом собственности / М. Таламанка // Вещные права: система, содержание, приобретение : сб. науч. тр. в честь проф. Б. Л. Хаскельберга / под ред. Д. О. Тузова. – М., 2008. – С. 139.

возможно ли признавать правомерными действия лиц, которые принимают участие в нескольких операциях с целью создания статуса добросовестного приобретателя? По-видимому, следует признать неправомерными действия лиц, которые участвуют в цепочке операций относительно спорного имущества, направленных на искусственную замену лица собственника (путем создания лишь видимости такой замены), а также титула собственника спорного недвижимого имущества, в ситуации, когда это имущество фактически не выбывает из владения собственника, который осуществляет относительно него и иные свои полномочия.

Понятно, что целью большого количества подобных трансакционных договоров в конечном счете является получение статуса добросовестного приобретателя, который будет претендовать на надлежащий титул собственника предмета спора. Однако невзирая на количество договоров, которые будут отделять приобретателя вещи от его надлежащего собственника, подобное обстоятельство не должно добавлять действиям последнего приобретателя видимость правомерности и добросовестности, поскольку не происходит замены лица владельца. При таких обстоятельствах суд должен оценивать действия приобретателя и определять его статус с учетом того, являются ли его поступки таковыми, как бы поступил «хороший, добропорядочный хозяин», имея действительное намерение стать собственником определенной вещи.

Может ли считаться лицо добросовестным, и может ли быть признано оно таким, которое действует как «бережливый хозяин», если оно становится, например, собственником дома лишь «на бумаге», даже не осуществив, самостоятельно или с помощью услуг доверенного лица, осмотр этого имущества. Ответ должен являться однозначным. Хотя при этом следует сделать оговорку, что нахождение вещи во владении лица определяется по факту ее пребывания в хозяйственном ведении обладателя, на что, в свою очередь, влияют природные свойства и характеристики самой вещи.

Другую неразрешенную проблему составляет вопрос о статусе и правовых последствиях судебного решения, которое впоследствии отменено судом высшей инстанции или тем же судом, которым по делу принято решение.

Как предусмотрено процессуальным законом, решение суда первой инстанции, вступив в законную силу и будучи в той или иной степени реализованным, может быть отменено, а дело – назначено к новому рассмотрению. Это касается случаев постановления по делу заочного решения, в случае его последующей отмены по соответствующему заявлению ответчика, а также в случае пересмотра решения по вновь открывшимся обстоятельствам, которые не были известны во время первоначального рассмотрения дела и принятия решения судом.

Другой пример такой же по своим последствиям правовой ситуации имеет место в случае, вызванном тем

обстоятельством, что решение суда апелляционной инстанции после своего провозглашения вступает в законную силу, в связи с чем сторона, в пользу которой это решение принято, получает право на реализацию спорного имущества. При этом и соответствующий Высший специализированный суд, и Верховный Суд Украины имеют право отменить такое решение. В обоих описанных случаях существует определенный промежуток времени – между вступлением решения суда в законную силу и его отменой, в результате которой дезавуируется его действие. На протяжении этого промежутка времени спорное имущество может быть реализовано третьему лицу, не являющемуся участником этого судебного спора. При этом эффективность механизма применения института поворота исполнения решения суда обоснованно вызывает сомнения, поскольку его действие ни при каких условиях не может быть распространено на лиц, которые не принимали участия в рассмотрении дела; применяя поворот исполнения, суд не вправе признавать недействительными все последующие сделки, заключенные после принятия решения суда (которое было отменено).

Дополнительно необходимо учесть, что лицо, в пользу которого принято судебное решение, отмененное в последующем, является в полной мере управомоченным на подобные действия по отчуждению спорного имущества. При этом действия приобретателей следует признавать добросовестными даже в случае, если

им было известно о наличии спора по поводу этого имущества; подобное обстоятельство не может быть поставлено им в вину как основание умаления характера добросовестности их действий. Таким образом, отсутствуют основания априори делать вывод, что любые действия с имуществом, находящимся «под судом» (при условии отсутствия действительного запрета суда об этом), являются недобросовестными.

Такие рассуждения о законной силе решения, которое в дальнейшем отменено как ошибочное с выводом о его незаконности или как вынесенное без учета существенных обстоятельств, кажутся убедительными, если не принять во внимание другую сторону этой проблемы. Вызывает серьезные возражения тезис, по которому ошибочное и незаконное решение может быть основанием для возникновения у приобретателя прав на имущество другого лица. Приведем пример.

В производстве одного из судов города Одессы находилось гражданское дело, по результатам рассмотрения которого принято решение о признании сделки действительной и признании права собственности на определенное недвижимое имущество. На основании решения суда, по результатам рассмотрения указанного гражданского дела, признана действительной сделка, которая не соответствовала требованиям закона, по крайней мере по форме, и право собственности на спорное имущество зарегистрировано за истцом в соответствующем государственном реестре.

В дальнейшем указанное решение, пересмотренное по вновь открывшимся обстоятельствам, было отменено, а дело назначено к новому судебному рассмотрению. Как выяснилось впоследствии (уже после отмены решения), от имени ответчика выступило не уполномоченное им лицо (вероятно, на основании сфальсифицированной доверенности). Действия представителя ответчика были недобросовестными и не отвечали интересам собственника спорной вещи.

Однако за время после вступления указанного решения в законную силу и его отмены состоялось заключение трех договоров, предметом которых было отчуждение спорного имущества. Основной целью заключенных договоров являлась легитимация факта приобретения вещи последним приобретателем, поскольку смена собственника этого имущества происходила только в тексте договоров и не сопровождалась фактической передачей спорного имущества иному лицу.

Подобный пример судебной практики достаточно обоснованно дает основания для вывода, что при таких условиях подобное неправомерное решение суда не может быть достаточным и надлежащим основанием для возникновения у стороны, в пользу которой это решение было постановлено, правоммерно приобретенных гражданских прав.

Таким образом, подводя итог, можно отметить следующее.

В науке гражданского права и в практике его применения необходимо неукоснительно придерживаться принципа четкого разграничения сфе-

ры применения различных способов защиты гражданских прав, в основе чего должны быть характер правовых отношений между сторонами, а также характер нарушения гражданских прав и интересов. При этом разграничение реституционного и виндикационного требований должно основываться на четкой квалификации правовых отношений, существующих между сторонами, и на характере нарушения права. Из этого можно сделать следующие выводы.

Во-первых, судебная практика должна развиваться путем применения такого правового инструментария, который соответствует характеру нарушения, а не искать упрощенные и универсальные средства «на все случаи жизни». Необходимо поддерживать мнение К. Скловского о том, что цель правоприменительной практики состоит в вытеснении примитивизации, чрезмерного упрощения юридической картины мира, которые царили в последние десятилетия. Среди их последствий – известный страх перед сложными решениями, избегание изящных юридических инструментов. Впрочем, в условиях осложнения оборота становится заметным, что применение реституции в контексте защиты владения и вещных прав настойчиво требует обращения именно к сложным техническим решениям, а простые решения заводят в тупик¹. Во-вторых, в судебной практике реституция должна применяться как нетипичное правовое средство, име-

ющее яркую публично-правовую природу, а потому оно весьма ограничено.

Анализируя основания и условия возникновения права на недвижимое имущество, суду необходимо уделять должное внимание в ходе исследования обстоятельств дела не только факту регистрации соответствующего права в определенном государственном реестре, но и передаче вещи приобретателю. Этот факт должен быть определенным образом зафиксирован.

Следует отметить факт осознания проблемы выбора надлежащего способа защиты гражданских прав высшим судебным органом – Верховным Судом Украины, а также поддержать попытку разрешения этой проблемы. Впрочем, упомянутое постановление Пленума Верховного Суда Украины от 6 ноября 2009 г. № 9 по вопросу избрания решений по изучаемой тематике не всегда отличается последовательностью и внутренней непротиворечивостью. Четкого и приемлемого ответа о критериях разграничения сфер применения виндикации и реституции ныне единообразная судебная практика, к сожалению, не дает.

Требование о признании сделки недействительной и применении последствий ее недействительности не является способом защиты права собственности в узком смысле этой категории. Целью признания сделки недействительной и применения реституции в буквальном смысле не является защита именно права собственности и возврат спорного имущества непосредственно владельцу, поскольку основная цель заключается

¹ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учеб.-практ. пособие / К. И. Скловский. – М., 1999. – С. 496.

в устранении негативных последствий недействительной сделки, возвращении сторон в состояние, предшествовавшее совершению такой сделки, безотносительно к вопросу о владельце спорного имущества. По-видимому, слишком широкое по смыслу определение способов защиты права собственности и неоправданное отношение к числу таких способов требования о признании сделки недействи-

тельной (и применение последствий этого) приводит к смешению сферы применения различных правовых институтов (в частности, с вещно-правовыми способами защиты права собственности), а также к отсутствию учета тех принципиальных разногласий, которые существуют между названными правовыми институтами.

*Опубликовано: Право України. – 2011.
– № 5. – С. 77–86.*

Актуальные проблемы кодификации национального и международного экологического права

Экологическое право является одной из наиболее гуманистических отраслей национального и международного права. Его целью является урегулирование комплекса общественных отношений, направленных на охрану окружающей среды, рациональное использование природных ресурсов и обеспечение экологической безопасности. При этом наибольший эффект достигается при условии гармонизации национального и международного экологического права. Сегодня такой гармонизации у нас еще нет, что в значительной мере обусловлено различными темпами и различными подходами к кодификации национального экологического законодательства и международного экологического права. О некоторых аспектах этой проблемы и пойдет речь ниже.

Кодификация национального экологического законодательства. Основываясь на принципе верховенства международного права, ее лучше

было бы осуществлять после кодификации международного экологического права. Но последняя по темпам сегодня явно отстает от кодификации национального экологического законодательства. В Украине, в частности, она началась еще в 1960 г., когда был принят Закон «Об охране природы Украинской ССР». В 1991 г. кодификация была продолжена Законом Украины «Об охране окружающей природной среды», действующим и ныне.

Подобным образом развивается кодификационный экологический процесс и в других государствах постсоветского пространства. Итак, сейчас проблема заключается не в закладывании основ соответствующего процесса, а в его дальнейшем совершенствовании.

Что же касается международного экологического права, то здесь все начинается с чистого листа. Ведь в этой сфере практические работы по системной кодификации международно-

го экологического права фактически еще не проводились.

Необходимость проведения новой кодификации экологического законодательства Украины обусловлена тем, что Закон Украины «Об охране окружающей природной среды» был принят еще в советское время и уже существенно устарел. Он построен на концептуальных основах того времени и не обеспечивает системной экологизации всех сфер общественной жизни. Даже терминология Закона не согласуется с международной, принятой в этой области. Предметом охраны по Закону выступает «окружающая природная среда», тогда как в современном международном праве – «окружающая среда».

Новый этап кодификации экологического законодательства Украины связан не только с содержанием соответствующего процесса, но и с формой будущего системообразующего акта. По моему мнению, им должен стать Экологический кодекс Украины. Это соответствует современным европейским тенденциям. Подготовка проектов таких кодексов осуществляется сейчас в России, Германии, Республике Беларусь и ряде других стран. Межпарламентская Ассамблея СНГ приняла Модельный экологический кодекс, рекомендованный для использования в соответствующих странах.

Уже действуют экологические кодексы во Франции, Республике Казахстан и других странах.

Разработка проекта Экологического кодекса Украины предусмотрена Основными направлениями государственной политики Украины в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности,

утвержденными Постановлением Верховной Рады Украины от 5 марта 1998 г. и Рекомендациями парламентских слушаний относительно соблюдения требований природоохранительного законодательства в Украине, одобренными Постановлением Верховной Рады Украины от 20 февраля 2003 г.

Необходимость принятия Кодекса обусловлена потребностью в дальнейшей экологизации хозяйственной деятельности, усилении влияния государственных мер, направленных на обеспечение экологической безопасности в стране, в том числе законодательных, которые должны придать экологической политике в Украине системный характер, активизировать деятельность в этой сфере общественных отношений всех органов государственной власти и органов местного самоуправления, а также соответствующих общественных объединений.

Несколько лет назад в Институте государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины были разработаны Концепция и проект Экологического кодекса Украины. Эти документы были направлены в соответствующие государственные органы. С ними началась работа в Верховной Раде Украины, прервавшаяся в связи с выборами нового состава украинского парламента. По моему убеждению, сейчас есть реальная потребность в ускорении соответствующей работы¹.

¹ Шемшученко Ю. С. Екологічний кодекс України в системі відповідної галузі законодавства / Ю. С. Шемшученко // Стан та перспективи розвитку аграрного права. – К., 2005; Шемшученко Ю. С. К вопросу об Экологическом кодексе Украины / Ю. С. Шемшученко // Проблемы совершенствования методики преподавания эколого-правовых и аграрно-правовых учебных дисциплин в юридических вузах России. – М., 2007.

Ключевой методологической идеей Экологического кодекса Украины, по моему мнению, должно стать закрепленное в ст. 50 Конституции Украины право граждан на безопасную для жизни и здоровья окружающую среду и на возмещение причиненного нарушением этого права ущерба. К системе экологических прав граждан следует также отнести право на экологическую информацию, участие в принятии экологически важных решений, проведении экологической экспертизы, на приобретение в собственность и пользование природных объектов, экологическое образование, объединение в общественные экологические организации и т. д.

Кодексом должен быть урегулирован весь спектр вопросов, связанных с охраной окружающей среды как единого целого, обеспечением экологической безопасности в контексте устойчивого развития в областях, где возникают экологические проблемы. Речь идет фактически о закреплении государственной системы охраны окружающей среды, включающей научно обоснованную организацию учета природных ресурсов, прогнозирование, планирование, материально-техническое обеспечение, нейтрализацию вредных воздействий на окружающую среду, ликвидацию их последствий и т. д.

В юридической литературе проблему кодификации экологического законодательства иногда сводят к тому, чтобы вобрать в Экологический кодекс все природно-ресурсное законодательство – Земельный, Водный, Лесной кодексы, Кодекс законов

о недрах, законы об охране атмосферного воздуха и животного мира и т. д. Мы не разделяем этой точки зрения, потому что это будет не кодификация, а систематизация соответствующего законодательства. Природоресурсное законодательство у нас в целом кодифицировано на приемлемом уровне. Что же касается Экологического кодекса, то он должен быть наполнен нормами системообразующего характера. Его соотношение с природоресурсным законодательством можно определить в виде формулы взаимосвязи интегрированной и дифференцированной составляющих в регулировании экологических отношений.

В Экологическом кодексе следует тщательно выписать механизм государственного управления и контроля в области охраны окружающей среды, обеспечения рационального природопользования. Речь идет, в частности, об экологических полномочиях Верховной Рады, Президента и Кабинета Министров Украины, других государственных органов и органов местного самоуправления.

Здесь же уместно полнее, чем сейчас, определить правовой статус специально уполномоченного государственного органа. Следует при этом изменить его название – Министерство охраны окружающей природной среды переименовать в Министерство экологии Украины.

В Кодексе следует четко выписать принципиальные основы применения к нарушителям экологических правил гражданской, уголовной, административной, дисциплинарной ответственности, предусмотреть на-

дежные гарантии возмещения в соответствующих случаях экологического ущерба. Экологические деликты отличаются специфическими особенностями. Этим обусловлена необходимость их судебного рассмотрения судьями, имеющими специальную экологоправовую подготовку.

Экологическая Конституция Земли. Она может стать главным системообразующим актом, способным обеспечить кодификацию международного экологического права. Таким актом могут быть также Экологический кодекс Земли или Всемирный договор об обеспечении экологической безопасности. Дело здесь не в терминологии, а в том, что форма Конституции уже получила определенную международно-правовую «обкатку». Предложение о целесообразности разработки и принятия Экологической Конституции Земли, в частности, не сколько раз звучало от высшего руководства Украины с трибуны ООН.

Для чего нужна указанная Конституция? Дело в том, что сейчас, по данным ЮНЕП¹, действует около 250 только многосторонних международных экологических договоров. Ученые, кроме того, насчитали несколько тысяч двусторонних и региональных договоров экологического характера. Они были заключены в разные годы, недостаточно согласованы между собой, а часть из них просто исчерпала свой ресурс. Это стало одной из важных причин недостаточной эффективности действующего международного

¹ Программа ООН по окружающей среде (англ. UNEP, United Nations Environment Programme).

экологического права. Выход здесь один – проведение кодификации и систематизации этого права, в частности, путем принятия Экологической Конституции Земли.

В Институте государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины уже проведены соответствующие теоретические разработки данной проблемы. Автором этих строк лично опубликован ряд статей относительно содержания и формы будущей Экологической Конституции Земли в научных изданиях Украины и России².

Ключевой методологической идеей для Конституции может быть доктрина права человека на безопасную окружающую среду. Она является более широкой, чем концепция такого права гражданина, предлагаемая для Экологического кодекса Украины. Право человека на безопасную окружающую среду не зафиксировано ни во Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), ни в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), ни в международных Пактах о гражданских, политических, экономических, социальных и культурных правах (1966 г.).

² Шемшученко Ю. С. Екологічна конституція Землі: від ідеї до практичного втілення / Ю. С. Шемшученко // Вісн. НАН України. – 2007. – № 9; Шемшученко Ю. С. Всесвітній договір про екологічну безпеку Землі як системоутворюючий акт міжнародного екологічного права / Ю. С. Шемшученко // Правова система України: історія, стан та перспективи. – К., 2008. – Т. 4; Шемшученко Ю. С. Плюс екологізація всієї Землі (проблеми кодифікації міжнародного екологічного права) / Ю. С. Шемшученко // Екол. право. – 2009. – № 2–3.

Только косвенно говорится об этом праве в Стокгольмской декларации по окружающей среде и Декларации Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию. Обошли этот вопрос и в других международно-правовых актах экологического характера.

Национальный опыт в данном случае оказался впереди опыта международного. Концепция права гражданина на безопасную (благоприятную) окружающую среду теоретически была разработана в 70–80-х гг. XX ст. правоведами-экологами России, Украины, Беларуси и Казахстана. После распада СССР концепция получила практическую реализацию. Сейчас право гражданина на безопасную окружающую среду включено в новые конституции государств, возникших на постсоветском пространстве, а также ряда стран Центральной и Восточной Европы.

Право человека на безопасную окружающую среду является отправной точкой для формирования всех других экологических прав человека, а его обеспечение – главной целью международного экологического сотрудничества государств. Следовательно, это право должно найти надлежащее отражение именно в Экологической Конституции Земли.

Вслед за этим правом в данном акте следует закрепить все основные принципы охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов. Их целесообразно сгруппировать по критерию целей.

В первую группу войдут принципы обеспечения права человека на безопасную окружающую среду (де-

ятельность, создающая угрозу состоянию окружающей среды или нарушающая экологические предписания законодательства, направленные на защиту среды обитания человека, его здоровья, должна ограничиваться, останавливаться, прекращаться, запрещаться; предписания законодательства должны предусматривать систему нормативов, стандартов, требований по природопользованию, содействующую обеспечению способности окружающей среды удовлетворять эстетические, рекреационные, оздоровительные, культурные, научные и другие потребности человека и т. д.).

Ко второй группе относятся принципы сохранения биологического разнообразия (установление системы охранных территорий или территорий, на которых необходимо принимать специальные меры для сохранения биологического разнообразия; содействие защите экосистем, естественных мест обитания и обеспечению жизнеспособных популяций видов в естественных условиях; осуществление мер по реабилитации и восстановлению деградировавших экосистем и содействие восстановлению видов, находящихся под угрозой исчезновения, в частности, путем разработки и осуществления планов и других стратегий рационального использования, предупреждения риска, связанного с использованием видоизмененных искусственным путем живых организмов, которые могут вызвать пагубные экологические последствия, способные влиять на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия).

Третью группу составляют принципы обеспечения устойчивого природопользования (биологические ресурсы должны использоваться только в пределах их природной способности к воспроизводству; обеспечивается повторность в пользовании ресурсами многократного использования, в частности воды; ресурсы, которые не воспроизводятся, эксплуатируются с учетом их запасов, обеспечивается их максимально полная переработка; нарушенные земли рекультивируются; решения, касающиеся использования, сохранения природных ресурсов, должны основываться на комплексной оценке экономической и неэкономической ценности природных ресурсов и продукции из них, а также экологических затрат и достижений и т. д.).

К четвертой группе относятся принципы по предупреждению нанесения экологического вреда и ответственности за ущерб, причиненный окружающей среде (ни внутренняя, ни внешняя деятельность государства не должна наносить экологический ущерб, в частности, окружающей среде соседних государств; государства должны принимать всевозможные меры (законодательные, регламентационные или полицейские) для предотвращения трансграничных загрязнений, происходящих с их территорий; государства обязаны принимать необходимые меры по эффективному запрету использования средств воздействия на природную среду, имеющих долгосрочные последствия и т. д.).

Существенное значение имеет четкое выделение в предлагаемом

акте объектов международно-правового регулирования в этой сфере. К ним, по моему мнению, относятся окружающая среда в целом, а также океаны, моря, континентальные воды, атмосферный воздух, околоземное космическое пространство, дикие флора и фауна и т. д. Внимание, кроме того, следует уделить и сферам экономики, где возникают экологические проблемы. Речь идет об экологических проблемах в промышленности, энергетике, сельском хозяйстве, на транспорте и т. д.

В механизме охраны окружающей среды следует выделить законодательные, экономические, организационные, информационные, образовательные, научно-технические, судебные и другие меры. Законодательные меры предусматривают прежде всего принятие эффективных законодательных актов по вопросам охраны окружающей среды, экологических стандартов и нормативов. Государства должны сотрудничать с целью разработки международно-правовых норм по вопросам ответственности и компенсации за негативные последствия экологического ущерба.

Экономические меры предусматривают: разработку планов по охране окружающей среды, обеспечение устойчивого природопользования как составляющих планов социально-экономического развития; финансирование природоохранных мер из средств бюджетов и других источников; страхование ответственности за загрязнение окружающей среды (экологическое страхование); сочетание экономической и экологической оценки по

следствий принятия решений, касающихся окружающей среды, использование природных ресурсов; предоставление финансовой поддержки субъектам хозяйствования, реализующим экологически значимые проекты и т. д.

Организационные меры обеспечивают участие государств, государственных органов, органов местного самоуправления, а также общественности в охране окружающей среды, обеспечении экологической безопасности. Они предусматривают сотрудничество государств в лице уполномоченных органов в целях разрешения экологических проблем; организацию наблюдения за состоянием природных процессов, проведение экологической экспертизы проектов хозяйственной деятельности и экологического аудита действующих предприятий и других хозяйственных объектов; обеспечение участия населения в процессах принятия экологически значимых решений; контроль за реализацией мер по охране окружающей среды и рациональному использованию природных ресурсов.

Информационные меры осуществляются с целью получения данных о состоянии окружающей среды, информирования об этом состоянии населения, обмена соответствующей информацией между государствами. Они должны основываться на обеспечении свободного доступа граждан к экологической информации, оперативности межгосударственного обмена информацией о чрезвычайных ситуациях техногенного и природного происхождения, а также о трансграничных загрязнениях.

Образовательные меры должны предусматривать распространение экологических знаний всеми доступными методами, подготовку специалистов экологического профиля и т. д.

Научно-техническое обеспечение окружающей среды предусматривает разработку новых экологически чистых, ресурсосберегающих технологий, обмен соответствующими научно-техническими знаниями и т. д.

Судебный механизм рассмотрения экологических споров является важным средством защиты экологических интересов государств и права человека на безопасную окружающую среду. Целесообразно было бы предусмотреть создание международного экологического суда для рассмотрения экологических споров между государствами.

Экологическая Конституция Земли должна не только зафиксировать право человека на безопасную окружающую среду, но и определиться с международным органом, на который будет возложено наблюдение и контроль за реализацией этой Конституции. Вряд ли эти функции может успешно выполнять ЮНЕП. Ее деятельность в последнее время критиковалась на различных экологических форумах, в том числе с трибуны ООН.

По моему мнению, таким органом мог бы стать Совет экологической безопасности ООН. Его можно было бы образовать путем реформирования ЮНЕП. Этому Совету следовало бы придать статус международной специализированной организации и наделить его широкими полномочиями по обеспечению безопасной окружающей среды.

Таким образом, Экологическая Конституция Земли направлена на установление и обеспечение нового глобального экологического правопорядка на принципах международного экологического сотрудничества. Также она будет стимулировать кодификацию национального экологического законодательства, его гармонизацию с международным экологическим правом.

Кроме того, не исключено, что эта Конституция повлечет за собой принятие соответствующих региональных конституций. В любом случае разработка и принятие Экологической Конституции Евразии уже запланирована образованным в Киеве в октябре 2010 г. Евразийским объединением зеленых партий, в состав которого во-

шли соответствующие партии Украины, России, Беларуси и Казахстана¹.

Принятие Экологической Конституции Земли, конечно, дело непростое. Сейчас в мире существуют как сторонники, так и противники этой идеи. Но откладывать этот вопрос нецелесообразно. По моему мнению, мировое сообщество должно добиваться созыва в рамках ООН специальной международной конференции для разработки и принятия Экологической Конституции Земли по типу Конференции ООН по морскому праву. Это не абстрактная идея, а реальный ответ на экологические вызовы XXI века, с которыми связана дальнейшая судьба всего человечества.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 3–4. – С. 5–19.

¹ Лиман М. «Партия «Зеленые»: Армагеддона не будет / М. Лиман // Аргументы и факты в Украине. – 2010. – № 40.

УДК 349.4(477)

М. Шульга, заведующий кафедрой земельного и аграрного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Земли сельскохозяйственного назначения – основа продовольственной безопасности Украины

Известно, что сущность продовольственной безопасности государства как составной национальной безопасности Украины заключается в защищенности жизненно важных интересов человека, которая выражается в гарантировании государством беспрепятственного экономического доступа человека к продуктам питания, то есть любой продукции животного и растительного происхождения и изделий из нее, предназначенных для питания, с целью поддержания его нормальной жизнедеятельности.

Главным источником получения сельскохозяйственной продукции выступает сельскохозяйственное производство, функционирование которого неразрывно связано с использованием земли в качестве основного средства производства.

Надлежащее обеспечение количественного, качественного и безопасного состояния не только сельскохозяйственной продукции, но и продук-

тов питания было и остается актуальной проблемой государственной политики. В данном случае речь идет не только о гарантировании отсутствия риска для генетических, патологических и других изменений в организме человека при употреблении продуктов питания, но и обеспечения полного удовлетворения потребностей как общества в целом, так и каждого его члена надлежащими продуктами питания. Действующее законодательство призвано обеспечить решение обозначенных проблем.

Правовые проблемы национальной безопасности Украины вообще и продовольственной безопасности как ее составляющей были предметом специального исследования в юридической литературе. Так, представители земельно-правовой науки (В. И. Андрейцев, Н. И. Титова, П. Ф. Кулинич, Т. Г. Ковальчук и др.) неоднократно обращались к анализу проблем, связанных с использованием и охраной

земель сельскохозяйственного назначения как основы производства сельскохозяйственной продукции, законодательным обеспечением качества и безопасности продуктов питания, а также других аспектов названной тематики. Эти проблемы в современных условиях актуализируются в связи с тем, что Украина столкнулась с ситуацией, когда она сама себя уже не обеспечивает в достаточной мере определенными продуктами питания. Как подчеркнул премьер-министр Украины в эксклюзивном интервью агентству «Интерфакс-Украина», в 2009 г. Украина импортировала больше 550 тыс. т мяса (далеко не лучшего качества), сегодня она импортирует значительные объемы сливочного масла, гречневой крупы и др.¹

Земли сельскохозяйственного назначения в составе земель Украины как большой аграрной страны, которая располагает самыми ценными почвами, занимают центральное место. По данным Государственного комитета Украины по земельным ресурсам, их площадь в 2010 г. составляла 42,814 млн га, то есть больше 70 % всей территории государства. Названные земли, будучи общим условием и предметом сельскохозяйственного труда, а также основным и незаменимым средством производства сельскохозяйственной продукции, выступают основой продовольственной безопасности государства. Они являются уникальным природным ресурсом, фундаментом экономического развития государства и материального бла-

госостояния украинского народа. Принципиальное конституционное предписание, согласно которому «земля является основным национальным богатством, которое находится под особой охраной государства», касается в первую очередь именно этих земель.

Законодательное закрепление принципа приоритетности данных земель обуславливают особенности их правового режима. Сущность этого принципа составляет общее требование законодательства в виде специальных правил, направленных на сохранение земель сельскохозяйственного назначения как наиболее ценных. В соответствии со ст. 23 Земельного кодекса Украины земли, пригодные для нужд сельского хозяйства, должны предоставляться прежде всего для сельскохозяйственного использования. Определение земель, пригодных для нужд сельского хозяйства, осуществляется на основании данных государственного земельного кадастра.

Одним из доминирующих факторов, которые определяют изложенный подход законодателя к названным землям, является то, что они выступают базой продовольственной безопасности государства. Это связано с тем, что главное целевое назначение данных земель заключается в использовании их для потребностей прежде всего сельскохозяйственного производства. Возможность такого использования предопределена объективными факторами, а именно их естественными свойствами. Самой ценной составляющей земель сель-

¹ См. : Земельне право України : теорія і практика. – 2011. – № 1. – С. 5.

скохозяйственного назначения выступают пахотные земли, характеризующиеся наличием грунтового покрова, которому присуще уникальное естественное свойство плодородия. Именно это свойство обеспечивает пахотным землям (пашне) значение основного средства производства зерновой, овощной и иной продукции, выращивания технических, кормовых и других сельскохозяйственных культур.

Качественные показатели поверхностного плодородного слоя этих земель охватываются термином «почвы», которые характеризуются содержанием гумуса, то есть комплекса специфических органических веществ, предопределяющих их естественное свойство плодородия. Именно благодаря такому свойству земли сельскохозяйственного назначения выполняют уникальную и незаменимую функцию основного средства производства продукции растениеводства и животноводства. Эта продукция выступает прежде всего в виде продуктов питания для населения, а также кормов для животных и сырья для промышленности.

Согласно ч. 4 ст. 22 Земельного кодекса Украины земельные участки сельскохозяйственного назначения для ведения товарного сельскохозяйственного производства используются в соответствии с разработанными и утвержденными в установленном порядке проектами землеустройства, обеспечивающими эколого-экономическое обоснование севооборота и упорядочение угодий, а также предусматривающими меры по охране земель. Это создает основу для получе-

ния экологически чистой сельскохозяйственной продукции.

Использование данных земель для производства сельскохозяйственной продукции осуществляется преимущественно аграрными товаропроизводителями различных организационно-правовых форм: сельскохозяйственными обществами с ограниченной ответственностью, сельскохозяйственными акционерными обществами, фермерскими хозяйствами, сельскохозяйственными кооперативами и др. При этом их непосредственная эксплуатация согласно действующему земельному законодательству возможна как на праве собственности на землю, так и на условиях аренды, то есть или самими собственниками, или арендаторами. Использование земель сельскохозяйственного назначения характеризуется своей спецификой, которая предопределена двумя главными факторами: природными особенностями данных земель и их важными социальными функциями. Земельное законодательство пытается максимально обеспечить рациональное использование и охрану этих земель путем закрепления особенностей их правового режима. Этот режим как результат правовой регламентации общественных земельных отношений с учетом природных и социальных особенностей земель должен обеспечивать не только интересы субъектов соответствующих отношений, но и специальный порядок использования данных земель, которые находятся преимущественно в частной собственности граждан Украины в результате осуществления земельной реформы.

Правовое регулятивное влияние на земли сельскохозяйственного назначения как основу продовольственной безопасности страны закрепляется законом в ряде принципиальных положений, которые характеризуют особенности правового режима данных земель.

Во-первых, основными субъектами права частной собственности на земли сельскохозяйственного назначения действующее законодательство признает прежде всего граждан Украины. Так, по данным Госкомзема Украины, из 15,91 млн государственных актов на право частной собственности на земельный участок 15,41 млн принадлежат именно гражданам Украины. При этом подавляющее большинство государственных актов (6,5 млн) удостоверяют право частной собственности граждан на земельные участки сельскохозяйственного назначения, полученные ими в процессе приватизации земель коллективных сельскохозяйственных предприятий.

Закон не исключает возможность нахождения земель сельскохозяйственного назначения в частной собственности негосударственных и некоммунальных сельскохозяйственных предприятий: фермерских хозяйств, сельскохозяйственных кооперативов, частных аграрных предприятий и др.

Частные собственники земель сельскохозяйственного назначения, предназначенных для ведения товарного сельскохозяйственного производства, либо сами используют их в качестве основного средства сельскохозяйственного производства, либо передают их в аренду.

В постоянном пользовании государственных и коммунальных сельскохозяйственных предприятий находится незначительная часть земель сельскохозяйственного назначения. В соответствии со ст. 24 Земельного кодекса Украины эти предприятия могут арендовать земельные участки, находящиеся в собственности граждан и юридических лиц.

Сегодня, когда мир охвачен дефицитом продовольствия – продукции сельскохозяйственного производства, потенциальный интерес инвесторов к отечественным землям сельскохозяйственного назначения существенно возрастает. Это связано с тем, что по данным Организации экономического сотрудничества и развития прогнозируется постоянный рост мирового населения на 1,1 % в год, который потребует до 2050 года увеличения производства продуктов питания на 70 %. Ожидается, что в Китае, Индии, России и Украине рост производства продовольствия значительно превысит 20 %¹.

Во-вторых, среди факторов, которые должны обеспечивать продовольственную безопасность страны, самостоятельное место занимает возмещение потерь сельскохозяйственного производства. В соответствии со ст. 207 Земельного кодекса Украины потери сельскохозяйственного производства включают потери сельскохозяйственных угодий, а также потери, связанные с ограничением в землепользовании и ухудшением качества земель сельскохозяйственного назначения. Как предусмотрено ст. 207 Зе-

¹ Фокус. – 2011. – № 4. – С. 23.

мельного кодекса Украины, по общему правилу площади сельскохозяйственных угодий (пашня, многолетние насаждения, сенокосы, пастбища, залежи) не должны уменьшаться и соответствующие земельные участки переводиться в другие категории земель. В том же случае, когда объективно не обойтись без сокращения площади сельскохозяйственных угодий, или же имеет место ограничение прав собственников земель и землепользователей, либо ухудшение качества сельскохозяйственных угодий, то возникшие вследствие этого потери должны быть возмещены. Потери сельскохозяйственного производства включают потери сельскохозяйственных угодий; потери, причиненные ограничением в сельскохозяйственном землепользовании; потери, причиненные ухудшением качества земель. Потери сельскохозяйственных угодий обусловлены сокращением их площади в результате законного прекращения прав на них и последующего использования для нужд, не связанных с сельскохозяйственным производством. В данном случае такое возмещение потерь не является юридической санкцией. Несколько иной характер имеет возмещение потерь при ограничении прав собственников земли и землепользователей, в том числе арендаторов, или ухудшении качества угодий в результате негативного влияния, вызванного деятельностью граждан, юридических лиц, органов местного самоуправления или государства. Здесь речь может идти о потерях как результате правомерных действий, так и правонарушений.

Возмещение потерь сельскохозяйственного производства осуществляется независимо от того, кому принадлежат сельскохозяйственные угодья (государству, территориальной громаде, физическим или юридическим лицам). Важным обстоятельством выступает здесь лишь то, что соответствующие сельскохозяйственные угодья утрачивают свою функцию главного средства производства в сельском хозяйстве и выбывают из хозяйственного оборота или же ухудшается их качество, либо устанавливается ограниченный режим их использования по целевому назначению.

Возмещение потерь сельскохозяйственного производства является одним из мероприятий, которое обеспечивает сохранение количественных и качественных характеристик земель сельскохозяйственного назначения, используемых в качестве средства производства в сельском хозяйстве. Сущность возмещения потерь заключается в компенсации расходов, обусловленных необходимостью привлечения в сельскохозяйственный оборот новых земель вместо тех, которые перестали использоваться по целевому назначению, или улучшения качества используемых угодий.

Продовольственное обеспечение государства непосредственно связано с повышением роли земель сельскохозяйственного назначения, состоянием их использования и охраны, уменьшением зависимости сельскохозяйственного производства от неблагоприятных природно-климатических условий, улучшением экологического состояния сельскохозяйственных угодий.

В настоящее время земельные отношения фактически превратились в сдерживающий фактор развития производительных сил, прежде всего в сельской местности, где земля выступает главным ресурсом человеческого развития. Об этом свидетельствует, в частности, чрезвычайно затрудненный доступ к земельным ресурсам субъектов ведения хозяйства, государство по существу не выполняет функции гаранта конституционных прав на землю, хотя, как известно, качественное состояние земель сельскохозяйственного назначения неуклонно ухудшается.

Земельная реформа, начавшаяся в Украине еще в 1990 г., к сожалению, не стала предпосылкой для формирования высокопродуктивного землепользования в аграрной сфере, а земля – главное средство производства в сельском хозяйстве – продолжает использоваться с низкой отдачей. Рыночный оборот земельных участков сельскохозяйственного назначения законодательно, экономически и инфраструктурно пока не подготовлен. Между тем вопрос относительно отмены моратория на отчуждение земельных участков сельскохозяйственного назначения, используемых для ведения товарного сельскохозяйственного производства, и формирование рынка этих земель является одним из наиболее дискуссионных и заполитизированных вопросов государственной земельной политики в стране. Нерешение этого вопроса в течение многих лет приводит к накоплению значительного количества проблем в сельском хозяйстве страны и в том числе продовольственного обеспечения.

На сегодня неизбежность легализации рыночного оборота земельных участков сельскохозяйственного назначения и прав на них признает как само общество, так и большинство политических сил. Но формирование рынка этих земель как главного ресурса развития экономики и основы продовольственной безопасности возможно лишь при условии нормативно-правового обеспечения принципов его функционирования. При этом следует подчеркнуть, что для нашего государства важным является не только и не столько признание целесообразности рынка земель сельскохозяйственного назначения, сколько выбор соответствующих путей и методов его формирования. Такой рынок должен быть прозрачным и характеризоваться целым рядом специфических особенностей, поскольку земля, будучи объектом рынка, не является классическим товаром и имеет естественное происхождение.

Следовательно, последующая судьба земель сельскохозяйственного назначения, предназначенных для ведения товарного сельскохозяйственного производства, как и судьба всех аграрных социально-экономических преобразований в государстве непосредственно зависит от формирования такой модели земельного рынка этих земель, которая должна отвечать как интересам общества (в части обеспечения продовольственной безопасности), так и аграрных товаропроизводителей.

Опубликовано: Вісн. Харк. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2011. – № 945. – С. 178–182.

В. Щербина, академик НАПрН Украины,
заведующий кафедрой хозяйственного
права Киевского национального универ-
ситета имени Тараса Шевченко

История развития хозяйственной юрисдикции в Украине (1922–2011 годы)

Общая характеристика организа- ции и деятельности арбитражных комиссий

До 1922 г. в Украине не существовало специальных органов для разрешения хозяйственных споров между государственными предприятиями и организациями.

В условиях строго централизованного управления народным хозяйством, отсутствия хозрасчета и денежных расчетов споры, если они возникали между предприятиями, рассматривались в административном порядке, в порядке подчиненности.

Статья 15 Декрета о суде № 2 (Декрет Всероссийского Центрального Исполнительного комитета и Совета Народных Комиссаров РСФСР от 2 декабря 1917 г.¹) устанавливала, что судебные иски между различными казенными учреждениями не допускаются.

¹ РСФСР. – 1917–1918. – № 26. – Ст. 347.

После окончания гражданской войны с переходом государственных предприятий на хозрасчет и развитием договорных связей возникла потребность в создании специальных органов для разрешения и урегулирования споров, возникающих во взаимоотношениях социалистических предприятий и организаций. Поэтому 3 апреля 1922 г. постановлением Президиума Высшего Совета Народного Хозяйства (ВСНХ) были созданы Арбитражная комиссия при ВСНХ и арбитражные комиссии при местных органах (промбюро, губсовнархозах), а также утверждено Положение об арбитражных комиссиях, статья 7 которого запрещала учреждениям и органам, входящим в систему ВСНХ, передавать споры, возникающие между ними, на разрешение суда или иных административных инстанций.

Арбитражные комиссии рассматривали споры только между пред-

приятными и организациями, подчиненными ВСНХ, промбюро, губсовнархозам. По сути, эти арбитражные комиссии были предшественниками ведомственных арбитражей.

Через короткое время возникла потребность в создании органов, которые бы рассматривали споры между предприятиями и организациями разных ведомств. Этот вопрос был решен с принятием ЦИК и СНК РСФСР 21 сентября 1922 г. Положения о порядке разрешения имущественных споров между государственными учреждениями и организациями. Согласно Положению были созданы Высшая арбитражная комиссия при Совете Труда и Оборона, арбитражные комиссии при областных экономических советах, а со временем – и при губернских экономических совещаниях.

16 ноября 1922 г. было принято постановление СНК УССР о создании Высшей арбитражной комиссии УССР¹.

В связи с созданием Союза ССР арбитражная комиссия была создана при Совете Труда и Оборона СССР. Положение о ней утверждено постановлением ЦИК и СНК СССР от 6 июня 1924 г.²

Таким образом, организация арбитражных комиссий в СССР, как органов разрешения хозяйственных споров между социалистическими организациями, была в основном завершена в 1924 г.

По своему организационному построению арбитражные комиссии

были вспомогательными органами управления, поскольку создавались Советом Труда и Оборона с целью разгрузить себя от обязанности разрешать многочисленные конфликты.

По характеру деятельности (а она регулировалась также Правилами производства дел в арбитражных комиссиях, утвержденными постановлением СТО от 14 марта 1923 г.) арбитражные комиссии напоминали суды. Применялись нормы Гражданских процессуальных кодексов союзных республик; дела рассматривались коллегиально председателем и двумя членами, которые назначались органом, при котором создавалась арбитражная комиссия.

Деятельность арбитражных комиссий, созданных в начале перехода к НЭП, отражала хозяйственно-экономические условия того времени, а именно: хозрасчет не всегда соблюдался, система договорных отношений была развита недостаточно, а договорной дисциплине не уделялось должное внимание. Даже положения об арбитражных комиссиях предусматривали их право предоставлять отсрочку исполнения, заменять предмет исполнения другим предметом или денежным эквивалентом, в исключительных случаях освобождать должника полностью или частично от исполнения обязательства или от ответственности.

Такие широкие полномочия арбитражных комиссий не способствовали укреплению плановой и договорной дисциплины. Однако вместо реорганизации арбитражных комиссий и четкого определения их компетен-

¹ 33 УРСР. – 1922. – № 48. – Ст. 713.

² Вестн. ЦИК, СНК и СТО СССР. – 1924. – № 6. – Ст. 200.

ции было принято решение об их ликвидации. Сначала постановлением ЦИК и СНК СССР от 1929 г. были ликвидированы ведомственные арбитражные комиссии с передачей их споров государственным арбитражным комиссиям, а затем «с целью укрепления единства судебной системы СССР, поднятия хозяйственной дисциплины и повышения ответственности хозяйственных органов за свою работу» ликвидированы и государственные арбитражные комиссии (постановление ЦИК и СНК СССР от 4 марта 1931 г.). Споры, рассматриваемые государственными арбитражными комиссиями, передавались на разрешение судебных органов (но только споры между предприятиями разных ведомств). Споры предприятий одного ведомства подлежали рассмотрению вышестоящим органом сторон; создание ведомственных арбитражных комиссий было запрещено.

Создание и деятельность органов государственного и ведомственного арбитража

Фактически дела, рассматриваемые арбитражными комиссиями, не были переданы судам, поскольку принятым 20 марта 1931 г. Советом Народных Комиссаров СССР постановлением «Об изменениях в системе кредитования, укреплении кредитной реформы и обеспечении хозяйственного расчета во всех хозяйственных органах» предусматривалось, что все споры, возникающие между хозорганами по поводу заключенных ими договоров и связанные с материальной ответственностью одного из них пе-

ред другим, разрешаются органами государственного арбитража.

Постановлением ЦИК и СНК СССР от 3 мая 1931 г. было утверждено Положение о государственном арбитраже¹, в котором устанавливалось, что государственный арбитраж создается для разрешения имущественных споров между учреждениями и организациями общественного сектора в направлении, обеспечивающем укрепление договорной и плановой дисциплины и хозяйственного расчета. Положение определяло структуру органов государственного арбитража, их компетенцию и порядок деятельности. Органы арбитража были созданы при Совете Труда и Обороне СССР, при Экономических советах (совещаниях) союзных и автономных республик, краевых (областных) исполкомах и исполкомах автономных областей.

20 мая 1931 г. постановлением ЦИК и СНК СССР в Положение о государственном арбитраже было внесено изменение, согласно которому государственный арбитраж учреждался при СНК СССР, Совнархозах союзных и автономных республик, краевых, областных исполкомах и исполкомах автономных областей.

10 августа 1934 г. Госарбитраж при СНК СССР утвердил Правила рассмотрения и разрешения имущественных споров органами госарбитража².

Деятельность органов госарбитража не сводилась только к разрешению хозяйственных споров между хозяйст-

¹ СЗ СССР. – 1931. – № 26. – Ст. 203.

² Бюл. Госарбитража при СНК СССР. – 1934. – № 18.

венными органами. Самой жизнью была вызвана необходимость расширения его задач и функций, повышения его роли в народном хозяйстве. Об этом свидетельствует анализ постановлений Правительства СССР, касающихся деятельности государственного арбитража. Вот лишь некоторые из них.

В 1933 г. на органы госарбитража было возложено разрешение всех споров, возникающих между социалистическими организациями при заключении договоров.

В 1935 г. на органы госарбитража было возложено разрешение споров с участием колхозов при цене иска свыше 5 тыс. рублей.

В 1938 г. была расширена компетенция органов госарбитража в союзных республиках.

В 1939 г. на Госарбитраж возложено рассмотрение споров, возникающих при согласовании основных условий поставки товаров.

В 1952 г. на органы арбитража была возложена обязанность обобщать материалы рассматриваемых дел и направлять их по принадлежности министрам и руководителям ведомств СССР, Советам Министров союзных республик, облисполкомам, которым предлагалось принимать меры по устранению выявленных недостатков. На Госарбитраж при Совете Министров СССР возлагалась обязанность докладывать Правительству СССР о наиболее серьезных нарушениях хозрасчета, плановой и договорной дисциплины.

Приведенные факты свидетельствуют о том, что в течение всего времени существования государственно-

го арбитража правительством принимались меры по повышению его роли и совершенствованию деятельности. Однако, как свидетельствовала практика, в деятельности госарбитража выявились и существенные недостатки. Положение о Государственном арбитраже, принятое в 1931 г., устарело и не способствовало надлежащему рассмотрению хозяйственных споров в современных условиях управления народным хозяйством. Стала очевидной потребность перестроить и улучшить работу арбитража.

23 июля 1959 г. Совет Министров СССР принимает постановление «Об улучшении работы государственного арбитража»¹, в соответствии с которым арбитраж из органа, рассматривающего споры, превращался в орган, активно влияющий на улучшение работы хозяйственных органов, на выполнение плановых заданий, на укрепление хозрасчета. С этой целью на арбитраж были возложены новые функции (нормотворческая деятельность, дача разъяснений о применении Положений о поставках), существенно расширена функция борьбы с недостатками в работе хозяйственных органов. Была расширена компетенция арбитража путем передачи ему всех споров, рассматриваемых ранее (до 1 января 1960 г.) судами, кроме споров с участием колхозов.

17 августа 1960 г. постановлением Совета Министров СССР утверждается новое Положение о Государственном арбитраже при Совете Министров СССР².

¹ СП СССР. – 1959. – № 15. – Ст. 105.

² СП СССР. – 1960. – № 15. – Ст. 127.

С 1 июля 1963 г. вводятся в действие новые Правила рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами, утвержденные Госарбитражем при Совете Министров СССР¹.

В соответствии с общесоюзным законодательством в этот период развивалось и совершенствовалось и законодательство союзных республик.

Так, в постановлении СНК УССР от 2 июня 1931 г. «Об организации государственного арбитража» была определена цель его учреждения, структура, порядок назначения государственных арбитров и надзора за деятельностью областных органов.

30 марта 1945 г. постановлением СНК УССР было утверждено Положение о государственном арбитраже УССР², а 1 октября 1960 г. – Положение о государственном арбитраже при Совете Министров Украинской ССР³.

В 1963 г. в Украине была предпринята попытка реорганизовать систему государственного арбитража. Постановлением Совета Министров УССР от 28 августа 1963 г. «О реорганизации государственных арбитражей при исполнительных комитетах УССР» с 1 января 1964 г. вместо 25 областных Госарбитражей было учреждено 7 межобластных. Однако ухудшение их деятельности привело к тому, что постановлением Совета Министров УССР от 31 декабря 1965 г.

снова были восстановлены областные государственные арбитражи. Этим же постановлением было утверждено Положение о государственных арбитражах при исполнительных комитетах областных Советов депутатов трудящихся Украинской ССР⁴.

Нормативно-правовые акты, принятые в начале 60-х годов, содействовали значительному улучшению деятельности государственных арбитражей, однако в условиях экономической реформы снова встал вопрос о дальнейшем повышении их роли. Стремление усовершенствовать организацию и деятельность арбитража отразилось в постановлении Совета Министров СССР от 7 августа 1970 г. «О повышении роли органов государственного арбитража и арбитражей министерств и ведомств в народном хозяйстве»⁵.

Этим постановлением Государственному арбитражу при Совете Министров СССР, в частности, поручалось:

изучить вопрос о целесообразности централизации надзора за правильностью решений, принятых органами государственного арбитража при рассмотрении хозяйственных споров;

разработать новые Правила рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами, «имея в виду дальнейшее укрепление законности в деятельности арбитража и совершенствование порядка разрешения споров, обеспечение строгого соблюдения прав предприятий, организаций и учреждений в арбитражном процессе»;

¹ Сборник инструктивных указаний Государственного арбитража при Совете Министров СССР. – М. : Юрид. лит., 1967. – Вып. 26. – С. 3–25.

² ЗП УРСР. – 1945. – № 4–5. – Ст. 40.

³ ЗП УРСР. – 1960. – № 10. – Ст. 163.

⁴ ЗП УРСР. – 1965. – № 12. – Ст. 163.

⁵ СП СССР. – 1970. – № 15. – Ст. 122.

подготовить проект нового Положения о Государственном арбитраже при Совете Министров СССР.

Принципиальное и важное значение имело также постановление Совета Министров СССР от 17 января 1974 г. «О дальнейшем совершенствовании организации и деятельности органов государственного арбитража» и утвержденное им новое Положение о Государственном арбитраже при Совете Министров СССР¹.

Этим постановлением:

Государственный арбитраж при Совете Министров СССР был преобразован в союзно-республиканский орган и создана единая система Госарбитража СССР, в которую входили Госарбитраж при Совете Министров СССР, Государственные арбитражи при Советах Министров союзных республик, государственные арбитражи при исполкомах областных, краевых и городских Советов;

установлен централизованный порядок пересмотра решений арбитража в порядке надзора;

Госарбитражу при Совете Министров СССР было поручено принять меры по усилению воздействия органов государственного арбитража на улучшение правовой работы в народном хозяйстве, по более активному проведению пропаганды хозяйственного законодательства, координируя свою деятельность в этой сфере с Министерством юстиции СССР.

30 декабря 1976 г. Госарбитраж при Совете Министров СССР утвердил новые Правила рассмотрения хо-

зяйственных споров государственными арбитражами².

Принятие Правил оказало важное влияние на укрепление законности в деятельности как хозяйственных органов, так и органов государственного арбитража. Укреплялись процессуальные гарантии участников арбитражного производства, более четкой и налаженной стала арбитражная процедура. В общем, Правила 1976 г. стали важным шагом на пути совершенствования арбитражного процессуального законодательства.

Завершающий этап деятельности органов государственного арбитража связан прежде всего с принятием в 1977 г. Конституции СССР, в которой органы государственного арбитража впервые за всю историю своего существования получили закрепление в ст. 163, став, таким образом, конституционными органами. Вполне понятно, что Конституция СССР как Основной закон, как основа дальнейшего нормотворчества активизировала законодательный процесс в государстве. Значительные изменения произошли и в законодательстве об арбитраже.

В ч. 1 ст. 163 Конституции СССР было установлено, что разрешение хозяйственных споров между предприятиями, учреждениями и организациями осуществляется органами государственного арбитража в пределах его компетенции (аналогичные положения содержала и ст. 161 Конституции УССР 1978 г.). В ч. 2 ст. 163 Конституции СССР указывалось, что организация и порядок деятельности

¹ СП СССР. – 1974. – № 4. – Ст. 19.

² Бюл. нормат. актов министерств и ведомств СРСР. – 1977. – № 4. – С. 4–43.

органов государственного арбитража должны определяться Законом о государственном арбитраже в СССР.

30 ноября 1979 г. принят Закон «О государственном арбитраже в СССР»¹ (введен в действие с 1 июля 1980 г.), которым были изменены критерии подведомственности хозяйственных споров, введен процессуальный институт участия общественности в разрешении хозяйственных споров, значительно расширены права госарбитража при разрешении споров и принятии решений.

Принятые в развитие этого закона положения об органах государственного арбитража (Положение о Государственном арбитраже при Совете Министров СССР от 5 июня 1980 г.; Положение об органах государственного арбитража в Украинской ССР от 31 июля 1980 г.²) также имели особенности по сравнению с аналогичными предыдущими актами: во-первых, указанные Положения, в отличие от всех предыдущих, не содержали процессуальных норм; во-вторых, в Украине правовое положение органов государственного арбитража стало определяться одним Положением, а не двумя, как было ранее.

Значительные изменения претерпели и принятые 5 июня 1980 г. Правила рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами³:

во-первых, Правила впервые были утверждены постановлением Правительства (до этого все предыду-

щие Правила принимались Госарбитражем СССР), что, безусловно, повышало их юридическую силу;

во-вторых, Правила 1980 г. должны были применяться не только государственными, но и ведомственными арбитражами с учетом особенностей. До этого каждое министерство (ведомство) разрабатывало и утверждало свои Правила, принимая за основу общие Правила;

в-третьих, Правила 1980 г. содержали ряд новых норм и институтов, направленных на усовершенствование арбитражного процесса.

Дальнейшие изменения в экономической и общественной жизни СССР отразились и на законодательном регулировании деятельности государственного арбитража.

В условиях радикальной реформы управления экономикой, в частности предусматривающей: 1) в управлении – переход к преимущественно экономическим методам; 2) в хозяйственной деятельности – полный хозрасчет, самофинансирование, самокупаемость и самоуправление; 3) в хозяйственных отношениях – прямые договорные связи, а также превращение договора в настоящую и реальную основу планирования и организации производственно-хозяйственной деятельности, – возникла потребность в укреплении государственного арбитража, совершенствовании его деятельности.

12 февраля 1987 г. ЦК КПСС и Советом Министров СССР принимается постановление «О дальнейшем совершенствовании деятельности органов государственного арбитра-

¹ Відом. Верхов. Ради СРСР. – 1979. – № 49. – Ст. 844.

² ЗП УРСР. – 1980. – № 8. – Ст. 66.

³ СП СССР. – 1980. – № 16–17. – Ст. 104.

жа и повышении их роли в укреплении законности и договорной дисциплины в народном хозяйстве»¹, в котором особое внимание уделялось неуклонному обеспечению защиты прав и охраняемых законом интересов предприятий и организаций в условиях полного хозяйственного расчета и самофинансирования, усиления экономических методов управления и хозяйствования.

Указом Президиума Верховного Совета СССР от 18 февраля 1987 г. «О внесении изменений и дополнений в законодательство Союза ССР о государственном арбитраже»² Государственный арбитраж при Совете Министров СССР был преобразован в Государственный арбитраж СССР и, таким образом, он был выведен из подчинения органам исполнительно-распорядительной власти (аналогичные изменения затронули республиканские и областные органы); был изменен порядок назначения арбитров; на органы госарбитража была возложена функция контроля за соблюдением договорной дисциплины и расширены соответственно их полномочия. Внесенными Указом Президиума Верховного Совета СССР от 22 июня 1987 г. изменениями в ст. 6 Закона «О государственном арбитраже в СССР» было установлено, что органы государственного арбитража в СССР осуществляют свою деятельность под руководством соответственно Верховного Совета СССР и его Президиума, Верховных Советов союзных респу-

блик и их Президиумов, областных Советов народных депутатов.

Постановлением Совета Министров СССР от 16 апреля 1988 г. утверждены новое Положение о Государственном арбитраже СССР и новая редакция Правил рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами³. Совет Министров Украинской ССР 5 октября 1988 г. утвердил Положение об органах государственного арбитража в Украинской ССР.

Арбитражные суды – правопреемники органов государственного арбитража

Изменения, внесенные в законодательство об арбитраже накануне и в начале радикальной экономической реформы, были тем не менее примером господства административных начал в управлении экономикой.

В разработанном Госарбитражем СССР проекте Программы дальнейшего совершенствования деятельности государственного арбитража, в частности, отмечалось, что ряд новелл в законодательстве об арбитраже, в том числе в сфере контроля, исчерпал себя и в существующем виде неприемлем в новых условиях хозяйствования. Это же можно сказать и относительно нормотворческой деятельности⁴.

17 мая 1991 г. Верховный Совет СССР принял законы «О Высшем арбитражном суде СССР»⁵ и «О порядке раз-

¹ СП СССР. – 1987. – № 15. – Ст. 59.

² Відом. Верхов. Ради СРСР. – 1987. – № 7. – Ст. 92.

³ СП СССР. – № 18–19. – Ст. 59.

⁴ Каким быть Госарбитражу? // Хоз-во и право. – 1990. – № 6.

⁵ Відом. З'їзду нар. депутатів СРСР і Верхов. Ради СРСР. – 1991. – № 23. – Ст. 651.

решения хозяйственных споров Высшим арбитражным судом СССР»¹ (оба введены в действие с 1 июля 1991 г.), которыми, по-существу, была установлена судебная власть и правосудие там, где их раньше не было, – в экономике, в хозяйственных отношениях между предприятиями. Эти законы внесли существенные изменения в функции органов, призванных разрешать хозяйственные споры. Если раньше государственный арбитраж был органом, который не только разрешал отнесенные к его компетенции хозяйственные споры, но и выполнял определенные возложенные на него управленческие функции (контроль за заключением и исполнением хозяйственных договоров, принятие некоторых нормативных актов и т. п.), то отныне он был преобразован в орган судебной власти, который должен был осуществлять правосудие путем разрешения хозяйственных споров между предприятиями, учреждениями и организациями.

Дальнейшее развитие событий, охарактеризовавшееся распространением демократических процессов в стране, внесло революционные изменения в экономическую, политическую и правовую системы, привело к распаду СССР и образованию ряда независимых государств, среди которых одним из первых стала Украина.

Сложные и многогранные перестроечные процессы в экономике Украины, связанные с переходом к рыночным отношениям, обусловили потребность в формировании новых

рыночных структур, создании прочной законодательной базы их функционирования. Одновременно нужно было создавать эффективный механизм защиты имущественных прав и охраняемых законом интересов субъектов хозяйствования разных форм собственности.

Именно на внедрение такого механизма и было направлено коренное изменение действующей в Украине системы органов по разрешению хозяйственных споров (в частности, принципов их организации и деятельности, функций, компетенции и т. п.). Это изменение получило свое закрепление прежде всего в Законе Украины от 4 июня 1991 г. «Об арбитражном суде»² и в Арбитражном процессуальном кодексе Украины от 6 ноября 1991 г.³

Определяющее влияние на процесс создания арбитражных судов в Украине и на содержание законодательства, регулирующего их организацию и деятельность, на то время оказали такие факторы, как: 1) разнообразие форм собственности, на которых могут быть учреждены предприятия. Это привело к расширению компетенции арбитражного суда и вовлечению в сферу его юрисдикции значительно более широкого, чем раньше, круга субъектов хозяйственной деятельности; 2) переход от преимущественно административных к экономическим методам управления народным хозяйством, а впоследствии – к сужению сферы прямого и не-

¹ Відом. З'їзду нар. депутатів СРСР і Верхов. Ради СРСР. – 1991. – № 23. – Ст. 652.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 36. – Ст. 469.

³ Там же. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

посредственного вмешательства государства в деятельность предприятий; 3) реализация в хозяйственном законодательстве принципов экономической самостоятельности Украины как суверенного государства и обеспечение верховенства национального законодательства.

Арбитражный суд в Украине – правопреемник органов государственного арбитража – хотя и сохранил ряд свойственных им признаков, однако претерпел большие изменения как в правовом статусе, так и в регламентации его деятельности. Прежде всего претерпела коренные изменения правовая природа арбитражного суда. Из органа, наделенного полномочиями управленческого характера (что было обусловлено местом государственного арбитража в административно-командной системе руководства экономикой), он был преобразован в орган, осуществляющий правосудие в хозяйственных отношениях и являющийся независимым в разрешении хозяйственных споров, возникающих между юридическими лицами (а после – и между гражданами-предпринимателями), государственными и иными органами.

Хозяйственные суды Украины на современном этапе

Принятие Декларации о государственном суверенитете Украины и Акта провозглашения независимости Украины, а также реальное обеспечение прав и свобод граждан, утверждение верховенства закона об-

условили необходимость проведения судебно-правовой реформы¹.

Как предусматривалось Концепцией судебно-правовой реформы в Украине, структурные изменения судебной системы должны были происходить поэтапно, на основе развития и изменения функций существующих судов с постепенным отделением их подразделений в самостоятельные звенья судебной системы со специальной подсудностью или в дополнительные судебные инстанции.

Конституция Украины закрепила новую систему судебных органов в государстве, установив, что судопроизводство осуществляется Конституционным Судом Украины и судами общей юрисдикции. Одновременно п. 12 Переходных положений Конституции Украины предусматривалось, что Верховный Суд Украины и Высший арбитражный суд Украины осуществляют свои полномочия согласно действующему законодательству Украины до формирования системы судов общей юрисдикции в Украине в соответствии со ст. 125 Конституции Украины, но не дольше, чем пять лет.

Поскольку пятилетний срок заканчивался 28 июня 2001 г., Верховная Рада Украины 21 июня 2001 г. внесли изменения в ряд законов Украины по вопросам регулирования организации и деятельности судебных органов, которые (изменения) впо-

¹ Про Концепцію судово-правової реформи в Україні : Постанова Верхов. Ради України від 28 квіт. 1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 426.

следствии охарактеризовали как «малую судебную реформу». В частности, изменениями, внесенными в Закон Украины «О судоустройстве в Украине» (ст. 4), устанавливалось, что правосудие в судах общей юрисдикции в Украине осуществляется путем рассмотрения и разрешения в судебных заседаниях гражданских, хозяйственных, административных, уголовных и иных дел, предусмотренных законом.

В связи с этим произошли значительные изменения в законодательстве об арбитражных судах, главными из которых можно назвать:

создание в соответствии с Конституцией Украины единой системы судов общей юрисдикции, в которую вошли и арбитражные суды, переименованные в хозяйственные суды;

в связи с внедрением апелляционного и кассационного обжалования решений суда в системе хозяйственных судов были созданы апелляционные суды, а Высший хозяйственный суд Украины, ставший отныне высшим специализированным судом, приобрел статус кассационной инстанции;

были внесены значительные изменения в законодательство о хозяйственных судах (Закон Украины «О хозяйственных судах» и Хозяйственный процессуальный кодекс Украины) с целью приведения его в соответствие с Конституцией Украины.

Важным этапом в осуществлении судебно-правовой реформы стало принятие Верховной Радой Украины 7 февраля 2002 г. нового Закона Укра-

ины «О судоустройстве Украины»¹ (введен в действие с 1 июня 2002 г.).

С введением в действие этого закона утратил силу Закон Украины «О хозяйственных судах», хотя ссылка на него в ст. 4 ХПК Украины была исключена только Законом Украины от 21 января 2010 г.

На протяжении 2002–2010 гг. (до принятия Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей») хозяйственное процессуальное законодательство неоднократно (около 25 раз) претерпевало изменения, которые, впрочем, не повлияли на основные принципы осуществления хозяйственного судопроизводства. Среди новелл законодательства за этот период заслуживают особого внимания нормы: 1) о досудебном урегулировании хозяйственных споров; 2) о подведомственности хозяйственных споров и подсудности дел хозяйственным судам (в частности, в связи с внедрением административного судопроизводства, отнесением к подведомственности хозяйственных судов корпоративных и земельных споров, а также споров об учете прав на ценные бумаги); 3) о предупредительных мерах; 4) об обеспечении иска; об особенностях производства по делам с участием иностранных субъектов хозяйствования и о судебном поручении и пр.

Продолжая дальнейшую реализацию мер по проведению судебной реформы, Верховная Рада Украины 7 июля 2010 г. приняла Закон Укра-

¹ Офіц. вісн. України. – 2002. – № 10. – Ст. 441.

ны «О судоустройстве и статусе судей»¹, которым, в частности, внесла около 60 изменений и дополнений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины. Пожалуй, наиболее радикальные изменения претерпел пересмотр судебных решений в апелляционном порядке, в кассационном порядке Высшим хозяйственным судом Украины, а также порядок пересмотра постановлений Высшего хозяйственного суда Украины (как и Высшего административного суда Украины и вновь созданного Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел) Верховным Судом Украины в связи с признанием Высшего хозяйственного суда Украины судом кассационной инстанции (ст. 108 ХПК Украины) и, следовательно, отменой так называемой «повторной кассации», т. е. права кассационного обжалования постановлений и определений Высшего хозяйственного суда Украины и пересмотра их в кассационном порядке Верховным Судом Украины.

Среди нововведений следует также отметить внедрение автоматизиро-

ванной системы документооборота суда, изменение процедуры отвода судьи и процедуры истребования доказательств, введение тайны совещательной комнаты и т. п.

Последние изменения в ХПК Украины являются, на наш взгляд, свидетельством попыток законодателя не только усовершенствовать хозяйственное процессуальное законодательство, но и определенным образом унифицировать его отдельные нормы с нормами других процессуальных отраслей (главным образом административного процессуального и гражданского процессуального законодательства). Впрочем, это не решает проблему принятия нового, отвечающего принципам цивилизованного судопроизводства, Хозяйственного процессуального кодекса (другое возможное название – Кодекс хозяйственного судопроизводства).

Именно с принятием такого процессуального закона и внедрением его в хозяйственное судопроизводство должен начаться новый этап его развития.

*Опубликовано: Вісн. госп. судочинства.
– 2011. – № 2. – С. 5–14.*

¹ Офіц. вісн. України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900.

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

УДК 343(094.4)(477)

В. Тацкий, академик НАН Украины, президент НАПрН Украины, ректор, заведующий кафедрой уголовного права № 1 Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Десять лет Уголовному кодексу Украины: достижения и проблемы применения

Первого сентября 2011 г. исполнилось 10 лет со дня вступления в силу нового Уголовного кодекса Украины, принятого Верховной Радой Украины 5 апреля 2001 г. Принятие Уголовного кодекса стало значительным событием в политической, экономической и общественной жизни Украины.

Необходимость его подготовки была обусловлена прежде всего тем, что построение и функционирование правового демократического государства не может происходить без существования эффективной законодательной базы, которая должным образом регулировала бы и охраняла общественные отношения. Такой законодательной базой в борьбе с преступностью прежде всего является Уголовный кодекс. Значительный рост уровня преступности в первые годы независимости Украины, проявление ее агрессивных форм, распространение орга-

низованной преступности и преступности в сфере экономики поставили насущные вопросы о создании уголовного законодательства, которое удовлетворяло бы потребности общества, учитывало достижения науки уголовного права и предоставляло возможность надлежащим образом осуществлять борьбу с преступностью.

В то же время в условиях формирования в стране новых социальных и экономических отношений действующий на тот период УК 1960 г. явно перестал соответствовать не только новым потребностям общества и государства, но и современной теории уголовного права, а именно:

1) имел большое количество существенных пробелов;

2) за период своего действия (особенно в последние годы) подвергался многочисленным и не всегда обоснованным изменениям и допол-

нениям, которые нарушали его целостность, системность и последовательность;

3) не учитывал международных обязательств Украины в связи с ее вступлением в Совет Европы и присоединением к ряду международно-правовых соглашений в сфере борьбы с преступностью;

4) перечень и содержание уголовно-правовых запретов требовал существенного пересмотра;

5) нуждался в совершенствовании в соответствии с современными требованиями и международными стандартами системы наказаний и т. п.¹

Принятию первого Уголовного кодекса независимой Украины предшествовала многолетняя напряженная работа по разработке проекта УК Украины, начавшаяся еще в 1992 г., когда на основании распоряжения Кабинета Министров Украины была создана рабочая группа из ведущих ученых и практиков Украины, которые сразу же начали интенсивно работать. Во время работы над проектом с целью изучения предложений, связанных с совершенствованием уголовного законодательства, членами рабочей группы было изучено и использовано множество различных источников, в частности:

– научные публикации по уголовному праву (курсы, учебники, комментарии, монографии, научные и на-

учно-практические статьи в сборниках и периодической прессе, тезисы и другие материалы научно-практических конференций);

– авторефераты докторских и кандидатских диссертаций по уголовному праву;

– действующий Уголовный кодекс 1960 г., особенно те его положения, которыми УК был дополнен в течение 1992–2000 гг.;

– следственно-судебная и прокурорская практика применения уголовного законодательства Украины за весь период действия Уголовного кодекса 1960 г. и особенно сложившаяся на протяжении 1992–2000 гг.;

– законопроектные работы, которые велись ранее по подготовке проектов УК, в частности проект УК Украины, подготовленный рабочей комиссией Президиума Верховного Совета Украины;

– доступное для изучения уголовное законодательство зарубежных стран;

– собственный опыт научной и практической деятельности членов рабочей группы, особенно их участие в законопроектных работах.

Проект УК неоднократно обсуждался на научно-практических конференциях и семинарах юристов, в средствах массовой информации. При этом он постоянно получал значительное количество замечаний. Так, на протяжении всего срока работы над проектом вносились предложения по его совершенствованию от научных и учебных заведений Украины, России, Беларуси, всех правоохранительных и правоприменительных ор-

¹ Баулин Ю. В. Уголовный кодекс Украины: особенности и новеллы / Ю. В. Баулин, В. И. Борисов // Новое уголовное законодательство стран СНГ и Балтии : сб. науч. ст. / под ред. Л. Л. Кругликова и Н. Ф. Кузнецовой. – М., 2002. – С. 355.

ганов Украины, от отдельных юристов. Проект УК прошел терминологические экспертизы Института украинского языка НАН Украины, анализировался представителями Верховного Суда, Генеральной прокуратуры, Министерства юстиции, СБУ, МВД Украины и т. п.

В 1996 и 1997 гг. проект УК обсуждался на рабочих заседаниях экспертов Совета Европы – представителей Нидерландов, Италии, Швеции, Швейцарии, Португалии и других стран, которые дали ему положительную оценку. Также он рассматривался на международных научно-практических конференциях и семинарах, состоявшихся в Харькове, Киеве и других городах Украины¹.

Годы упорной и кропотливой работы ученых и практиков завершились достойным результатом. Проект УК Украины, подготовленный рабочей группой Кабинета Министров Украины, успешно прошел первое чтение в Верховной Раде. Во время этого чтения Верховная Рада также рассмотрела альтернативный проект УК, внесенный народным депутатом И. Пилипчуком. Со значительным преимуществом в первом чтении был принят проект Кабинета Министров Украины. Во втором чтении проект был принят Верховной Радой в сентябре 2000 г. Третье чтение, которым был принят новый Уголовный кодекс Украины, состоялось 5 апреля 2001 г. Следует, однако, отметить, что откло-

нение альтернативного проекта УК вовсе не означает, что его предложения и наработки никак не учтены в проекте, который стал законом. Ценные положения этого проекта, касающиеся, например, установления ответственности за отдельные преступления против окружающей среды, общественной безопасности и т. п., были воплощены в новом Уголовном кодексе.

В результате проведенной работы были выработаны определенные базовые, концептуальные положения (идеи), которые не только воплотились в новом Уголовном кодексе Украины, но и стали стержнем уголовно-правовой политики Украины и определили дальнейшее развитие уголовного законодательства нашего государства на последующие годы². Среди концептуальных положений нового УК отметим следующие.

1. В ст. 3 УК указывается, что законодательство Украины об уголовной ответственности составляет исключительно Уголовный кодекс, который основывается на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права. Действующий УК Украины исходит из необходимости соответствия уголовного законодательства Конституции Украины и ее международно-правовым обязательствам. Согласно принципу конституционного соответ-

¹ Более подробно о ходе работы над проектом Уголовного кодекса Украины 2001 г. см.: Тацій В. Я. Вибрані статті, виступи, інтерв'ю / В. Я. Тацій. – Х., 2010. – С. 230–246.

² Сташис В. В. Концептуальні положення і система чинного Кримінального кодексу України / В. В. Сташис, В. Я. Тацій // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 278–290.

ствия УК не может как в целом, так и в части его отдельных норм и институтов противоречить Конституции. Таким образом, УК максимально согласован с положениями Конституции Украины, которые имеют приоритетное значение для развития уголовного законодательства. Это прежде всего положения Конституции Украины о реализации в нашем государстве принципа верховенства права, о признании человека, его жизни и здоровья, чести и достоинства, неприкосновенности и безопасности наивысшей социальной ценностью. Поэтому УК Украины предусматривает довольно широкий круг преступлений против этих благ, а также достаточно строгие меры ответственности за них.

Отдельными статьями УК установлена ответственность за нарушение провозглашенных Конституцией прав человека и гражданина, в частности, права человека на жизнь (ст. 27 Конституции), права на уважение достоинства, свободу от пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения либо наказания (ст. 28 Конституции), права на свободу и личную неприкосновенность (ст. 29 Конституции) и т. п. Подчеркнем, что УК Украины руководствуется необходимостью приоритетной уголовно-правовой защиты прав и свобод человека и гражданина. С учетом этого разделы кодекса, содержащие нормы об ответственности за преступления против жизни и здоровья, свободы, чести и достоинства человека, расположены в Особенной части сразу после норм, устанавливающих ответственность за преступле-

ния против основ национальной безопасности Украины. Кроме того, эти разделы были значительно расширены за счет включения в них новых видов посягательств на упомянутые блага человека. Это, в частности, «Незаконное проведение опытов над человеком» (ст. 142 УК), «Нарушение установленного законом порядка трансплантации органов или тканей человека» (ст. 143 УК), «Насильственное донорство» (ст. 144 УК), «Эксплуатация детей» (ст. 150 УК) и т. п. Таким образом, можно утверждать, что УК 2001 г. не только провозглашает, но и придерживается принципа конституционного соответствия. Его статьи достаточно полно отражают конституционные положения о необходимости охраны личных прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства.

2. Показательным для Уголовного кодекса 2001 г. стало обеспечение преемственности положений, выдержавших апробацию временем и соответствующих цивилизованным нормам уголовного права. Поэтому в нем сохранены все исходные положения, десятилетиями наработанные наукой уголовного права и известные ранее действующему уголовному законодательству. В частности, это нормы об основаниях уголовной ответственности, о пределах действия уголовного закона, формах вины, ответственности за неоконченное преступление и преступление, совершенное в соучастии и т. п.

Как выдержавшие апробацию временем и доказавшие свою эффективность сохранены разделение УК

на Общую и Особенную части и подход к систематизации статей в Особенной части УК по родовому объекту уголовно-правовой охраны. Разделы Общей части УК построены в соответствии с определенной системой, сущность которой сводится к следующему. Сначала предусмотрены положения, являющиеся принципиальными и общими для всего УК, затем – предписания, характеризующие материально-правовые основания уголовной ответственности. На третьем месте – раздел, определяющий общие положения и отдельные основания освобождения от уголовной ответственности. Место этого раздела определено перед наказанием потому, что освобождение от уголовной ответственности возможно лишь до вступления в законную силу обвинительного приговора суда, а назначению наказания всегда предшествует постановление такого приговора. Поэтому на четвертом месте – разделы УК о понятии и видах наказания, назначении наказания, освобождении от наказания и от его отбывания, а также о судимости. Завершают Общую часть разделы о принудительных мерах медицинского характера и особенностях уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних.

Что касается системы Особенной части УК, то ее разработка была обусловлена решением ряда теоретических и практических вопросов, связанных с необходимостью распределения и расположения в определенном порядке норм, предусматривающих ответственность за конкретные преступления. Предложенная в УК

2001 г. система Особенной части отразила не только определенные теоретические наработки по вопросам ее построения, но и, что главное, определила систему общественных отношений и социальных ценностей, сложившихся в Украине в первое десятилетие ее формирования как независимого демократического государства и подлежащих уголовно-правовой охране.

3. Принципиальным стало решение в УК 2001 г. вопроса об определении признаков субъекта преступления. Известно, что современная наука уголовного права и некоторые законодательства допускают дуализм в определении субъекта преступления и относят к нему не только физическое, но и юридическое лицо. УК закрепил принципиальное положение, согласно которому «субъектом преступления является физическое вменяемое лицо, совершившее преступление в возрасте, с которого в соответствии с настоящим Кодексом может наступать уголовная ответственность» (ч. 1 ст. 18 УК). Таким образом, УК исходит из принципа монизма в определении субъекта преступления: им может быть только физическое лицо, и это полностью соответствует принципу личной и виновной ответственности лица за причиненный вред объектам уголовно-правовой охраны. Далее УК 2001 г. впервые легально выделяет из понятия субъекта преступления одну категорию – специального субъекта такого преступления. Им признается только *определённое* физическое лицо (ч. 2 ст. 18 УК). Вывод о таком физическом лице может быть сделан как

на основании выяснения признаков субъекта преступления, предусмотренных в диспозиции соответствующей статьи Особенной части УК, так и на основании соответствующего толкования закона.

4. Практика применения и опыт реформирования УК Украины 1960 г. заставили отказаться в новом УК от ряда предыдущих положений. Действующий УК Украины руководствуется необходимостью деидеологизации и демифологизации уголовного законодательства, что означает осознание необходимости и возможности решения с помощью УК сугубо практических утилитарных задач. Наивно ожидать от применения УК перевоспитания преступников, искоренения преступности, воспитания граждан в духе уважения к закону и т. п. История неоднократно доказывала, что не следует рассчитывать на уголовно-правовые средства как на панацею в решении сложных экономических и социальных проблем развития государства и общества. Следует исходить из того, что уголовное право является последней, крайней мерой борьбы с негативными явлениями в экономике и общественной жизни. Поэтому нельзя увлекаться слишком популярной в обыденном правосознании идеей усиления уголовной репрессии, а напротив, двигаться по пути дальнейшей гуманизации уголовной ответственности.

Вопросы гуманизации уголовного законодательства сейчас все больше находятся в центре внимания не только специалистов-ученых, работников правоприменительных органов,

а и законодателя. Как с наименьшими потерями для общества, без излишней жестокости и одновременно с помощью каких гуманных средств достичь положительных результатов в борьбе с преступностью? Можно безоговорочно констатировать, что целый ряд положений УК Украины 2001 г. стал наглядным воплощением идеи гуманизации уголовной ответственности. Так, в Особенной части УК 2001 г. были декриминализованы более 30 деяний, которые по УК 1960 г. признавались преступлениями, среди них, например, такие, как спекуляция, нарушение правил торговли, преступно-небрежное использование или хранение сельскохозяйственной техники и др. Это обусловлено тем, что указанные деяния в условиях новых общественных отношений либо утратили опасность, либо уже не требуют использования мер уголовно-правового воздействия для борьбы с ними. Кроме того, за некоторые преступления возраст уголовной ответственности был повышен с 14 до 16 лет, например, за умышленное убийство при превышении пределов необходимой обороны, убийство по неосторожности и т. п. Декриминализованы такие деяния, как несообщение о достоверно известном готовящемся или совершаемом преступлении, а также действия членов семьи и близких родственников лица, совершившего преступление, о заранее не обещанном укрывательстве ими преступления, совершенного членом семьи или близким родственником.

Характерной чертой Особенной части нового УК стало расширение

в ней количества норм, которыми поощряется деятельное раскаяние после совершения преступления. Возможность освобождения лица от уголовной ответственности после совершенного им преступления сейчас предусмотрена в диспозициях 17-ти норм Особенной части. Безусловно, развитие института поощрения в Особенной части УК отвечает идее гуманизации уголовного законодательства и имеет перспективу для его распространения.

В санкциях норм Особенной части нашло свое отражение концептуальное положение, заложенное еще в первые годы разработки проекта УК о гуманизации системы наказаний. Во-первых, все санкции Особенной части действующего УК построены по схеме: от менее строгих наказаний – к более строгим. Смысл такого построения в том, что суд, отказываясь от назначения менее строгого наказания, должен привести мотивы необходимости применения более строгого наказания. Учитывая, что санкции предусматривают, как правило, в альтернативе не два, а три, а то и более видов наказания, становится очевидным, что движение к наиболее строгому наказанию требует поиска достаточно взвешенных и обоснованных для этого аргументов. Во-вторых, характерной чертой Особенной части УК является уменьшение для большинства преступлений возможности применения наказания в виде лишения свободы и введение в санкции наказаний, альтернативных лишению свободы. Наказание в виде лишения свободы сроком до 15 лет, как прави-

ло, предусмотрено за преступления, связанные с посягательством на жизнь человека, а также за корыстно-насильственные преступления.

Тенденция к гуманизации уголовного законодательства, предложенная УК 2001 г., нашла свое дальнейшее продолжение в принятом 15 апреля 2008 г. Законе Украины № 270-VI «О внесении изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Украины по гуманизации уголовной ответственности», который вступил в силу 7 мая 2008 г. и которым были внесены изменения и дополнения в более чем 90 статей УК.

Задача гуманизации в упомянутом Законе решена в нескольких направлениях, среди которых и вопрос действия во времени закона об уголовной ответственности (ст. 5 УК), и расширение пределов применения института освобождения от уголовной ответственности (статьи 45 и 46 УК), и смягчение уголовно-правовых мер воздействия в отношении несовершеннолетних (статьи 97, 102, 104 УК), и изменение целого ряда санкций статей Особенной части УК за счет дополнения их видами наказаний, не связанными с лишением свободы, поскольку в процессе применения УК 2001 г. выяснилось, что в санкциях норм, устанавливающих ответственность за преступления небольшой и средней тяжести, были недостаточно предусмотрены новые виды наказаний – общественные работы и арест.

В Законе содержится много новелл, касающихся применения норм УК, непосредственно связанных с на-

значением наказания (статьи 53, 65, 66, 68 и 69¹ УК). Именно эти нормы УК во многом формируют реальную практику назначения наказания и тем самым в определенной степени определяют, соответствует ли она потребностям современного общества и свидетельствует ли о гуманных подходах государства в сфере борьбы с преступностью уголовно-правовыми мерами воздействия. Так, например, согласно новеллам, сформулированным в частях 2 и 3 ст. 68 и в ст. 69¹ УК, установлены специальные правила назначения наказания, точнее, определены его максимальные пределы в случае совершения лицом неоконченного преступления (части 2 и 3 ст. 68 УК), а также при наличии в деле определенных обстоятельств, смягчающих наказание (ст. 69¹ УК). Как видим, на законодательном уровне ограничивается наказуемость деяния относительно максимального предела наиболее строгого вида наказания, предусмотренного в санкции, с учетом того, что преступление было неоконченным: приготовлением (ст. 14 УК) или покушением (ст. 15 УК).

В то же время из предписаний частей 2 и 3 ст. 68 УК следует, что применение указанных в них правил назначения наказания является не правом, а *обязанностью* суда, независимо от того, каким по степени тяжести было неоконченное преступление и по каким не зависящим от воли виновного причинам это преступление не было доведено до конца. По нашему мнению, такой подход чрезвычайно упрощает и определенным образом необоснованно формализует решение

этого вопроса. Поэтому было бы целесообразно не возлагать на суд обязанность, а наделить его правом смягчать наказание в пределах, предусмотренных частями 2 и 3 ст. 68 УК с учетом степени тяжести совершенного деяния, степени осуществления преступного намерения и причин, вследствие которых преступление не было доведено до конца, т. е. с учетом тех обстоятельств, на которые, кстати, прямо указано в ч. 1 ст. 68 УК¹.

Таким образом, анализ норм, которыми был дополнен УК Украины согласно Закону Украины от 15 апреля 2008 г., свидетельствует, что положения, в нем предусмотренные, вносят существенные коррективы в уже устоявшиеся подходы, которые до этих новелл существовали как в законодательстве, так и в практике назначения наказания. Они, несомненно, являются конкретным свидетельством проявления тенденции в правотворческой и правоприменительной деятельности, направленной на дальнейшую гуманизацию уголовной ответственности.

5. С учетом того, что УК Украины 2001 г. должен основываться на общепризнанных принципах и нормах международного права, была проведена значительная работа по приведению его норм в соответствие с международными договорами, согласие на

¹ Подробно об этом см.: Тютюгін В. І. Питання гуманізації кримінальної відповідальності та їх реалізація в деяких законодавчих новелах / В. І Тютюгін // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 313–323.

обязательность которых дала Верховная Рада Украины. Исходя из этого, в Особенной части УК появились такие нормы, как ст. 127 (истязание), ст. 209 (легализация (отмывание) доходов, полученных преступным путем), ч. 4 ст. 382 (умышленное неисполнение должностным лицом решения Европейского суда по правам человека) и многие другие. Определенные в УК 2001 г. тенденции по имплементации общепризнанных международных стандартов по правам человека и гражданина, а также восприятие базовых принципов обеспечения международного правопорядка за десять лет действия УК стали одними из ключевых направлений развития отечественного уголовного законодательства. Однако вызывает беспокойство тот факт, что в науке уголовного права еще не создан надлежащий и достаточно авторитетный алгоритм имплементации, которым могли бы пользоваться субъекты законодательной инициативы и законодатель при решении вопроса о введении положений международных договоров в национальное законодательство¹. Наглядным примером этого является принятие 11 июня 2009 г. Верховной Радой Украины трех антикоррупционных законов: «Об основах предупреждения и противодействия коррупции» (№ 1506-VI), «Об ответственности юридических лиц за совершение коррупционных правонарушений» (№ 1507-VI) и «О внесении измене-

¹ Тацій В. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України / В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін // Право України. – 2010. – № 9. – С. 13.

ний в некоторые законодательные акты Украины об ответственности за коррупционные правонарушения» (№ 1508-VI). Этими законами должны были быть имплементированы в национальное законодательство Украины положения международных соглашений, в частности Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (2003 г.) и Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (1999 г.), согласие на обязательность которых было дано Верховной Радой Украины 18 октября 2006 г. Но осуществлено это было настолько неудачно, что Верховная Рада вынуждена была дважды переносить срок введения их в действие, а в январе 2011 г. указанные законы вообще были отменены. И это не случайно, поскольку даже поверхностный анализ тех изменений и дополнений, которые были внесены, в частности, в УК Украины, свидетельствовал, что при применении многих новелл, содержащихся в указанных законах, следственно-судебная практика столкнулась бы с рядом трудностей и вопросов, однозначного и четкого ответа на которые в этих новых нормах, к сожалению, не содержалось. Более того, некоторые из этих нововведений не согласовывались со многими действующими предписаниями УК об ответственности за преступления коррупционной направленности, а отдельные положения были не только непонятными, а иногда и откровенно ошибочными как с точки зрения их содержательного изложения, так и со стороны законодательно-технического оформления, формулировки и струк-

турирования. Достаточно привести пример, согласно которому указанными новеллами в УК уголовная ответственность должностных лиц – представителей юридических лиц частного права предусматривалась за незаконное получение только неправомерной выгоды, тогда как должностные лица – представители юридических лиц публичного права должны были отвечать отдельно и за получение такой выгоды, и за получение взятки.

Досадно констатировать, но правовая ситуация, возникшая с принятием указанных антикоррупционных законов, сложилась несмотря на то, что соответствующие комитеты Верховной Рады Украины, которые готовили проекты этих законов, неоднократно предупреждались учеными о необходимости существенной переработки этих законопроектов, приведения их в соответствие с принципами построения национального законодательства об уголовной ответственности. Создается впечатление, что авторы указанных новелл, игнорируя справедливые замечания, пошли, как представляется, самым простым путем – осуществили имплементацию за счет переписывания близко к тексту оригинала положений антикоррупционных Конвенций 1999 и 2003 гг., создав тем самым из общих международных рекомендаций и предложений для обсуждения соответствующие уголовно-правовые нормы, по которым оценивалось бы как преступное определенное поведение конкретных лиц, и полностью проигнорировав

национальную доктрину уголовного права¹.

Учитывая это, следует подчеркнуть, что для устранения коллизий, которые могут возникнуть после ратификации Верховной Радой того или иного международного акта (договора, конвенции), необходимо заранее системно работать над теми возможными изменениями уголовного и иных отраслей украинского законодательства, которых такая ратификация потребует и которые касаются конвенционных преступлений с тем, чтобы как можно полнее согласовать их признаки и определения не только с международными дефинициями и формулировками, но и с основополагающими принципами национального законодательства. Следует также отметить, что изменения и дополнения, которые вносятся в Особенную часть УК Украины и касаются конкретных видов преступлений и их наказуемости, необходимо согласовывать с положениями Общей части УК. Еще до момента ратификации того либо иного международного документа требуют решения проблемы, связанные с обязательствами Украины в сфере международно-правового сотрудничества (например, разработка действенных механизмов обмена информацией между правоохранительными органами), согласованностью терминологии.

¹ См.: Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? / В. Тютюгін // Юрид. вісн. України. – 2010. – № 5. – С. 6–7 ; № 6.

В борьбе с транснациональной преступностью большое значение приобретает универсализация принципа неотвратимости наказания. Евроинтеграционные процессы требуют от нашего государства соблюдения так называемой минимальной гармонизации, которая означает определение минимальных требований об уголовной ответственности за то или иное преступление в государствах – членах ЕС, хотя каждая страна имеет возможность устанавливать в одностороннем порядке более строгие наказания на своей территории.

Гармонизация национального уголовного права должна охватывать международные стандарты квалификации преступлений, соблюдать унифицированные подходы к уголовному преследованию и наказанию виновных, справедливому возмещению ущерба потерпевшим.

6. Десятилетняя практика применения Уголовного кодекса свидетельствует, что стержневыми проблемами на сегодня остаются не только *качество*, но и *стабильность* закона об уголовной ответственности. Не случайно на это в своем послании к Украинскому народу обратил внимание Президент Украины В. Янукович, отметив, что стабильность закона является важным фактором для обеспечения эффективной правоприменительной практики.

Действительно, одним из свидетельств высокого качественного уровня законодательства об уголовной ответственности является его стабильность, неизменность основных принципиальных положений и предписаний. Только на основе относи-

тельной стабильности законодательства может строиться и достаточно устойчивая, целенаправленная и прогнозируемая политика государства в сфере борьбы с преступностью¹. Стабильность закона, с одной стороны, создает условия для работников правоохранительных органов должным образом освоить основные его положения и на этом основании сформировать соответствующую практику применения законодательных предписаний, а с другой – дает возможность каждому гражданину ознакомиться с содержанием законодательства, а следовательно, быть осведомленным о том, какими мерами уголовно-правового воздействия обеспечивается его безопасность, защита прав, свобод и законных интересов.

В то же время, оставаясь стабильным в своих принципиальных положениях, законодательство об уголовной ответственности должно эффективно реагировать на изменения, происходящие в политических, социально-экономических условиях жизни общества и государства, адекватно отвечать на любые новые общественно опасные вызовы со стороны преступной среды. Безусловно, оно должно совершенствоваться, обновляться, постоянно развиваться, быть динамичным. Однако только взвешенное и разумное, основанное на анали-

¹ См.: Борисов В. І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрямок / В. І. Борисов // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 5 : Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – Х., 2008. – С. 224–238.

зе реальных потребностей общества сочетание стабильности и динамичности норм уголовного закона способно обеспечить высокую эффективность его предписаний¹.

А что же происходит сегодня? Если обратиться к существующей правотворческой деятельности в области уголовного законодательства, то за последние годы она просто поражает своей бурной стремительностью и размахом. Для примера приведем некоторые цифры. Так, с 1 сентября 2001 г., т. е. за 10 лет с момента вступления в силу УК Украины, его положения подвергались изменениям и дополнениям более 300 раз². За этот период из УК были исключены 10 статей (статьи 188, 230, 235¹, 235², 235³, 235⁴, 235⁵, 331, 368¹, 369¹), причем семь из них вначале были внесены в УК, а после из него исключены. Дополнен УК был 47 новыми статьями, 7 из которых, как отмечалось, затем были исключены. Таким образом, если на момент принятия в УК Украины было всего 447 статей, то сейчас их насчитывается уже 482³. В целом

изменениям и дополнениям подверглись 213 статей УК, что составляет более 47,6 % тех его статей, которые существовали в нем на момент принятия и вступления в силу. Кстати, 32 статьи УК обновлялись уже дважды, 18 – трижды, а 2 (статьи 364 и 365 УК) – даже четырежды. Изменения и дополнения вносились (причем неоднократно) даже в те статьи Кодекса, которыми он был дополнен уже после вступления в силу (статьи 194¹, 209¹, 212¹, 232¹, 258³, 258⁴ УК Украины).

Простые арифметические подсчеты относительно приведенных цифр свидетельствуют, что с момента вступления в силу УК Украины 2001 г. изменения и дополнения ежегодно вносились более чем в 28 его норм, то есть ежемесячно обновляется как минимум 2–3 статьи УК. Поэтому возникает вполне закономерный вопрос: о какой стабильности уголовного законодательства может идти речь при такой стремительности обновления его предписаний? Очевидно, что в условиях, когда не только так называемые рядовые граждане, но и специалисты-юристы далеко не всегда способны не только освоить новые положения УК, но даже уследить за его изменениями, вряд ли можно планировать какие-то перспективные, долгосрочные мероприятия, направленные на эффективное противодействие преступности, и формировать на этой основе устойчивую и, главное, безошибочную следственно-судебную практику. К тому же во многих последних законодательных актах о внесении изменений в действующий УК прослеживается стремление

¹ См.: Тацій В. Сучасні проблеми кримінального права України / В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін // Голос України. – 2010. – № 168. – С. 12–13.

² Подсчеты производились по состоянию на 1 июля 2011 г., причем в основу приведенных цифр положено не количество законов, которыми обновлялись нормативные предписания УК, а общее количество поправок, внесенных в действующий УК Украины вследствие принятия этих законов.

³ Кстати, УК РФ, принятый еще 13 июня 1996 г. (т. е. на пять лет раньше УК Украины), на тот период насчитывал всего 360 статей, а сейчас (на 1 ноября 2010 г.) в нем содержится лишь 397 статей.

решить средствами уголовного права «болевые» проблемы современного украинского общества. Как это ни прискорбно, но Верховная Рада Украины, очевидно, находится под влиянием обыденного общественного правосознания, не оценивая его критически. Например, Законом Украины от 19 февраля 2009 г. была усилена уголовная ответственность за невыплату заработной платы, стипендий, пенсий и иных установленных законом выплат (ст. 175 УК). С одной стороны, такие действия действительно нарушают конституционные права граждан. Но с другой – вряд ли правовой запрет и усиление репрессии в состоянии решить социально-экономические проблемы. Такой запрет можно рассматривать лишь как дополнение к экономическим, финансовым и иным мерам воздействия. Но при эффективности этих мер не будет необходимости и в самом правовом запрете.

Поток законотворческих инициатив не ослабевает и в настоящее время. Так, только на кафедру уголовного права Национального университета «Юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого» за год поступает для обсуждения до 35–40 законопроектов. При этом большинство из них не находит поддержки у специалистов и объясняется это не столько уровнем подготовки этих проектов (иногда довольно низким), сколько системной несогласованностью предложенных новелл с действующими положениями УК, недостатками в законодательной технике их конструирования.

Обращает на себя внимание и то, что появление целого ряда законопроектов, по нашему мнению, диктуется не столько насущной необходимостью приведения законодательства об уголовной ответственности в соответствие с требованиями быстро изменяющихся условий жизнедеятельности современного общества и государства, сколько желанием откликнуться,отреагировать на каждое более или менее «громкое» событие или дело путем создания новой нормы УК.

В качестве примера можно привести известное дело судьи И. Зварыча, «породившее» проект закона об усилении уголовной ответственности за взяточничество, которым предлагалось установить совершенно абсолютно определенные санкции в виде пожизненного лишения свободы с обязательной конфискацией имущества в случаях совершения следователем, прокурором или судьей за взятку преступлений, предусмотренных статьями 371, 372, 375 УК Украины. Как ни странно, но данный проект даже был принят Верховной Радой как закон, на который совершенно справедливо Президент Украины наложил вето. Но и после этого еще дважды этот проект принимался к рассмотрению соответствующими комитетами Верховной Рады.

Или, скажем, еще один характерный пример, когда отказы в выплате денег гражданам, средства которых находились на депозитных счетах банковских учреждений, хотя и имевшие место, но связанные прежде всего с экономическим кризисом, сразу же привели к появлению проекта за-

кона об установлении уголовной ответственности за такие деяния.

Создается впечатление, что большинство сложных жизненных ситуаций, причиной которых является нестабильная социально-экономическая обстановка в стране, законодатель пытается разрешить простым путем – с помощью мер уголовно-правовой репрессии. Однако этот ложный путь, как известно, не раз доказывал полную свою несостоятельность.

Характерным примером необоснованного отхода от принципа стабильности уголовного закона, по нашему мнению, является и подход законодателя к решению вопроса об охране отношений собственности. Как известно, признание преступлением того или иного посягательства на отношения собственности (например, при хищении чужого имущества) во многом зависит от размера причиненного виновным имущественного ущерба. За последние шесть лет наблюдаются существенно противоположные законодательные решения по этому вопросу и объясняется это тем, что признание посягательства на собственность преступлением или административным проступком, а также их квалификация стали определяться сначала в соответствии с Законом Украины «О налоге с доходов физических лиц» от 22 мая 2003 г., а сегодня – Налоговым кодексом Украины. Есть все основания полагать, что таким образом была осуществлена искусственная декриминализация ряда определенных, однако достаточно распространенных видов посягательств на собственность (краж, мо-

шенничеств и т. д.). Это произошло вследствие ежегодного увеличения налогооблагаемого налогом минимума доходов граждан, положенного законодателем в основу расчета размера причиненного имущественного ущерба при квалификации хищений чужого имущества. Так, если в 2003 г. «предел криминализации» (размер похищенного имущества, при установлении которого деяние считается преступлением) составлял 51 грн, то в 2006 г. он уже составлял 525 грн, в 2007 г. – 600 грн, в 2008 г. – 772 грн 50 коп., а в 2009 г. такой предел достиг отметки 907 грн 50 коп. То есть с 2003 по 2009 гг. предел криминализации таких посягательств увеличился почти в 20 раз. Такая политика государства в сфере защиты права собственности вызвала непонимание у большинства потерпевших от этих посягательств. Очевидно, что именно из этих соображений, а также вследствие обращений общественности и ученых Верховная Рада Украины 4 июня 2009 г. осуществила обратный шаг в сторону максимальной криминализации хищений чужого имущества путем снижения «предела криминализации» таких деяний с 3 до 0,2 не облагаемых налогом минимумов доходов граждан, то есть почти в 15 раз. Но такое не до конца продуманное законодательное решение привело к другой крайности, поскольку сегодня (в соответствии с предписаниями Налогового кодекса Украины, вступившего в силу с 1 января 2011 г.) достаточно завладеть имуществом на сумму более 94 грн 10 коп., чтобы содеянное было признано преступлением с соответству-

ющими последствиями. Очевидно, указанное решение никоим образом не улучшает защиту отношений собственности, к тому же оно придало соответствующим нормам права признаки коррупционного риска, поскольку на законодательном уровне создало условия для возможных злоупотреблений со стороны отдельных недобросовестных представителей правоохранительных и судебных органов при применении ими закона.

К сказанному добавим, что решение вопроса о преступности деяния и квалификации посягательств на собственность на основании Налогового кодекса Украины и положений других законов, в которых устанавливается размер минимальной заработной платы, привело к нарушению одного из основополагающих принципов уголовного права, согласно которому преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только УК Украины (ч. 3 ст. 3 УК).

Изложенное выше дает основания для вывода, что правотворческой деятельности последних лет во многом присущ бессистемный, а иногда даже хаотичный характер, а законопроекты, которые выносятся на рассмотрение парламента, не всегда проходят надлежащую научную экспертизу. Все это, безусловно, снижает эффективность предупредительной функции уголовного закона, негативно сказывается на правоприменительной деятельности и приводит к нигилистическому отношению граждан к требованиям закона.

Очевидно, пришло время обсудить идею создания единого в преде-

лах страны органа – Национального совета по предупреждению преступности, в состав которого могли бы войти представители науки, правоохранительных, судебных органов, общественных организаций, специалисты в области профилактики преступности. Тем более что создание таких национальных советов и принятие соответствующих национальных программ прямо предусмотрено Рекомендацией № 21 Комитета министров Совета Европы государствам-членам «О сотрудничестве в области предупреждения преступлений» от 24 сентября 2003 г. Одной из функций этого Национального совета, как представляется, могла бы стать и надлежащая экспертная оценка соответствующих законопроектов, направленных на противодействие преступности.

Подводя итог изложенному, отметим, что исследование десятилетнего опыта применения Уголовного кодекса Украины безусловно свидетельствует, что он выдержал испытание временем и стал действенным и достаточно эффективным правовым инструментом реализации государственной политики в сфере борьбы с преступностью в Украине. Действующий УК учел достижения современной науки уголовного права, он основывается на Конституции Украины и общепризнанных идеях и нормах международного права, утверждает принципы гуманизма и законности. Вместе с тем практика применения УК выявила и определенные проблемы. Так, несогласованность ряда его положений с Кодексом Украины об административных правонарушениях привела

к совпадению некоторых диспозиций статей в этих нормативно-правовых актах. Поскольку УК отказался от административной преюдиции, то основным правовым инструментом отграничения административного правонарушения от соответствующего преступления стали положения ч. 2 ст. 11 УК о малозначительности деяния. В некоторых случаях практика выявила неоправданную конкуренцию уголовно-правовых норм. На практике также возникают существенные трудности при применении ст. 9 УК об учете приговора суда иностранного государства, поскольку в Уголовно-процессуальном кодексе Украины не предусмотрено надлежащего механизма реализации этой нормы. Наконец, опыт десяти лет применения УК Украины наглядно свидетельствует, что не следует торопиться с внесением изменений и дополнений в уголовное законодательство, поскольку это нередко негативно отражается на качестве последнего, порождает трудности в его практическом применении.

Отмеченные нами проблемы являются лишь частью сущностного разбалансирования, которое приобретает распространение в развитии современного уголовного права Украины. Очевидно, что специалисты по уголовному праву должны взять на себя более плотное научное сопровождение законодательного и правоприменительного процессов. Во многом повышение влияния ученых на эти процессы возможно, как уже отмечалось, за счет нормативного определения места научной экспертизы в процессе законотворчества. Однако наи-

более весомое влияние на формирование современного уголовного права наука должна осуществлять за счет глубоких, аргументированных научных трудов, результаты которых воплощаются в монографиях, научных статьях, комментариях к законодательству, диссертационных исследованиях, выступлениях на конференциях и т. п. Не менее значительную роль в формировании понимания уголовного права играют учебники и учебные пособия. Сейчас на этом пути у ученых уже много достижений. Например, за период действия УК 2001 г. только профессорско-преподавательским составом кафедры уголовного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого» подготовлено шесть изданий учебника по Общей и Особенной частям уголовного права Украины, который в 2006 г. получил Государственную премию Украины; четыре издания научно-практического комментария к УК Украины; издано более 30 монографий и 50 учебных и учебно-методических пособий. Важное место среди инновационных изданий кафедры уголовного права занимает «Учебный электронно-информационный комплекс (УЭИК) по уголовному праву Украины», использование которого в учебном процессе позволяет существенно расширить доступ к учебным, научным и практическим источникам, необходимым для более углубленного и качественного изучения уголовного права.

Этот комплекс включает в себя необходимую нормативную базу, положения соответствующих учебни-

ков, постановления Пленума Верховного Суда Украины, материалы судебной практики, разделы научно-практического комментария к УК Украины, контрольно-модульные задания для самопроверки полученных знаний, что позволяет не только получить углубленные знания по предмету, но и обеспечивает возможность с помощью системы Интернет положить начало так называемым дистанционным формам обучения. Именно поэтому в марте 2011 г. на базу данных этого комплекса его составителями получено свидетельство о регистрации ав-

торского права на производство под № 37621.

В то же время на сегодняшний день возникла необходимость в создании фундаментальных учебных курсов и других научных энциклопедических изданий по современному уголовному праву Украины, рассчитанных на формирование профессионального правосознания не только студентов и ученых, но и широких масс правотворцев и правоприменителей.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 9. – С. 5–19.

В. Борисов, академик НАПрН Украины, директор Института изучения проблем преступности НАПрН Украины;

С. Гизимчук, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права № 1 Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Вопросы наказуемости преступлений в конституционном судопроизводстве (на примере замены смертной казни пожизненным лишением свободы)

Практика применения действующего законодательства Украины об уголовной ответственности наполнена большим количеством проблем, которые обусловлены как несовершенством законодательного процесса, так и нерешенностью ряда вопросов теоретического характера. Причин возникновения трудностей в правопонимании тех или иных предписаний в пределах определенной отрасли законодательства можно назвать достаточно. Это и несовершенство системного подхода к построению нормативного акта, и диктат политической конъюнктуры или целесообразности, и спешка либо же тривиальное желание «отработать» очередной заказ мирового сообщества посредством внесения соответствующих изме-

нений. Нередки случаи, когда предложения со стороны специалистов ведущих вузов и научно-исследовательских институтов Украины остаются без внимания законодательного органа. В отдельных случаях проблемы отраслевого правопонимания обусловлены противоречиями в конституционном законодательстве, которое, как известно, служит базисом и своеобразным «аккумулятором» правовых положений, определяющих сущность других отраслей законодательства, содержание их норм, порядок или же сферу применения последних.

Следует отметить, что приведенные и иные негативные факторы не могут не коснуться, в силу своего влияния, деятельности судебной систе-

мы, обуславливая, в частности, отмену отдельных ее решений. Вследствие невозможности однозначного понимания и применения ряда предписаний законов об уголовной ответственности возникает необходимость обращаться к субъекту официального толкования за разъяснением их содержания. Примером неоднозначного понимания и применения уголовно-правовых предписаний может служить судебная практика по замене наказания в виде смертной казни пожизненным лишением свободы.

Как известно, 29 декабря 1999 г. Конституционный Суд Украины своим Решением № 11-рп/99 по делу о соответствии Конституции Украины (конституционности) положений статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Уголовного кодекса Украины (1960 г.) (далее – Решение № 11-рп/99) признал положения ст. 24 Общей части и положения санкций статей Особенной части Уголовного кодекса (далее – УК) Украины 1960 г., предусматривающие смертную казнь как вид наказания, не соответствующими Конституции Украины (Дело о смертной казни, № 1–33/99). В частности, в Решении № 11-рп/99 указано: «1. Положения ст. 24 Общей части и положения статей Особенной части Уголовного кодекса Украины, предусматривающие смертную казнь как вид наказания, признать не соответствующими Конституции Украины (неконституционными). 2. Положения Уголовного кодекса Украины, признанные неконституционными, утрачивают силу со дня принятия Конституционным Судом Украины данного Решения» (*пере-*

вод – В. Б. и С. Г.)¹. Тем самым был введен запрет на назначение смертной казни и исполнение приговоров, которыми был предусмотрен этот вид наказания.

22 февраля 2000 г. Верховная Рада Украины приняла Закон Украины «О внесении изменений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Исправительно-трудовой кодексы Украины» № 1483-III (далее – Закон № 1483-III), которым была отменена ст. 24 УК Украины «Высшая мера наказания – смертная казнь» и введена ст. 25² УК Украины «Пожизненное лишение свободы». Соответствующие изменения были внесены также в санкции тех статей Особенной части УК, которые предусматривали смертную казнь.

Таким образом, в Украине состоялся конституционно-законодательный процесс перехода от одного строгого вида наказания к другому, но более гуманному. Однако судебная практика столкнулась с неоднозначным пониманием правовых последствий признания неконституционными положений УК Украины о смертной казни. Такая неопределенность преимущественно возникла из-за различий в понимании правовой природы решений Конституционного Суда Украины, а именно – правомочности этого органа на внесение изменений в действующее законодательство (в данном случае – уголовное) путем от-

¹ Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України (1960 р.) // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 4. – Ст. 126.

мены определенных предписаний последнего. В зависимости от ответа на поставленный вопрос давалась юридическая оценка содержания ряда положений УК Украины 1960 г. в период между вынесением Решения № 11-рп/99 и вступлением в силу Закона № 1483-III, то есть с 29 декабря 1999 г. по 29 марта 2000 г. При условии признания за Конституционным Судом Украины правомочности вносить изменения в законодательство автоматически должно следовать признание текстуального отсутствия в УК Украины указаний на смертную казнь как вид наказания.

Действительно, некоторыми судами признавалось, что установленное Решением № 11-рп/99 несоответствие смертной казни положениям Конституции Украины равнозначно изменению положений УК по этому вопросу Законом, принятым Верховной Радой Украины спустя почти два месяца – 22 февраля 2000 г. Из этих соображений лицам, совершившим особо тяжкие преступления до вступления в силу данного Закона, суды назначали наказание в виде лишения свободы на срок не более 15 лет. Так, решением Верховного Суда Украины от 31 июля 2009 г. гражданам: Г., виновному в совершении 14 марта 2000 г. преступлений, предусмотренных п. «і» ст. 93 УК Украины (1960 г.), ч. 2 ст. 17, пунктами «г» и «і» ст. 93 УК Украины (1960 г.), ч. 1 ст. 222 УК Украины (1960 г.), и С., виновному в совершении 14 марта 2000 г. преступлений, предусмотренных пунктами «з», «і» ст. 93 УК Украины (1960 г.), ч. 2 ст. 17, пунктами «г», «з» и «і» ст. 93

УК Украины (1960 г.), ч. 1 ст. 222 УК Украины (1960 г.), назначенное ранее наказание в виде пожизненного лишения свободы было заменено лишением свободы на срок 15 лет. При этом Верховный Суд Украины исходил из того, что в период с 29 декабря 1999 г. по 29 марта 2000 г. основной вид наказания – смертная казнь, предусматривавшийся ст. 93 УК Украины 1960 г., применяться не мог, а максимальным наказанием за преступления, совершенные в этот промежуток времени, могло быть лишение свободы на срок 15 лет. Сам же уголовный закон, действовавший в этот период времени, был признан более мягким и имеющим обратную силу во времени. Аналогичным было решение Верховного Суда Украины по делу гражданина П., виновного в совершении в период с 8 октября 1999 г. по 15 января 2000 г. ряда преступлений, в том числе 6 января 2000 г. – умышленного убийства, квалифицированного по пунктам «а», «з» и «і» ст. 93 УК Украины 1960 г. (Решение от 13 февраля 2009 г.).

Другие же суды руководствовались тем, что смягчение уголовной ответственности лиц, совершивших особо тяжкие преступления, состоялось на основании Закона № 1483-III от 22 февраля 2000 г., а не Решения № 11-рп/99 от 29 декабря 1999 г. Соответственно они назначали таким лицам наказание в виде пожизненного лишения свободы, а также заменяли на пожизненное лишение свободы ранее назначенное, но не исполненное наказание в виде смертной казни. Примером такого подхода может слу-

жить постановление апелляционного суда Черкасской области от 11 января 2006 г. в отношении гражданина Т., согласно которому был оставлен без изменений приговор коллегии судей судебной палаты по уголовным делам апелляционного суда Черкасской области от 25 декабря 2001 г. и назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы. Из материалов этого постановления следует, что Т., находясь в составе организованной преступной группы в период с 5 августа 1999 г. по 30 ноября 1999 г., помимо прочего, совершил умышленные убийства из корыстных побуждений и с особой жестокостью, которые были квалифицированы по пунктам «а», «е», «з» и «і» ст. 93 УК Украины 1960 г.

Указанная коллизия, порожденная «двусмысленностью» решения Конституционного Суда Украины, имела своим продолжением обращения отдельных осужденных в суды Украины с намерением доказать неправомерность замены им смертной казни на пожизненное лишение свободы и соответственно обязательность применения относительно них замены такого наказания лишением свободы на определенный срок (до 15 лет).

Очередным витком эскалации «юридического» напряжения стало принятие Верховной Радой Закона Украины от 15 апреля 2008 г. № 270-VI, которым внесены изменения в ст. 5 УК путем дополнения ее новой ч. 4, предусматривающей следующее: «Если после совершения лицом деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, закон об уголовной ответственности изменялся несколько раз,

обратное действие во времени имеет тот закон, который устраняет преступность деяния, смягчает уголовную ответственность или иным образом улучшает положение лица». Тем самым нормативно было закреплено доктринальное правило действия во времени так называемых «промежуточных» законов об уголовной ответственности, а сторонники признания за решениями Конституционного Суда Украины силы закона увидели в этой норме дополнительное основание для освобождения из мест лишения свободы лиц, которые были осуждены до 29 декабря 1999 г. к наказанию в виде смертной казни и отбыли за убийство при отягчающих обстоятельствах 15 и более лет лишения свободы.

В связи с затронутыми вопросами, а также приближением пятнадцатилетнего срока отбывания наказания лицами, которым смертная казнь была заменена пожизненным лишением свободы, дальнейшее промедление с расстановкой всех точек над «і» стало невозможным. Очевидно, по этой причине 4 июня 2010 г. Пленум Верховного Суда Украины обратился в Конституционный Суд Украины с представлением об официальном толковании положений ч. 2 ст. 4, частей 1, 4 ст. 5, ч. 3 ст. 74 УК Украины, ст. 73 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» относительно действия во времени положений о замене смертной казни пожизненным лишением свободы на основании Закона № 1483-III. В свою очередь, Конституционный Суд Украины принял все необходимые меры для принятия объективного решения по за-

тронутому вопросу, в частности изучил высказанные по этому поводу позиции Президента Украины, Председателя Верховной Рады Украины, Комитета Верховной Рады Украины по вопросам законодательного обеспечения правоохранительной деятельности, Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека, Министра юстиции Украины, Генеральной прокуратуры Украины, ученых Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», Национального университета «Одесская юридическая академия», Национальной академии внутренних дел, Института изучения проблем преступности НАПрН Украины, Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, Луганского государственного университета внутренних дел имени Э. А. Дидоренко.

Проанализировав сущность поднятого вопроса, ученые Института изучения проблем преступности НАПрН Украины сочли возможным согласиться с теми судебными решениями, которыми наказание в виде смертной казни подлежало замене на пожизненное лишение свободы как в случае совершения соответствующего преступления до 29 декабря 1999 г., так и в период с 29 декабря 1999 г. по 29 марта 2000 г. В качестве аргументов в пользу занятой позиции в ответе на запрос Конституционного Суда Украины учеными Института были приведены суждения о невозможности распространения на статьи УК Украины 1960 г. положений ч. 4 ст. 5 УК Украины 2001 г. о соотношении принципов гуманизма и справедливости и другие

теоретические положения, изложение которых, а также рассмотрение юридической природы решений Конституционного Суда Украины являются целью настоящей статьи.

О возможности (невозможности) применения положений ч. 4 ст. 5 УК Украины 2001 г. (в редакции Закона от 15 апреля 2008 г.) к тем статьям УК Украины 1960 г., которые предусматривали смертную казнь как вид наказания (статьи 58, 59, 60, 93, 190¹ УК Украины 1960 г. и др.), следует заметить, что ими закреплялись признаки преступлений, которые формально (буквально) не были воспроизведены УК Украины 2001 г. К такому выводу позволяет прийти сравнительная характеристика текстов указанных статей УК Украины 1960 г. и соответственно статей 112, 113, ч. 2 ст. 115, статей 348, 379, 443 УК Украины 2001 г. Не прибегая к составлению развернутой сравнительной таблицы предписаний, изложенных в этих кодексах, можно отметить, например, что согласно ст. 93 УК Украины 1960 г. предусматривались несколько иные отягчающие ответственность обстоятельства, давалась несколько иная их формулировка, наконец, иной порядок (очередность) закрепления соответствующих предписаний в тексте статьи УК. В статьях 58 и 190¹ УК Украины 1960 г. предполагался иной круг потерпевших, в ст. 60 этого же УК нет указания на некоторые признаки преступления, закрепленные действующим УК и т. п. Именно поэтому представляется принципиальным указание в ч. 4 ст. 5 УК Украины 2001 г. на то,

что ее предписания распространяются на случаи «совершения деяния, предусмотренного настоящим Кодексом». Учитывая, что УК Украины 1960 г. предусмотрены подобные, но все же отличающиеся от УК Украины 2001 г. преступления, следует вывод, что действие положений ч. 4 ст. 5 УК Украины 2001 г. на предыдущий УК не распространяется. Предписание, изложенное в этой части, следует толковать буквально, оснований для его распространительного толкования нет. Однако сам по себе этот вывод играет исключительно вспомогательную роль в решении обозначенной в статье проблемы.

В вопросе правовой природы решений Конституционного Суда Украины содержание действующего законодательства вполне справедливо можно определить как «пробельное». Еще в 1994 г. В. Шаповал справедливо заметил, что это является проблемой и притом едва ли не самой актуальной не только в связи с содержанием компетенции Конституционного Суда, но и потому, что, как свидетельствует соответствующая практика, она нередко находится на грани между правоприменением и правотворчеством. Среди причин такого явления ученый называет объективно новаторский характер деятельности Конституционного Суда, недостаточный опыт подобной деятельности, концептуальную неопределенность относительно ее природы в связи с недостатком продуктивного интеллектуального воздействия со стороны внешней профессиональной среды, незавершенность процесса разработки необ-

ходимых «технологий» в работе данного органа. Были указаны и другие проблемы, часть из них, по мнению ученого, находится за пределами сферы непосредственного бытия Конституционного Суда¹.

Следует отметить, что и ныне единая позиция по этому вопросу не сформирована. Так, в Институте государства и права имени В. М. Корецкого НАН Украины считают, что с 29 декабря 1999 г. на основании Решения № 11-рп/99 в санкции ст. 93 УК Украины 1960 г. утратило силу положение «или смертной казнью». С момента принятия решения санкция этой статьи приобрела следующий вид: «...наказывается лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с конфискацией, кроме того, имущества в случаях, предусмотренных п. «а» настоящей статьи»².

М. Тесленко, говоря о юридической природе решений Конституционного Суда Украины, отмечает, что они «занимают особое место в системе правовых актов. Принимая их, Конституционный Суд интерпретирует Конституцию, выясняет конституционное содержание тех или иных законов, устанавливает факт неконституционности конкретных правовых норм и в результате формирует единое конституционное правопонимание»

¹ См.: Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1994. – № 5. – С. 29.

² Висновок наукової експертизи щодо визначення меж санкції ст. 93 Кримінального кодексу України (в редакції 1960 р.), яка діяла в період з 29 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р., проведеної відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну експертизу» на запит адвокатського бюро ДІФА, від 07.10.2008 р. № 126/160-е.

(перевод – В. Б. и С. Г.)¹. В этом суждении заслуживает внимания положение ученого о признании наблюдательной роли Конституционного Суда, а именно, – как определил В. Скомороха, – «абстрактного и конкретного конституционного контроля» законодателя, ограниченного правилом «связанной инициативы»². Также важным представляется то, что М. Тесленко более сдержанно оценивает правовые последствия вынесения Судом соответствующего решения и, признавая факт создания новой нормы, не считает ее появление изменением в законодательстве, рассматривает ее исключительно как средство регулирования общественных отношений. То «официальное толкование, которое дается в решениях Конституционного Суда, направлено на урегулирование общественных отношений, распространяется на всех участников правоотношений или на какую-либо их часть, рассчитано на многократное применение» (перевод – В. Б. и С. Г.)³.

В. Венедиктов не считает Конституционный Суд Украины правотворческим органом, однако наделяет нормативностью и юридической силой его решения. При этом в качестве главного аргумента ученый выдвигает то, что решения Консти-

туционного Суда окончательны, не подлежат обжалованию и обязательны для исполнения на территории Украины⁴. К изложенной точке зрения присоединяется О. Ярошенко⁵.

По нашему мнению, способность решений Конституционного Суда Украины упорядочивать отношения между субъектами в соответствии с волей законодателя точно отражает их юридическое свойство, поскольку в конкретном вопросе этот Суд основывается именно на решениях того же законодателя, который принял Конституцию Украины (Основной Закон) и делегировал другому органу специальные полномочия. Эти полномочия В. Погорилко и В. Федоренко охватывают понятием особого механизма гарантий защиты конституционно-правовых норм, реализация которого и возлагается на Конституционный Суд Украины⁶. Относительно содержания конституционно-правовой нормы указанные ученые отмечают: «норма конституционного права не тождественна статье конституционного нормативно-правового акта. Одна конституционная норма может быть объективированной в нескольких статьях. В то же время одна статья может содержать несколько конституционно-правовых норм (ст. 20

⁴ Венедиктов В. С. Трудовое право Украины : учебник / В. С. Венедиктов. – Харьков, 2004. – С. 55.

⁵ Ярошенко О. М. Значения актів Конституційного Суду України для регулювання трудових відносин / О. М. Ярошенко // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – 2008. – Вип. 98. – С. 57.

⁶ Погорілко В. Поняття, ознаки, види і структура конституційно-правових норм / В. Погорілко, В. Федоренко // Право України. – 2001. – № 11. – С. 10.

¹ Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України / М. Тесленко // Право України. – 2000. – № 2. – С. 7.

² Скомороха В. Окремі питання поділу влади і юрисдикція Конституційного Суду України / В. Скомороха // Право України. – 1998. – № 5. – С. 12.

³ Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України / М. Тесленко // Право України. – 2000. – № 2. – С. 9.

Конституции Украины)» (перевод – В. Б. и С. Г.)¹. Руководствуясь таким подходом, считаем возможным признать существование единой, закрепленной в нескольких статьях Конституции Украины, нормы, согласно которой Верховная Рада Украины уполномочена принимать законы, а Конституционный Суд Украины – контролировать их конституционность. В таком случае деятельность Конституционного Суда Украины рассматривается как неотъемлемая составляющая процесса законотворчества.

В части определения правового статуса решений Конституционного Суда Украины более точной и взвешенной представляется позиция В. Шаповала, который отмечает, что при любых условиях конституционно и законодательно определенная компетенция Конституционного Суда не предусматривает осуществления нормотворчества, за исключением того, которое связано с регламентацией вопросов организации его внутренней работы. Решения и заключения Конституционного Суда не могут иметь характер нормативно-правовых актов, способных активно регулировать общественные отношения. Не могут они содержать и отдельные положения, которые по природе были бы позитивными нормативными реалиями². При-

¹ Погорілко В. Поняття, ознаки, види і структура конституційно-правових норм / В. Погорілко, В. Федоренко // Право України. – 2001. – № 11. – С. 12.

² Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1994. – № 5. – С. 29.

зная за Конституционным Судом Украины влияние на правотворчество, ученый определяет его как «негативное», но отмечает отсутствие у рассматриваемого органа полномочий осуществлять реальное правотворчество – «содержание решений и выводов, прежде всего об официальном толковании норм Конституции и законов, имеет характер своеобразной тени этих норм. Они не существуют самостоятельно от соответствующих норм и могут быть должным образом учтены только в процессе нормоприменения относительно положений Конституции и законов» (перевод – В. Б. и С. Г.)³. Как вывод в характеристике статуса решений Конституционного Суда Украины можно воспринять тезис В. Шаповала о том, что наделение природы деятельности этого органа конституционного контроля в осуществлении его основных полномочий нормотворческими качествами, по сути, поставило бы его над всем государственным механизмом и даже над самим Основным Законом⁴. А разрешению или хотя бы прагматичному решению этой проблемы будет способствовать разработка соответствующих технологий в деятельности Конституционного Суда, его самоопределение относительно границ толкования, форм

³ Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1994. – № 5. – С. 29.

⁴ Там же.

и содержания интерпретационных актов¹.

Правильность изложенного вывода в отношении юридических полномочий Конституционного Суда Украины не менее наглядно подтверждается необходимостью определения преступности и наказуемости деяния исключительно нормами, закрепленными в УК Украины. Так, согласно ст. 75 Конституции Украины «единственным органом законодательной власти в Украине является парламент – Верховная Рада Украины», и согласно п. 3 ч. 1 ст. 85 Конституции Украины принятие законов является полномочием Верховной Рады Украины.

В данном случае весьма показательно признание Конституционным Судом Украины незыблемости этих положений Конституции Украины, которые содержатся в решении Конституционного Суда Украины по делу об обратном действии во времени законов и других нормативно-правовых актов от 9 февраля 1999 г., дело № 1–7/99 (Решение № 1-рп/99). В частности, в п. 2 мотивировочной части этого решения указано: «относительно юридической ответственности применяется новый закон или иной нормативно-правовой акт» (*перевод – В. Б. и С. Г.*). И далее: «ответственность возможна только при наличии в законе или ином нормативно-правовом акте определения правонарушения, за которое такая юридическая ответственность лица предусмо-

трена и может реализовываться в форме принуждения со стороны уполномоченного государством органа» (*перевод – В. Б. и С. Г.*).

Принимая во внимание положения ст. 73 «Решения по делам» Закона Украины «О Конституционном Суде Украины», отметим, что согласно ч. 2 этой статьи те нормативные акты или их отдельные положения, которые признаны несоответствующими Конституции Украины (неконституционными), объявляются недействительными и теряют силу со дня принятия Конституционным Судом Украины решения об их неконституционности. Однако добавим, что текстуальное содержание соответствующего нормативного акта остается неизменным до момента внесения в него соответствующих изменений уполномоченным органом.

При этом Основным Законом предусмотрено, что «исключительно законами Украины определяются деяния..., являющиеся преступлениями, административными или дисциплинарными нарушениями, и ответственность за них» (п. 22 ст. 92). Именно эта норма дает *основания для ограничительного толкования ст. 73 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»* в части «утраты силы» неконституционными нормативными актами или их отдельными положениями (как и ч. 2 ст. 152 Конституции Украины, где также указано: «Законы, другие правовые акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу со дня принятия Конституционным Су-

¹ Шаповал В. М. Становлення конституційної юрисдикції в Україні / В. М. Шаповал // Правова держава : щорічник наук. пр. – К., 1998. – Вип. 9. – С. 114.

дом Украины решения об их неконституционности»).

В подтверждение данного вывода также следует обратиться к положениям Закона № 1483-III, исключительно которым были внесены изменения в УК Украины 1960 г., а смертная казнь как вид наказания была во всех случаях заменена другим видом наказания – пожизненным лишением свободы.

Иное толкование положений ст. 73 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» вступает в конфликт с общим содержанием Основного Закона Украины. Поэтому и сама норма, предусмотренная указанной статьей, как и ст. 152 Конституции Украины, в таком случае должны стать предметом внесения соответствующих законодательных уточнений. В частности, представляется целесообразным рассмотреть на законодательном уровне вопрос о более точном формулировании правовых последствий решений о признании неконституционными законов и других нормативно-правовых актов путем замены в ст. 73 указанного Закона и ст. 152 Конституции Украины слов «утрачивают силу» на «перестают действовать» (или «не подлежат применению»). Кроме того, по нашему убеждению, следует тщательно отработать механизм пересмотра Верховной Радой Украины законодательных актов, признанных неконституционными, для того чтобы исключить пассивное отношение этого органа власти к некоторым решениям Конституционного Суда Украины, что

иногда имеет место¹. *Обсуждение Верховной Радой Украины вопросов относительно пересмотра законов или их отдельных положений, признанных неконституционными, должно быть безотлагательным, внеочередным.*

Приведенные рассуждения в известной степени касаются и порядка взаимодействия различных ветвей власти. Вместе с вопросом о правовом статусе решений Конституционного Суда Украины встает проблема разграничения полномочий этого органа судебной власти и Верховной Радой Украины. И в этом аспекте компромисс недопустим. Как справедливо замечают В. Таций, Ю. Битяк, Ю. Грошевой и М. Цвик, «фиксируя, что Президент издает указы на основе законов Украины, Конституция под-

¹ Так, Решением Конституционного Суда Украины от 10 сентября 2009 г. № 20_рп/2009 признан неконституционным Закон Украины от 15 января 2009 г. № 890-VI «О временных следственных комиссиях, специальной временной следственной комиссии и временных специальных комиссиях Верховной Радой Украины», которым были внесены изменения в статьи 384–386 УК Украины. В частности, в абзацах 1 ч. 1 ст. 384 и ст. 385 слова «временной специальной комиссией» были заменены словами «специальной временной следственной комиссией». Очевидно, что эта часть текста статей 384 и 385 УК после вынесения Конституционным Судом Украины указанного решения не может применяться, как и не могут использоваться предыдущие слова «временной специальной комиссией», поскольку Верховная Рада Украины до настоящего времени не внесла необходимые изменения в статьи 384–386 УК, связанные с восстановлением прежней редакции законодательного текста или, наоборот, его изъятием вообще.

черкивает верховенство закона в системе правового регулирования общественных отношений, недопустимость делегирования законодательных полномочий другим органам» (перевод – В. Б. и С. Г.)¹. Характерными же свойствами судебной власти и полномочий Конституционного Суда Украины, в частности, «являются его самостоятельность, исключительность, подзаконность и полнота. Назначение судебной власти – защита прав и свобод граждан, соблюдение законности и справедливости при исполнении и применении законов, а также других нормативных актов» (перевод – В. Б. и С. Г.)². В. Литвин, подчеркивая принципиальную важность соблюдения принципа разделения власти на ветви, подчеркнул, что «каждой ветви власти должны принадлежать свои функции: законодательные – принадлежат парламенту. Вот с соблюдением этого императива и следует подходить к конституционному процессу. На выходе из этого процесса должна стоять Верховная Рада. При любых условиях» (перевод – В. Б. и С. Г.)³.

Определению роли и значения решений Конституционного Суда Украины в системе регулирования обще-

ственных отношений и в вопросе назначения наказания за преступления, совершение которых предусматривало возможность применения смертной казни по УК Украины 1960 г., в значительной степени способствует их сравнение с решениями Европейского суда по правам человека. Так, Д. Юровский, руководствуясь положениями Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» от 23 февраля 2006 г. № 3477-IV, по этому поводу отмечает: «Применение решений Европейского суда при осуществлении правосудия должно происходить с учетом того, что в случае выявления коллизий между положениями решения этого суда и нормами соответствующего действующего закона Украины применению подлежит закон» (перевод – В. Б. и С. Г.)⁴. Считаем возможным утверждать, что подобным образом должен решаться вопрос коллизий между решениями Конституционного Суда Украины и законами Украины.

С большим удовлетворением можно отметить, что именно такую позицию и занял Конституционный Суд Украины по делу № 1–5/2011 о замене смертной казни пожизненным лишением свободы (Решение № 1_рп/2011). В частности, Конституционный Суд определился в том, что в ч. 4 ст. 5 УК Украины говорится о возможности замены определенного законодательного положения только

¹ Конституція України – основа реформування суспільства / В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошовий, М. В. Цвік. – Х., 1996. – С. 72–73.

² Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1994. – № 5. – С. 84.

³ Литвин В. Завжди можна знайти того професора права, який виправдає будь-які зміни в Конституції / В. Литвин // Юрид. вісн. України. – 2011. – № 12 (820). – С. 7.

⁴ Юровський Д. Б. До питання застосування судами України практики Європейського суду з прав людини / Д. Б. Юровський // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 9 (121). – С. 48.

другим законом об уголовной ответственности, а не решением Конституционного Суда Украины, который уполномочен лишь признавать неконституционными положения закона об уголовной ответственности. Также в этом Решении подчеркнуто, что признание смертной казни неконституционным наказанием не повлекло за собой внесение текстуальных изменений в санкции тех норм УК Украины, которые предусматривают данный вид наказания, утрату санкциями альтернативного характера и наличие в результате лишь наказания в виде лишения свободы до 15 лет.

Определение статуса решений Конституционного Суда Украины делает возможным решить прикладной вопрос о соответствии закону замены наказания в виде смертной казни пожизненным лишением свободы. Так, до замены в УК Украины 1960 г. смертной казни на пожизненное лишение свободы никакое наказание в виде лишения свободы на определенный срок, назначенное, например, по ст. 93 УК 1960 г. в период с 29 декабря 1999 г. по 29 марта 2000 г., не соответствовало бы степени тяжести тех умышленных убийств, которые были совершены при совокупности нескольких особо отягчающих обстоятельств, а потому и не предоставляло бы возможности достичь предусмотренных УК Украины целей наказания.

Вместе с тем суды Украины, рассматривая до 29 декабря 1999 г. дела о совершении преступлений, предусмотренных, например, той же ст. 93 УК Украины 1960 г., также имели полное право назначить подсудимому

лишение свободы на определенный срок и тем самым дать надлежащую правовую оценку тяжести совершенного лицом преступления. Однако в случаях, связанных с оценкой наиболее дерзких и опасных убийств, они применяли именно смертную казнь, и ни апелляция, ни кассационная инстанции не находили оснований для смягчения приговора, а Президент – для помилования осужденного. Это дает основания считать такие приговоры судов в целом справедливыми.

Справедливость наказания как правовой принцип является руководящим и в деятельности Конституционного Суда Украины. Как указано в Решении Конституционного Суда Украины по делу о конституционном представлении Верховного Суда Украины относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) положений ст. 69 УК Украины (дело о назначении судом более мягкого наказания) № 1–33/2004 от 2 ноября 2004 г. (Решение № 15-рп/2004), «отдельным проявлением справедливости является вопрос соответствия наказания совершенному преступлению; категория справедливости предусматривает, что наказание за преступление должно быть соразмерным преступлению. Справедливое применение норм права – это, прежде всего, недискриминационный подход, беспристрастность. Это означает не только то, что предусмотренный законом состав преступления и пределы наказания будут соответствовать друг другу, но и то, что наказание должно находиться в справедливом соотноше-

нии с тяжестью и обстоятельствами содеянного и личностью виновного. Адекватность наказания степени тяжести преступления вытекает из принципа правового государства, из сути конституционных прав и свобод человека и гражданина, в частности права на свободу, которое не может быть ограничено, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины» (*перевод – В. Б. и С. Г.*) (п. 4. 1).

От себя добавим лишь то, что принцип справедливости наказания, в отличие от принципа гуманизма, обязывает суд учитывать тяжесть преступления в случае как смягчения наказания, так и его усиления.

Из этих соображений представляется соответствующей принципу справедливости наказания и требованиям закона практика судов Украины

в части отказа от назначения лишения свободы на определенный срок в тех случаях, когда это наказание по своему карающему влиянию не могло охватить всю тяжесть совершенного преступления. Приведенное утверждение, главным образом, касается практики назначения наказания за соответствующие преступления, которые совершались в период с 29 декабря 1999 г. до 29 марта 2000 г.

Положения настоящей статьи впоследствии могут быть использованы при исследовании вопросов содержания и порядка применения принципов уголовного права и толковании норм закона об уголовной ответственности, в частности Конституционным Судом Украины.

Опубликовано: Право України. – 2011. – № 9. – С. 147–157.

Л. Лобойко, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса Донецкого юридического института МВД Украины

Предмет и границы реформирования уголовно-процессуального законодательства

Постановка проблемы. Реформирование уголовно-процессуального законодательства, как, кстати, и любого другого, не может иметь положительного результата без определения таких фундаментальных для процесса реформирования понятий, как его предмет и границы. Проблемность определения предмета и границ реформирования украинского уголовно-процессуального законодательства обуславливается дискуссионностью среди ученых и практиков вопроса о принципиальных положениях относительно модели обновленного отечественного процесса. Довольно острыми являются также вопросы относительно определения пути реформирования – эволюционного или революционного – до этого времени не реформированного уголовно-процессуального законодательства Украины.

Анализ последних исследований и публикаций, в которых начато решение данной проблемы. Вопрос о предмете и границах реформирования уголовно-процессуального

законодательства в процессуальной литературе как об отдельном предмете научного исследования не ставился, а поэтому и не рассматривался. Отдельные его элементы были предметом рассмотрения в научных публикациях таких отечественных процессуалистов, как В. Г. Гончаренко, Ю. М. Грошевой, В. С. Зеленецкий, О. В. Каплина, В. Т. Нор, Д. П. Письменный, В. М. Тертышник, Л. Д. Удалова, О. Г. Шило, Н. Е. Шумило и др. В теории уголовного процесса, таким образом, отдельные вопросы относительно предмета и границ реформирования законодательства рассматривались, а вот общая проблема, которая состоит в формулировании и четком определении этих понятий, не исследовалась.

Рассмотреть полно и всесторонне предмет и границы реформирования уголовно-процессуального законодательства в одной научной статье практически невозможно. Поэтому **целью** статьи является лишь обозначение предмета и границ реформиро-

вания уголовно-процессуального законодательства. Для достижения этой цели статьи необходимо решить такие задачи: 1) определить понятие предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства; 2) установить факторы, влияющие на определение предмета и границ реформирования законодательства.

Изложение основного материала исследования. Под предметом реформирования следует понимать часть законодательства, принадлежащую к отрасли уголовно-процессуального, на которую направлены усилия компетентных лиц с целью ее определенных преобразований.

Среди правоведов в современной Украине реформирование уголовно-процессуального законодательства рассматривается в первую очередь как принятие нового Уголовно-процессуального кодекса Украины (УПК) вместо действующего. Однако лишь принятием нового УПК реформирование не может ограничиваться объективно. Так как уголовно-процессуальное законодательство, как известно, состоит, кроме УПК, еще и из других законов, содержащих уголовно-процессуальные нормы (статьи). Поэтому предметом, на который должны быть направлены усилия реформаторов¹, должны стать все статьи всех законов, регулирующих порядок производства по уголовным делам, т. е. все то, что охватывается термином

¹ Реформаторы здесь – это лица, подготавливающие соответствующий законопроект от формулирования концептуальных положений нового закона до его принятия.

«уголовно-процессуальное законодательство». Реформирование должно производиться комплексно, всесторонне. В результате реформирования уголовно-процессуального законодательства не должно быть разногласий, коллизий между разными законодательными актами.

Изложенное свидетельствует о тесной связи предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства. Если предмет реформирования определяет, что именно подлежит реформированию, то границы очерчивают сам предмет. Границами реформирования уголовно-процессуального законодательства есть такие границы преобразований, когда реформаторы могут констатировать достижение целей реформирования и представить обществу в завершённом виде все те законы, которые были так или иначе изменены (дополнены) или заменены вообще.

После этого общество или, по крайней мере, соответствующая референтная группа может сделать выводы относительно того, полно ли был определен реформаторами предмет реформирования, не были ли сужены или расширены его границы. На определение объема предмета реформирования, его качественных составляющих и границ существенно влияют позиции представителей общественности, экспертов. Реформаторы должны быть заинтересованы в более широком привлечении этих лиц к реформированию. Во-первых, они могут обратить внимание реформаторов на те вопросы, которые имеют первоочередное значение. Во-вторых, ожидаемое качество законопро-

екта, а потом и закона, будет значительно выше¹.

Приоритетным элементом предмета реформирования уголовно-процессуального законодательства, бесспорно, есть УПК. Так как именно этот нормативно-правовой акт должен иметь первоочередное значение для определения порядка производства по уголовным делам. Он является основным нормативно-правовым актом в системе этой отрасли законодательства, ее скелетом. Принятие нового УПК является очень ответственным делом. Первые шаги по подготовке нового УПК (проекта) были сделаны сразу после обретения Украиной независимости. Но прошло почти двадцать лет, а новый УПК еще не принят.

Причин затягивания с принятием Украиной нового Уголовно-процессуального кодекса можно называть много. Одна из них, которая касается темы этой статьи, состоит в принципиальной неопределенности с предметом и границами реформирования уголовно-процессуального законодательства.

Существует много позиций относительно того, что именно из существующего уголовно-процессуального законодательства нужно реформировать, а что оставить как есть, так как оно прошло испытание временем и зарекомендовало себя с лучшей стороны. Не углубляясь в характеристику всех высказанных позиций относительно пред-

мета и границ реформирования законодательства (да это и невозможно сделать в пределах одной статьи), укажу, что дискуссии по данному вопросу сводятся, как правило, к определению границ восприятия обновленным уголовно-процессуальным законодательством действующих сейчас статей УПК и других законов, которыми урегулировано производство по уголовным делам (историческая преемственность) и иностранного, в частности европейского, опыта регулирования уголовно-процессуальных отношений.

Реформаторы всегда находятся под угрозой обвинений в том, что они разрушают институты, являющиеся привычными для практиков и теоретиков, апробированными ими. Так, например, профессора кафедры правосудия юридического факультета Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина В. П. Пивненко «особенно смущает то, что разработчики законопроекта (имеется в виду проект УПК Украины, подготовленный Национальной комиссией по укреплению демократии и утверждению верховенства права²) четко не определились ни с мировоззренческими, ни с методологическими базовыми установками (фундаментальными основами), на которых должна строиться вся архитектура нового УПК Украины, что и привело к неудаче, созданию законопроекта по принципу отрицания и разрушения всего предыдущего и изменению традиционной отечественной смешанной (континентальной) модели

¹ Речь идет именно об ожидаемом качестве законопроекта (закона). Ибо, во-первых, выводы экспертов могут быть проигнорированы реформаторами, во-вторых, предложения экспертов не всегда, как это ни прискорбно, имеют позитивный, конструктивный характер.

² Проект УПК Украины, подготовленный рабочей группой Национальной комиссии по укреплению демократии и утверждению верховенства права. – Киев, 2008.

(формы) уголовного судопроизводства на полностью состязательную англо-американского типа»¹.

По поводу «разрушения всего предыдущего» укажу такое. В проекте УПК действительно «разрушены» те устаревшие, неудобные для участников процессуальные институты, которые были традиционными для советского уголовного процесса (например, институт дополнительного досудебного следствия). Но реформы же ради того и проводят, чтобы отказаться от того, что устарело и мешает, и чтобы ввести новое, прогрессивное, современное. В конце концов систему правового регулирования уголовно-процессуальных отношений постепенно «разрушали», а точнее, приводили ее в соответствие с новыми общественными отношениями (рыночные отношения, демократия и т. п.), ранее, в том числе довольно существенно, – во время «малой» судебной реформы 2001 года. Необходимо помнить, что правовая система Украины возникла объективно в период достижения советской правовой системой «точки бифуркации», когда эта система согласно основным основам синергетики разрушалась².

¹ Півненко В. П. Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: прорахунки і недосконалості / В. П. Півненко // Становлення, функціонування та розвиток правових систем сучасності: проблеми науки і практики : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 145-й річниці створення Одес. нац. ун-ту ім. І. І. Мечникова (м. Одеса, 23 квіт. 2010 р.). – С. 359–360.

² Луць Л. Трансформація нормативної частини сучасної правової системи України – вимога часу [Електронний ресурс] / Л. Луць // Право України. – 2003. – № 3. – Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=67&d=315>.

Как утверждает Н. Н. Онищенко, которая в независимой Украине посвятила много внимания исследованиям правовой системы, «в современной юридической литературе предлагается широкий диапазон употребления категории «правовая система»³. Поэтому критикам проекта УПК следовало бы определиться, какому именно из элементов правовой системы или, возможно, всей правовой системе не отвечает то или иное положение проекта.

Следует отметить, что рациональная деятельность пока что не выработала продукта в виде окончательно сформированной украинской системы законодательства. Более того, система законодательства, а поэтому и правовая система государства постоянно изменяются с изменением социальных условий жизни общества. Да и правовая система является довольно сложным явлением, в котором переплетаются законодательные акты, принятые в исторически разные периоды времени. И вдобавок эти периоды разграничиваются сложными социальными преобразованиями. Например, до сегодняшнего дня продолжает действовать УПК несуществующего государства, который «мирно уживается» с новыми Уголовным кодексом Украины, Гражданским процессуальным кодексом Украины и Кодексом административного судопроизводства Украины.

³ Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. С. Журавський, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Онищенко ; за заг. ред. В. С. Журавського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 23.

По мнению Н. Н. Онищенко, основной задачей правовой системы является создание определенной, нормативной, стабильной основы для всего комплекса общественных отношений, в том числе и для их динамики. Основными направлениями правового регулирования в условиях демократического и правового государства являются закрепление и охрана *новых* (курсив наш. – Л. Л.) общественных отношений; обеспечение благоприятных условий и средств существования индивидов; изменение характера отношений в определенной сфере; содействие возникновению и функционированию новых отношений и общественных явлений¹. Правовое регулирование в проекте УПК как раз и призвано выполнять эту задачу и заставлять украинскую процессуальную систему идти в указанных направлениях.

Правовая система Украины как независимого и суверенного государства лишь формируется, а точнее – трансформируется из советской, тоталитарной в демократическую с господством принципа верховенства права. То, какой она будет сформирована (в какую именно трансформирована), должно определяться не советскими традициями, а международными, признанными в Европе стандартами построения правовой системы. Европа знает разные правовые, в том числе и процессуальные, системы. Но ведь стандарты соблюдения прав человека, т. е. минимальные требования

к их соблюдению, должны быть едиными, общими. Ну и, конечно же, не советскими.

Во время многих и продолжительных обсуждений проекта УПК основные аргументы его противников сводились к тому, что в нем «все не так, как сейчас», так как не учтены отечественные традиции уголовного процесса. В таком случае возникают вопросы: «Зачем вообще реформировать уголовный процесс Украины? Зачем приближаться к европейским ценностям в области уголовного судопроизводства (которые, кстати, никто из противников Проекта ни разу не поставил под сомнение), когда у нас есть «украинские» традиции «советского уголовного процесса»?

Есть ли у нас собственные, украинские, стандарты уголовного судопроизводства? Многие из того, что мы используем в повседневной следственной и судебной деятельности, можно назвать опытом, практикой, но не демократическими стандартами. Например, можно ли считать стандартом судопроизводства направления уголовного дела для производства дополнительного досудебного следствия? Стандартом является то, что все сомнения должны толковаться в пользу подсудимого. Но на практике (стандарт?), если у судей возникает сомнение в доказанности вины подсудимого, они направляют дело стороне обвинения для «доработки». Это украинская, а точнее, советская процессуальная традиция. Мы разве не должны от нее отказаться?

Таким образом, определяя предмет и границы реформирования уго-

¹ Онищенко Н. М. *Правова система і держава в Україні : монографія* / Н. М. Онищенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – С. 38–39.

ловно-процессуального законодательства, нужно учитывать и развивать те отечественные традиции, которые являются полезными для обеспечения прав участников уголовного процесса, и избавляться от тех отрицательных институтов процессуального права, которые мешают реализации прав лиц.

Предмет и границы реформирования уголовно-процессуального законодательства в значительной мере обуславливаются влиянием законодательного регулирования процессуальных отношений в иностранных государствах. В условиях конвергенции правовых систем предмет реформирования просто «вынужден» корректироваться, а возможно, и сближаться с зарубежными институтами уголовно-процессуального права.

Конвергенция правовых систем сейчас является реальностью. Даже в недрах таких самобытных типов правовых систем, как романо-германский и англосаксонский, наблюдаются достаточно ощутимые конвергентные процессы. С одной стороны, в романо-германском праве наблюдается важное повышение значения прецедентной практики, а с другой – характерной тенденцией развития общего права является расширение законодательного влияния на развитие общественных отношений¹.

В юридической литературе отмечается, что отличия между романо-

германским и англосаксонским правом не являются принципиальными и кроются во *второстепенных технико-юридических компонентах* (курсив наш. – Л. Л.)².

Противники заимствований опыта правового регулирования уголовно-процессуального законодательства в иностранных государствах чаще упоминают лишь одну часть известного высказывания Т. Г. Шевченко – «своего не сторонитесь». Но Шевченко же призвал и «чужому учиться». Так почему же не поучиться чужому, если оно является приемлемым для украинцев? Почему надо слепо отбрасывать достояние иностранного опыта, отказываясь использовать его во время урегулирования уголовно-процессуальных отношений, руководствуясь лишь тем, что это чужой опыт?

Для Украины, которая поставила и независимо от того, кто находится при власти, должна выполнять задачу стать полноправным членом европейского сообщества, крайне важно, готовя проект УПК, закрепить в нем положения, являющиеся признанными в Европе.

Уголовный процесс – это разновидность социальной технологии. А технологии, как известно, чтобы не отстать от цивилизации, должны быть передовыми. Если все за то, чтобы передовые технологии использовались в экономике, то почему их нельзя внедрять в уголовном процессе?

¹ Волошенко О. В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах / О. В. Волошенко [Електронний ресурс] // Форум права (Електронне наукове фахове видання). – 2009. – № 3. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vovcpc.pdf>.

² Марченко М. Н. Конвергенция романо-германского и англо-саксонского права: открытая лекция / М. Н. Марченко. – Киев ; Симферополь : Ин-т государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины : Логос, 2007. – Вып. 1. – С. 14.

Соблюдение украинских традиций уголовного процесса имеет значение для поддержания национальной самобытности производства по уголовным делам. Особенно сейчас, когда актуальной является национальная самоидентификация граждан Украины. Традициями в уголовно-процессуальном праве и практике его применения можно считать только те, что сформировались в советское время. Так как правовые положения, формировавшиеся до 1917 года, когда Украина находилась в составе царской России, были в результате октябрьского переворота разрушены «до основанья». А новые традиции в уголовно-процессуальном праве еще не сформированы, так как до этого времени действует УПК 1960 года.

Переходной период, на котором сейчас находится наше государство, сопровождается очередной модернизацией правовой системы, в том числе и той ее части, которая касается уголовно-процессуального законодательства, с учетом опыта европейской правовой традиции.

Невосприятие опыта, накопленного другими государствами и межгосударственными образованиями в области уголовного процесса, способно привести к отсталости национальной системы уголовного процесса и, конечно, к выводам международных организаций о несоответствии национальных стандартов международным стандартам. А это означает, что Украина в части регламентации и осуществления уголовного судопроизводства может навсегда отстать от цивилизации.

Итак, предмет и границы реформирования уголовно-процессуального за-

конодательства должны определяться с учетом иностранного опыта регулирования уголовно-процессуальных отношений, а также отечественных правовых традиций с учетом того, что эти традиции сейчас лишь формируются.

Понятно, что процесс определения предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства не может быть полностью лишен субъективных факторов, обусловленных интересами ведомств, в структуре которых действуют подразделения, осуществляющие уголовно-процессуальную деятельность; суда; научных процессуальных школ и отдельных научных работников и т. п. Влияние этих интересов на определение предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства приходится наблюдать в процессе обсуждений проектов УПК Украины. Диапазон мыслей по поводу рассматриваемых в этой статье вопросов колеблется от предложений оставить законодательство в том виде, как оно есть (при таких условиях определять предмет и границы реформирования не нужно, так как реформирование отрицается вообще), к кардинальному изменению действующего законодательства. Последнее в принципе предусматривает формирование нового законодательства. А поскольку это так, то предмет реформирования становится широким и значительным по объему. Однако и в этом случае должны быть четко очерчены границы реформирования (изменений) уголовно-процессуального законодательства.

На основании проведенного в этой статье исследования можно

сделать следующие **выводы**: 1) под предметом реформирования следует понимать ту часть законодательства, которая относится к отрасли уголовно-процессуального, на которую направлены усилия компетентных лиц с целью ее преобразований; 2) границами реформирования уголовно-процессуального законодательства являются такие границы преобразований, когда реформаторы могут констатировать достижение целей реформирования и представить обществу в завершенном виде все те законы, которые были так или иначе изменены (дополнены) или заменены вообще; 3) на определение предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства влияют такие факторы: а) объективные: необходимость согласования реформированного уголовно-процессуального законодательства с правовой системой Украины и национальными процессуальными традициями; влияние иностранного опыта правового регулирования уголовно-процессуальных отношений на формирование обновленного отечест-

венного законодательства; б) субъективные: ведомственные интересы и интересы отдельных научных школ и научных работников.

Проблема определения предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства, как отмечалось выше, является довольно объемной. Поэтому исследование, осуществленное в этой статье, лишь частично восполняет пробелы в теории уголовного процесса. Для полной обработки проблем, рассмотренных в этой статье, конечно же необходимо осуществлять дальнейшие исследования. Последние являются целесообразными по таким **направлениям научных исследований**: 1) субъекты определения предмета и границ реформирования уголовно-процессуального законодательства; 2) мероприятия по уменьшению влияния субъективных факторов на определение предмета и границ реформирования этой отрасли законодательства.

Опубликовано: Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту. – 2010. – № 4. – С. 3–10.

В. Шепитько, академик НАПрН Украины, заведующий кафедрой криминалистики Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», заведующий лабораторией ИИПП НАПрН Украины;

Г. Авдеева, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, доцент кафедры криминалистики Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», ведущий научный сотрудник ИИПП НАПрН Украины

Инновации в криминалистике и их использование в деятельности органов досудебного следствия

В условиях распространения процессов глобализации экономики и активного внедрения инноваций¹ во все сферы деятельности человека эффективность борьбы с преступностью

¹ **Инновации** – вновь созданные (примененные) и (или) усовершенствованные конкурентоспособные технологии, продукция или услуги, а также организационно-технические решения производственного, административного, коммерческого или иного характера, существенно улучшающие структуру и качество производства и (или) социальной сферы (см.: Про інноваційну діяльність : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 36. – Ст. 266. С изм. и доп.).

все более зависит от качества средств и методов ее осуществления. Преступники используют современную технику и новые средства связи, имеют необходимую подготовку для сокрытия следов преступления и информации. Поскольку инновациями являются не любые нововведения, а лишь те, которые значительно повышают эффективность определенной деятельности², использование инноваций в досудебном следствии является од-

² См.: Азгальдов Г. Г. Интеллектуальная собственность, инновации и квалиметрия / Г. Г. Азгальдов, А. В. Костин // Экон. стратегии. – 2008. – № 2(60). – С. 162–164.

ним из основных критериев повышения качества и эффективности расследования преступлений.

Термин «инновация» происходит от латинского слова «*innovato*» (позднелат. *inovatio*, англ. *innovation* – нововведение), означающего обновление или улучшение. Современная наука раскрывает его содержание как комплексный процесс создания, распространения и использования нового практического средства (новшества) для удовлетворения человеческих потребностей, меняющихся в ходе развития социокультурных систем и субъектов¹. Обязательным для инноваций является их успешное внедрение в практическую деятельность и эффективное использование².

Проблемам внедрения инноваций в деятельность правоохранительных органов в последнее время ученые уделяют значительное внимание³. Однако системных исследований относительно сущности и структуры инноваций, их классификации, определения основных этапов и критериев, обеспечивающих их эффективность, разработки основных теоретических основ использования инноваций в деятельности органов досудебного следствия не проводилось.

¹ Новейший философский словарь [Электронный ресурс] // Словари и энциклопедии на Академике. – Режим доступа: <http://dic.academic.ru>.

² Современная энциклопедия [Электронный ресурс] // Словари и энциклопедии на Академике. – Режим доступа: <http://dic.academic.ru>.

³ См., например: Тацій В. Я. Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення / В. Я. Тацій // Юрид. вісн. України. – 2007. – 3–9 листоп. (№ 44). – С. 3.

Изучение следственной практики свидетельствует о низком уровне использования инноваций в досудебном следствии. По результатам анкетирования следователей прокуратуры Украины установлено, что причинами недостаточного использования инноваций в досудебном следствии являются такие: их отсутствие (52,4 %), отсутствие научно-практических рекомендаций по их использованию (4,1 %), отсутствие навыков в использовании (2,7 %), несовершенство имеющихся средств (9,6 %), недостаточная компактность новых технико-криминалистических средств (3,1 %) и т. д.

Лишь 39,3 % следователей прокуратуры Украины при проведении следственных действий используют информационные технологии для накопления, обработки и использования криминалистически-значимой информации, а именно: информационно-поисковые базы данных (36,5 %), базу законодательства Украины (38,3 %), криминалистический учет (20,0 %), автоматизированное рабочее место следователя (12,1 %), электронные справочники (21,7 %). Среди причин низкого уровня использования информационных технологий в деятельности следователя указано их отсутствие (31,7 %), несовершенство имеющихся информационных технологий (10,0 %), отсутствие навыков в использовании (2,4 %) и др.

Об отсутствии потребности в использовании инновационных технологий указали 2,7 % следователей. 41,4 % следователей прокуратуры не ознакомлены с современными возможностями информационных техно-

логий и научно-технических средств борьбы с преступностью.

Следователи (35,2 %) выразили желание получить сведения о современных научно-технических средствах и считают, что это станет возможным при наличии соответствующей справочно-методической литературы, организации семинаров (38,1 %), выступлений ведущих экспертов и криминалистов (12,4 %), предоставлении возможности доступа к сети «Интернет» (29,0 %) и др. По мнению большинства респондентов, существует потребность в создании автоматизированных рабочих мест следователя и централизованных информационно-поисковых систем с реестрами налоговой администрации, пенсионного фонда, ГАИ, регистрационной палаты Министерства юстиции, арестованного движимого и недвижимого имущества, телефонной базой отдельных регионов, идентификационными номерами и кодами физических и юридических лиц и др.

С учетом специфики работы правоохранительных органов и исходя из определения сущности термина «инновация», мы считаем, что инновациями в криминалистике и досудебном следствии могут служить как вновь созданные результаты научно-исследовательской и (или) опытно-конструкторской работы, специально разработанные для нужд сотрудников правоохранительных органов, так и уже известные, но используемые с другой целью и (или) в другой отрасли деятельности человека и (или) усовершенствованные криминалистические средства, а также организационно-технические решения методического, тактического,

научного или иного характера, которые существенно улучшают качество и полноту процесса доказывания по делу, повышают его научный уровень и сокращают сроки досудебного следствия, позволяют решать вопросы, ранее не решавшиеся ввиду отсутствия необходимых криминалистических средств. В частности, в последнее время осуществлены разработки автоматизированных рабочих мест следователя (например, АРМ следователя «Инсайт»), судебных экспертов разных экспертных специальностей (АРМ трасолога, АРМ баллиста, АРМ экономиста, АРМ фонокописта и др.), созданы новые приборы и комплекты многофункциональных устройств для фиксации доказательной информации (например, «Полевая минифотолaborатория»), разработаны методики расследования новых видов преступлений и др.

Инновации в криминалистике и досудебном следствии имеют такие этапы развития: 1) теоретическое обоснование инновационных процессов в криминалистике и досудебном следствии; 2) изучение и анализ современного состояния и возможных путей внедрения инновационных продуктов (технологий) в деятельность органов досудебного следствия; 3) выделение наиболее перспективных направлений инновационной деятельности с учетом потребностей следственной (судебной) практики и достижений естественных и технических наук; 4) генерация и фильтрация идей; 5) планирование научно-исследовательской работы (НИР); 6) разработка в соответствии с планом НИР инновационных продуктов; 7) апробация результатов НИР; 8) внедрение инноваций

в следственную практику и оценка эффективности их использования.

Инновациями в криминалистике и следственной практике могут служить разработки в области криминалистической техники, тактики и методики расследования преступлений, а именно: новые или уже существующие (приспособленные для нужд криминалистики) технико-криминалистические средства, современные информационные технологии и электронные базы знаний, методы фиксации, анализа и оценки доказательной информации, новые тактические приемы, их комплексы, тактические комбинации и операции, алгоритмы отдельных следственных действий и проверки типовых следственных версий, методики расследования новых видов преступлений и др.

Анализ публикаций относительно инноваций в криминалистике и следственной деятельности показал, что они в большинстве случаев отражают определенную информацию, необходимую для решения практических задач: положительный опыт расследования преступлений, успешное применение научно-технических средств, анализ следственных и экспертных ошибок и др. Однако характерной особенностью данных публикаций, в том числе непосредственно адресованных конкретным категориям практических работников, является то, что в них очень редко приводятся исчерпывающие описания конкретных криминалистических средств, методик и приемов их применения, характер получаемых результатов (в том числе – не указана вероятность

получения ошибок в измерениях), преимущества перед другими криминалистическими средствами, которые могут быть использованы для решения аналогичных задач. В публикациях не всегда отражаются характеристики, касающиеся содержания и сущности предлагаемого нововведения, приема или средства, эффективности его применения, ограничений в условиях использования и т. п.

Внедрение инноваций в деятельность следователя позволяет облегчить и сократить сроки решения значительного количества задач, расширить круг имеющихся тактических средств осуществления следственной деятельности, облегчить процесс взаимодействия со специалистами и сотрудниками оперативно-розыскных органов, обеспечить следователя недостающей информацией о расследуемом событии, предложить новые надежные источники получения информации, уменьшить степень противодействия расследованию со стороны заинтересованных лиц, устранить (уменьшить количество) следственных ошибок и др.

Для реального использования на практике современных инновационных продуктов акцентировать внимание необходимо не только на разработке средств и методов борьбы с преступностью, но и на доступности информации о них. Однако, к сожалению, большинство источников содержат лишь теоретические разработки, их содержание насыщено, как правило, материалами научной полемики. Часто в публикациях, посвященных криминалистической технике, наблюдается «разрыв» между теорией и практикой, между теоретиче-

ским обоснованием использования конкретного криминалистического средства и результатами его практического применения. В данных работах отсутствуют доступные для понимания алгоритмизованные методики использования новых разработок, а те, что предлагаются, содержат сложные специальные технические и компьютерные термины. Недостаточная оперативность при подготовке некоторых научных работ к публикации приводит к тому, что в них часто содержится устаревшая информация.

При разработке инновационного продукта используются творческий и рациональный подходы, гармоничное сочетание которых обеспечивается соблюдением ряда условий: 1) процесс генерации идей должен быть отделен от процесса их оценки и выбора лучшей; 2) специалисты с небольшим опытом работы должны иметь возможность предлагать свои идеи, а более опытные специалисты не должны их сразу блокировать; 3) исполнители проекта должны иметь возможность свободного обмена информацией относительно разрабатываемого ими инновационного продукта и иметь свободный доступ к такой информации из других источников¹.

¹ См.: Гринев В. Ф. Инновационный менеджмент : учеб. пособие / В. Ф. Гринев. – 2-е изд., стереотип. – Киев : МАУП, 2001. – С. 142–143; Орлов А. И. Менеджмент : учебник / А. И. Орлов. – М. : Изумруд, 2003. – 298 с.; Менеджмент : учеб. пособие / под ред. Ж. В. Прокофьевой. – М. : Знание, 2000. – 288 с.; Мостовая И. В. Инновационный менеджмент в современном производстве (Развитие социальных технологий) / И. В. Мостовая, К. М. Дзыбов. – Ростов н/Д : Изд-во Ростов. ун-та, 1998. – 105 с.; и др.

К сожалению, на пути инноваций в криминалистике и следственной деятельности иногда возникают препятствия. Ими могут быть недостаточность знаний сотрудников правоохранительных органов в определенной области знаний и отсутствие возможности их приобрести, профессиональная деформация или неправильное негативное отношение к творческим личностям в обществе и всему новому и др. В литературных источниках по инновационному менеджменту выделено четыре основных причины сопротивления инновационной деятельности со стороны сотрудников организации-потребителя инновации: узкий частный интерес отдельных личностей, неправильное понимание ситуации, различная оценка ситуации руководителем и отдельными сотрудниками, низкая терпимость к изменениям². Задача руководителя инновационного проекта – обратить внимание на эти проблемы и сосредоточить усилие на их устранении путем разъяснения отдельных вопросов³.

Учитывая проблемы, возникающие в процессе разработки инновационных продуктов и их внедрения в практику борьбы с преступностью, мы считаем, что данная работа должна

² См., например: Гершман М. А. Инновационный менеджмент / М. А. Гершман. – М. : Маркет ДС, 2008. – 200 с.

³ См.: Пригожий А. И. Нововведения: стимулы и препятствия / А. И. Пригожий. – М. : Политиздат, 1989. – 271 с.; Кузьмин С. В. Организация инновационной деятельности педагогического коллектива образовательного учреждения : метод. рекомендации / С. В. Кузьмин. – Ярославль : Изд-во ЯГПУ им. К. Д. Ушинского, 2001. – 22 с.; и др.

осуществляться в три этапа: 1) подготовка к нововведению (техническая, теоретическая) и разъяснение преимуществ инновации; 2) непосредственное внедрение инновационного продукта; 3) оценка эффективности внедрения инновации и ее усовершенствование с учетом выявленных в процессе использования недостатков. Такая система действий невозможна без взаимодействия разработчиков инновацион-

ного продукта с его потребителями (сотрудниками правоохранительных органов). Данные вопросы требуют дальнейшего исследования и соответствующего правового урегулирования.

Опубликовано: Использование современных информационных технологий и проблемы информационной безопасности в деятельности правоохранительных органов : сб. науч. ст. – Калининград : Калинингр. юрид. ин-т МВД России, 2011. – С. 11–16.

Л. Москвич, кандидат юридических наук, доцент кафедры организации судебных и правоохранительных органов Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Общественное доверие к суду как индикатор эффективности судебной власти

Системные преобразования украинского общества в 90-х гг. XX в. вызвали потребность в судебной реформе, основной задачей которой было формирование суда как независимого института, способного контролировать эффективность функционирования права во всех подсистемах общества. Однако, как свидетельствуют эмпирические данные, предпринятые меры характеризовались низкой социальной эффективностью, поскольку не решили поставленных целей. В частности, как показали результаты социологических опросов, проведенных Центром Розумкова, в феврале 2005 г. не поддерживало деятельность суда 29,3 % опрошенных респондентов, в феврале 2007 г. – 45,4 %, а в октябре 2009 г. – уже 62,1 %¹. Данные результаты свидетельствуют об определенном разочаровании населения в суде, потере авторитета этого органа власти в обществе, значительном сни-

жении доверия к нему людей. Между тем доверие граждан – это особый источник силы судебной власти и одновременно показатель ее эффективности. Власть, которая не пользуется поддержкой населения, которой не доверяют люди, не является жизнеспособной. Сохранение подобного положения в контексте общего психологического кризиса может привести к повышению социальной напряженности в обществе. Укреплению же авторитета суда способствует достижение общественного признания этого института, индикатором чего будет повышение уровня социального доверия суду. Поэтому среди наиболее важных задач, стоящих перед судебной властью в нашем государстве, – завоевать доверие граждан, повысить свой авторитет и социальный статус.

Проблема доверия общества государственным институтам в научной и политической дискуссии не являет-

¹ Режим доступа: www.razumkov.org.ua.

ся новой. Теория социального доверия стала одной из фундаментальных концепций социологии и социологического анализа. Наличие доверия является важнейшим компонентом всех человеческих отношений, любой социальной системы. Начиная с разработанной в XIX в. теории французского социолога Э. Дюркгейма о существовании «до-договорного» элемента во всех социальных соглашениях, важность доверия для существования общества была признана всеми, кто изучает социальную жизнь, и ее значение для эффективности функционирования судебной системы не стало исключением.

Известный современный мыслитель Ф. Фукуяма определяет доверие как «ожидание членами общества предсказуемого поведения от всех окружающих, поддержание ими «фундаментальных ценностей» (например, справедливости), в том числе «профессиональных стандартов и корпоративных кодексов поведения»¹. Высокий уровень доверия в обществе создает условия для возникновения самых различных социальных контактов. Низкий уровень доверия актуализирует сотрудничество только в рамках формальных правил и юридических регламентов. С этой точки зрения в обществе с низким уровнем доверия право является гарантом, обеспечивающим социальный порядок и в тех сферах жизни, которые могли бы регулироваться нормами общественной морали, но которые по

разным причинам оказались малоэффективными. В этом случае право позволяет смягчить последствия взаимного недоверия социальных субъектов различного уровня, обеспечивая поддержание социального порядка.

И. А. Ильин трактует доверие к политико-правовым институтам в морально-этическом контексте. Основу доверия он видел в уважении субъектов взаимодействия по отношению друг к другу, которое возникает в случае, если обе стороны разделяют общие духовные ценности – стремление к достижению общего блага – и руководствуются в своих действиях общим благом². Эта максима в полной мере касается и суда как института политико-правовой системы общества. Указанный тезис поддерживал и Ю. В. Готье: «Суд, как необходимый в государстве орган правосудия, может достичь истинного своего назначения лишь в том случае, если он пользуется всеобщим доверием – это основа общего спокойствия в государстве»³.

Опрос, проводимый в западноевропейских странах, показал, что общественная оценка эффективности судов находится в тесной связи с уровнем доверия к ним граждан. Например, в таких странах, как Дания, Финляндия и Австрия, почти половина населения считает, что суды являются достаточно эффективными, и та-

² Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин. – М., 2003. – С. 358.

³ Цит. по: Анишина В. И. Основы судебной власти и правосудия в РФ : курс лекций / В. И. Анишина. – М. : Эксмо, 2008. – С. 52.

¹ Фукуяма Ф. Доверие / Френсис Фукуяма. – М., 2004. – С. 52.

кой же показатель уровня доверия граждан этому институту. По экспертным оценкам, Украина относится к странам с очень низким уровнем социального доверия к суду, причиной которого является неспособность судебной системы своевременно дать удовлетворительный ответ на требование гражданина о правовой защите. Высокий уровень коррупции при низком уровне правовой защищенности граждан является негативным фактором, что отражается на общем уровне правовой культуры, поскольку доверие к суду лежит в основе формирования уважения к закону как одного из главных пунктов социального соглашения, и свидетельствует о том, что судебная власть, с точки зрения граждан, не является легитимной. С этой точки зрения доверие к суду имеет не только политико-правовое, а более глубокое – культурное значение.

Вместе с тем не только общество (и отдельный гражданин) нуждается в доверии к суду как к институту, который обеспечивает воспроизведение социокультурного образца (включая непосредственно правовой порядок и опосредованно – нравственный). Институт суда в современных условиях формирования собственного статуса как третьей ветви власти также заинтересован в социальной поддержке и доверии со стороны общества. Одновременно доверие к суду со стороны широких масс населения, в свою очередь, выступает социальным ресурсом для самих судебных органов в утверждении их самостоятельности и реальной независимости. В этом контексте уместно привести точку зрения

М. Краснова, который заметил, что именно суд более эффективно по сравнению с другими органами власти и силовыми структурами создает реальные правила поведения, ограничения в сфере публичной жизни. Население желает видеть в судьях носителей действительно правового (а не лишь юридико-догматического) сознания, т. е. носителей тех самых демократических ценностей, среди которых самым важным является понимание достоинства человека как высшей ценности.

Соответственно для того, чтобы судебная реформа была эффективной, она должна заинтересовать общество, которое будет «снизу» требовать установления реальной автономности судебной власти¹. Следовательно, именно качество реализации полномочий судебной власти в повседневных практиках судопроизводства определяет ее рейтинг в общественном сознании и прогнозирует ожидания населения, обращенные к судебной власти. Повышение уровня доверия к суду должно стать одним из индикаторов эффективности мероприятий реформирования судебной системы, проводимых в Украине.

На наш взгляд, основными стандартами эффективности функционирования судебной системы в контексте общественного доверия к суду могут быть: 1) независимость судебной власти; 2) авторитет судебной власти; 3) социальная ответственность судебной власти. Рассмотрим каждый подробнее.

¹ Краснов М. У судебной власти есть только один защитник – общество / М. Краснов // Рос. юстиция. – 2003. – № 6. – С. 2–6.

1. *Независимость судебной власти.* Основной проблемой доверия к суду как институту поддержания правопорядка и торжества справедливости есть уверенность в его независимости. Независимость как качество судебной системы в современной отечественной литературе трактуется в двух аспектах: 1) как независимость судебной власти, отсутствие легальных полномочий, позволяющих вмешиваться в ее компетенцию органам законодательной и исполнительной власти; 2) как независимость и беспристрастность судьи при принятии решения по делу¹.

В первом случае речь идет о месте судебной власти в структуре органов власти. Только в правовом демократическом государстве суд занимает равную позицию с исполнительной и законодательной ветвями власти. Поэтому современная реформа должна быть сконцентрирована на выработке ряда мероприятий, направленных на достижение формально-юридической и реальной паритетности судебной власти и двух других ветвей власти. Вместе с тем реалии судебно-правовых преобразований свидетельствуют, что начальный этап реформирования национальной судебной системы (1991–1996 гг.), который характеризовался внедрением в украинское законодательство международных стандартов независимости судей, сменился периодом игнорирования политиками и руководителями государства идеи развития судебной власти как

равноправного участника политико-правовой жизни. Начиная с 2004 г. и особенно в последние годы наблюдается попытка подчинить отдельные судебные учреждения субъектам политической власти. В частности, речь идет о принятии сомнительных правовых норм, нивелирующих статус Верховного Суда Украины как высшей судебной инстанции, нарушающих организационную целостность и конституционный принцип единства судебной системы. Также через СМИ целенаправленно формируется негативный имидж судебной власти как полностью коррумпированной институции. В результате наблюдается снижение реальной независимости судебной власти и постепенная потеря общественного доверия к суду как к объективному и справедливому арбитру в правовом споре, демократическому и правовому способу защиты нарушенных прав². Все это негативно отражается на имидже суда как независимого и самостоятельного института.

Относительно второй составляющей – независимости судьи, то она состоит из суммарных индивидуальных характеристик отдельных судей. Конкретный судья должен иметь общественное доверие, т. е. «общество должно осознавать факт, что этот судья осуществляет правосудие в соответствии с правом»³. Если этого нет,

² См.: Моніторинг незалежності суддів в Україні / за заг. ред. А. Алексєєва ; Центр суддів. студій, Рада суддів України, Асоц. суддів України. – К. : Поліграф-Експрес, 2009. – С. 4–5.

³ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М., 1999. – С. 169.

¹ Михайловская И. Б. Суды и судьи: независимость и управляемость / И. Б. Михайловская. – М. : Проспект, 2008. – С. 21.

судья не может осуществлять свои функции. Более того, «уверенность общества в том, что судебная власть направляет усилия на достижение справедливости на основе права; что судопроизводство осуществляется честно, объективно, на условиях равного отношения к сторонам и без всякого сомнения в личной заинтересованности в результате процесса; уверенность в высоком моральном уровне судопроизводства»¹ является необходимым условием существования независимой судебной власти. Именно поэтому каждый отдельный судья должен четко осознавать, что именно от его поведения зависит доверие общества ко всей судебной системе. Это актуализирует проблему надлежащего отбора судебных кадров.

2. *Авторитет судебной власти* является одним из показателей положительной социальной оценки судебной системы. Общество воспринимает суд как одного из субъектов, участвующих в создании общественной культуры. Поэтому суд должен иметь авторитет в общественном мировоззрении.

Авторитет суда формируется в результате специальных мероприятий и зависит от стиля и содержания деятельности председателей судов, характера действий отдельных судей и работников аппарата суда. Исследования показывают, что одобрительное отношение к институту суда не сводится лишь к степени удовлетворения исковых требований в судебном решении. Субъекты-участники судебного разбирательства оценивают объектив-

ность, беспристрастность, своевременность судебного разбирательства, профессионализм судей и работников аппарата суда.

Общественное ожидание относительно судебной оценки фактов правовой реальности находит свое отражение в судебных решениях. Именно в них осуществляется авторитетная для общества нравственная оценка определенных действий. Суд пользуется авторитетом не только потому, что дает правовую оценку некоторым событиям, а потому, что в своем решении он является «творцом» общего порядка жизни и устанавливает меру в личных интересах и отношениях, которые находятся в противоречии друг к другу. Поэтому на становление авторитета суда влияет также реальность, своевременность исполнения судебного решения. И хотя непосредственно исполнением судебных решений занимается исполнительная власть, обществом оцениваются эффект деятельности суда именно с точки зрения реального исполнения вынесенного судебного решения.

Особое значение для повышения общественного авторитета суда имеет укрепление личного авторитета судьи как социальной роли, в которой персонализируются ожидания общества. Судья – это как бы эталонный гражданин государства, в котором отразилась система общественных ценностей. На практике это означает, что судья при исполнении своих полномочий, а также во внеслужебных отношениях должен избегать всего, что создает угрозу авторитету судебной власти, посягает на достоинство судьи или

¹ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М., 1999. – С. 287.

вызывает сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности.

Негативно отражается на авторитете суда в украинском обществе и отсутствие традиции правового урегулирования межличностных и институциональных споров. Последнее связано с невысокой правовой культурой населения, не востребованной в условиях авторитарного государства советского периода, а потому и не сформированной на должном уровне.

С развитием информационного общества укрепление общественного авторитета суда начинает зависеть от работы СМИ. Эта работа должна быть сориентирована на интересы общества, для обеспечения адекватного информирования и необходимого просвещения населения. В частности, решением Совета судей Украины от 2 октября 2009 г. был утвержден проект Положения о взаимодействии судов со СМИ и журналистами, в преамбуле которого было подчеркнута значение этого направления взаимодействия для повышения авторитета и беспристрастности суда в демократическом государстве.

Значительным средством повышения общественного авторитета суда является правовая реклама. Ее основной задачей должно стать информирование работников аппарата суда, судей, адвокатов, общественных организаций, местного населения, СМИ, учебных и других государственных учреждений, общественных и профессиональных организаций, других целевых групп о функционировании, деятельности и задачах суда.

В частности, в судах вводится должность специалиста по связям с общественностью, на которого и возлагается разработка коммуникационных стратегий суда и плана действий с целью построения эффективных взаимоотношений с целевыми аудиториями суда, повышение осведомленности о деятельности, программах и мероприятиях, которые осуществляет суд, и другие направления работы в сфере развития информационных связей между судом и обществом.

3. Социальная ответственность судебной власти. Институт социальной ответственности суда является одним из регуляторов судебно-властных отношений, моральной предпосылкой правового характера судебной власти и доверия к ней со стороны общества. Он может выступать в качестве надежного социального контроля, что обеспечивает согласованность государственных и общественных интересов. В то же время социальная ответственность является важнейшим моральным качеством личности судьи.

Социальная ответственность суда реализуется через качество судебных решений. Все судебные решения должны находить свое обоснование в системе юридических норм. Любые незаконные действия суда (судьи) при осуществлении судопроизводства должны рассматриваться как нарушение принципов правосудия. Этот тезис обуславливается следующим: 1) суд является органом с властными полномочиями, что априори предполагает наличие ответственности за неправомерные действия; 2) суд явля-

ется полноценным участником процессуальных правоотношений, что исключает возможность переноса ответственности на других лиц за нарушение принципов правосудия; 3) обращения заинтересованного лица в суд с требованием предоставления соответствующих судебных услуг является для него экстраординарным событием, именно по результатам такого обращения им и окружающими делаются выводы о действенности правовых гарантий судебной власти, предусмотренных законодательством; 4) нарушение принципов правосудия судом вследствие правоприменительного характера его деятельности изменяет установки законодателя, сформулированные в нормативных актах, а также не соответствует ожиданиям общества относительно результатов правоприменительной деятельности суда.

Отдельные аспекты социальной ответственности суда исследовались в трудах, посвященных юридической антропологии¹, однако эти работы носят фрагментарный характер и не раскрывают всего содержания проблемы социальной ответственности судей и суда. Считаем, что социальная ответственность суда – проблема достаточно сложная и неоднозначная, поскольку затрагивает все без исключения отношения внутри судебной системы. Более того, она аккумулирует все виды ответственности судьи, поэтому может рассматриваться как

определенная система личностных отношений судьи и общества. Важнейшими, на наш взгляд, компонентами социальной ответственности суда являются: 1) политическая ответственность – детерминирована тем, что судебная власть в процессе своего функционирования затрагивает жизненно важные интересы общества и государства; 2) общественная ответственность – связана с социальной позицией самого судьи, его личностным отношением к общественным ценностям, государственной власти, политике государства и т. п.; 3) профессиональная ответственность – стержень социальной ответственности. Она имеет личностный и корпоративный характер и проявляется в отношении к выполнению служебных обязанностей судьи. Это ответственность за свою профессию, ее имидж, эффективность осуществления судейских функций; 4) правовая ответственность – связана с соблюдением норм права и закона как в сфере частных, межличностных отношений, так и в области судебно-властных отношений; 5) моральная ответственность – это осознанная личностью и судейским сообществом необходимость придерживаться профессионального и гражданского долга и моральных требований. Это ответственность за гуманистическое содержание судебной власти; 6) ретроспективная ответственность – это ответственность за ошибки в профессиональной деятельности. Суд должен нести ответственность за судебные ошибки, низкую эффективность судебной деятельности и неспособность обеспечить надлежа-

¹ См., например: Дробышевский В. С. Введение в юридическую антропологию / В. С. Дробышевский, А. Ф. Калинин. – Чита, 2004; Ковлер А. И. Антропология права / А. И. Ковлер. – М., 2002; Рулан Н. Юридическая антропология : пер. с фр. / Н. Рулан. – М., 1999; и др.

ций социальный контроль, бюрократизацию судебной системы.

Реализация указанных видов ответственности определяется уровнем независимости судебной власти и степенью ее самостоятельности. Кроме того, социальная ответственность суда проявляется и конкретизируется сквозь призму личности судьи, зависит от его гражданской позиции. В последнем случае ответственность становится осознанным отношением личности к социальной действительности. Таким образом, социальная ответственность суда проявляется как самоконтроль, саморегуляция, самоограничение действий и реализуется в добропорядочности судей.

Социальная ответственность суда существует в двух формах: объективной и субъективной. В первом случае она выступает как мера должного, требует от судьи выбора социально-ответственного поведения. Во втором – свойство характера личности отвечать за собственные поступки и действия. Именно с формирования чувства ответственности начинается становление личности судьи. Исключительную роль в этом процессе играет сам институт суда, судебная деятельность, характер профессиональных отношений.

Характеристики роли судебной власти отражают соответствующее состояние всей системы социальных отношений в стране. Однако это вовсе не означает, что кризисное состояние общества оправдывает безответственность власти. Наоборот, именно сложное социально-экономическое и духовное состояние современного украинского общества требует от властей

быть ответственными за принятие и реализацию решений.

Таким образом, чувство социальной ответственности имманентно должно присутствовать в сознании судей. Это качество может проявляться как непосредственно, так и косвенно в деятельности всей судебной системы. Ответственный суд – условие формирования его правового характера и общественного доверия.

Вышеперечисленные стандарты должны стать основой методологии оценки эффективности осуществляемых судебных реформ в контексте задачи повышения общественного доверия к суду. Считаем, определить социальную эффективность реформирования судебной власти можно путем сравнения ожиданий, возлагаемых населением на эти преобразования, с одной стороны, и экспертной оценкой реального функционирования судов – с другой. Вместе с тем корпоративная замкнутость судов создает определенные сложности для применения количественных методов в изучении функционирования суда, что позволяет опираться в исследовании результативности судебной реформы лишь на статистические данные, отражающие, например, соответствие состава преступления и меры наказания, качественные характеристики судебных ошибок и др. Поэтому оправданным является использование социологических методов, позволяющих определить культурную динамику данного института, исходя из анализа восприятия обществом повседневных практик функционирования судебной власти.

Считаем, что показателями уровня доверия к суду в обществе должны быть данные социологических опросов различных срезов социальных групп: обычных граждан; участников судебного процесса; адвокатов и прокуроров, поддерживающих государственное обвинение в судах; служащих аппарата судов и профессиональных судей. В идеальном случае оценка уровня доверия к суду со стороны общественности должна основываться на собственном опыте граждан, имевших непосредственный контакт с судами. Поскольку суды обслуживают несколько категорий граждан, необходимо стремиться, чтобы все они доверяли судам. В частности, можно выделить следующие категории лиц: 1) население территории юрисдикции суда, которое редко или вообще никогда не имело взаимоотношений с судом; 2) представители других ветвей власти, местного самоуправления, СМИ и другие влиятельные субъекты, с которыми суды контактируют по другим вопросам, чем осуществление правосудия; 3) лица, непосредственно контактирующие с судом по поводу рассмотрения судебного дела (участники судебного процесса, их друзья и родственники; адвокаты и государственные обвинители и др.); 4) служащие аппарата суда, технический персонал суда, судьи, которые способны «изнутри» оценить качество работы суда. Как видим, между этими категориями существуют различия по

типу и объему их контактов с судами, но для последнего важно доверие со стороны всех этих категорий. Конечно, каждая из указанных групп может по-разному оценивать успешность работы судебной системы, их взгляды даже могут быть и противоположными. И все же, если суд работает эффективно и сообщение о результатах его деятельности успешно доносятся до сознания граждан, их доверие к нему, вероятно, будет расти. Когда восприятие общественностью отдельных моментов искажено, целесообразно усилить просветительскую практику, осуществлять более эффективное информирование населения. Но даже такое разностороннее представление о работе суда не является объективным показателем реальной его эффективности, а поэтому должно учитываться наряду с другими критериями.

И в завершение, научная разработка проблемы доверия к суду как одного из индикаторов его эффективности позволит разработать направления оптимизации деятельности судебной системы, повысить авторитет судебной власти в обществе, наладить взаимопонимание и взаимодействие общества и суда с целью более эффективного осуществления судебной политики, будет способствовать повышению общественной поддержки судебной реформы в целом.

Опубликовано: Вісн. Верхов. Суду України. – 2011. – № 2. – С. 25–30.

В. Дрёмин, проректор по научной работе, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Национального университета «Одесская юридическая академия»

Концептуальные основы теории институционализации криминальных практик как предмета институциональной криминологии

1. Вводные замечания. Значительным достижением современной криминологии является накопление огромного массива информации о динамике, структуре преступности, особенностях детерминации и противодействия отдельным видам преступлений. Отмечены новые тенденции в развитии преступности, тесно связанные с изменениями, происходящими в современном обществе. Глобализация, интернационализация и возрастание уровня организованности преступности не остались незамеченными криминологами. Известный российский ученый профессор В. В. Лунеев в своей фундаментальной монографии «Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции» пишет: «После военной глобальной опасности над человечеством висят две другие: экологическая и криминальная. Прогноз по-

следней – самый пессимистический, поскольку она связана не с агрессивными замыслами ограниченной кучки людей, не с технологией опасных промышленных производств, а с повседневной психологией миллионов людей из различных слоев общества – от бомжей до руководителей государства. Более того, и кровавые войны, глобальные или локальные, и экологические катастрофы, и другие опасности чаще всего замешаны на криминале»¹.

Другая, не менее известная книга, написанная профессором А. И. Долговой, названа весьма символически: «Преступность, ее организованность и криминальное общество»².

¹ Лунеев В. В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции / В. В. Лунеев ; [предисл. В. Н. Кузнецова]. – М. : НОРМА, 1997. – С. 16.

² См.: Долгова А. И. Преступность, ее организованность и криминальное общество / А. И. Долгова. – М. : Рос. криминол. ассоц., 2003. – 572 с.

Украинские и российские криминологи все чаще обращаются к наиболее важным сферам нашей жизни – политике, экономике, культуре, которые анализируются в рамках широкой концепции организации современного общества.

Несомненный интерес вызывают работы Ю. М. Антоняна, В. В. Голины, Я. И. Гилинского, А. П. Закалюка, А. Ф. Зелинского, О. М. Литвака, В. А. Номоконова и других ученых, предметом которых является преступность в ее социальном, социально-психологическом и психологическом измерениях.

Активно разрабатываются такие направления криминологических исследований, как политическая криминология (С. У. Дикаев, Н. А. Зелинская, П. А. Кабанов, В. И. Шакур, Д. А. Шестаков и др.), экономическая криминология (Н. А. Гуторова, В. В. Коваленко, В. В. Колесников, Н. А. Лопашенко, В. М. Попович, Е. Л. Стрельцов и др.), криминология закона (В. А. Навроцкий, В. А. Туляков, Д. А. Шестаков), семейная криминология (Д. А. Шестаков), криминология СМИ (Г. Н. Горшенков), криминопенология (А. Н. Джужа, Т. А. Денисова, О. В. Старков), криминология (О. В. Старков, Л. Д. Башкатов, Г. Л. Касторский) и другие частные криминологические теории.

Теоретическим и практическим аспектам противодействия преступности посвящены содержательные исследования В. И. Борисова, В. С. Батыргареевой, Б. Н. Головкина, В. С. Зеленецкого, Е. Ю. Шостко и др.

Профессор А. Н. Костенко активно разрабатывает авторскую концепцию «социально-натуралистического гуманизма», применяя ее основные положения при анализе фундаментальных криминологических проблем.

Исследования, проводимые названными и другими учеными, существенно повысили уровень криминологического понимания обострившихся социальных проблем. Вместе с тем нельзя не заметить, что преступность в современных условиях приобретает новое качество, которое приближает ее к естественному свойству личности адаптироваться к постоянно меняющимся в обществе правилам поведения. Все чаще преступления связаны с образом жизни того или иного человека. Исходя из этого, мы считаем, что изучение преступности не должно замыкаться на «криминогенных факторах» и «криминогенных личностях», а должно быть перенесено в сферу обычной социальной практики, т. е. деятельности людей, направленной на удовлетворение тех или иных потребностей.

Одним из механизмов криминализации общества является широкое распространение криминальных практик, которые деформируют базовые социальные институты, а те, в свою очередь, создают условия для криминализации личности. Социальная практика, выступая необходимым условием возникновения и функционирования социальных институтов, может приобретать криминально-правовой характер и влиять на институциональ-

ную структуру общества. Эти и иные смежные проблемы формируют представление о частной криминологической теории, которую мы называем «институциональная криминология». Одной из задач институциональной криминологии является изучение преступности как относительно самостоятельной разновидности социальной практики (криминальной практики), тесно связанной с иными видами активности человека в различных социальных сферах. Предметом криминологического изучения в таком разрезе должна стать институционализация отдельных видов криминальных практик (организованной преступности, коррупции, теневой экономики, налоговых правонарушений и др.) и институциональное перерождение общества вследствие его криминализации (криминализация социальных институтов)¹.

В данной статье предпринята попытка осмысления преступности именно с таких позиций.

2. Методологические вопросы применения институциональной теории в криминологии. Проблема институционализации криминальных практик в криминологической литературе в Украине на монографическом уровне начала изучаться только в последние годы, хотя актуальность разработки теоретической концепции, в которой были бы рассмотрены вопросы криминализации современного

общества и расширенного воспроизводства преступности, не вызвала сомнений. Вместе с тем следует отметить, что в трудах некоторых известных украинских ученых говорится о необходимости анализа преступности с позиций институционализма. О криминологических аспектах институциональной теории преступности в рамках социологических исследований писали С. А. Гриценко и И. П. Рущенко, в русле изучения экономической преступности – В. М. Попович, в контексте виктимологических проблем – В. О. Туляков, в общетеоретическом аспекте – автор этих строк.

В России методологию институционального анализа преступности применяют Н. Б. Бараева, С. Ю. Барсукова, Л. В. Гевелинг, Я. И. Гилинский, С. П. Глинкина, В. М. Есипов, В. О. Исправников, В. В. Колесников, И. М. Клямкин, Л. Я. Косалс, Ю. В. Латов, А. М. Олейник, В. В. Радаев, Р. В. Рывкина, Г. А. Сатаров, Л. М. Тимофеев и другие известные ученые. Весомым вкладом в развитие институционального подхода к изучению преступности стали докторская диссертация Н. Б. Бараевой «Организованная преступность как социальный институт» (2002); исследования теневой экономики, основанные на трактовке ее как института (комплекса институтов), осуществленные Ю. В. Латовым; труды А. М. Олейника в рамках изучения тюремной субкультуры и ее влияния на общество.

Институционализм как методологическая теория не является новей-

¹ Дремин В. Н. Преступность как социальная практика (институциональная теория криминализации общества) : монография / В. Н. Дремин. – Одесса : Феникс, 2009. – 616 с.

шей концепцией. Еще Э. Дюркгеймом и Р. Мертоном было убедительно доказано, что анализ девиантного поведения предполагает изучение социальных институтов, процесса «институционализации нарушений институциональных правил». Формирование институционального направления в правоведении связано с именами М. Ориу, Л. Дюги, Г. Гурвича, П. Со рокина, Ж. Ренара.

Заметное место в западной науке занимает институциональный подход в изучении преступности в рамках теории «экономики преступлений и наказаний» (Т. Шеллинг, Г. Беккер). Интерес к проблемам преступности в контексте институциональной теории проявляли лауреаты Нобелевской премии М. Фридмен, Д. Стиглер, Дж. Бьюкенен. Лидером неоинституционально-эволюционной теории справедливо называют американского ученого, лауреата Нобелевской премии Д. Норта, который создал широкую концепцию институтов и институциональной динамики. Для развития институциональной теории в криминологических целях важно подчеркнуть, что в основе институционализма Д. Норта находится теория человеческого поведения.

Как уже подчеркивалось, особое внимание функциональной нагрузке институтов уделял Э. Дюркгейм. Он считал главной функцией социальных институтов обеспечение целостности общества. Дюркгейм придерживался идеи о позитивности общественных институтов, которые являются важнейшим средством самореализации

человека¹. Социальные институты он образно определял как «фабрики воспроизводства» социальных отношений и связей, считая институтами определенные типы отношений между людьми, которые постоянно востребованы обществом и поэтому возрождаются вновь и вновь².

Общеизвестно широко цитируемое учеными суждение Е. Гидденса о том, что социальные институты «цементируют общественную жизнь», «обеспечивают общие соглашения, выработанные людьми в общении друг с другом и при содействии которых достигается преемственность поколений»³.

Бесспорно, большая часть преступлений, которые рассматриваются нами как разновидность социальных противоправных практик (криминальные практики), не соответствует таким критериям. Данный вопрос криминологами изучен недостаточно, что заставляет обратиться к работам социологов, разрабатывающих концепцию институционализации неправовых практик. Значительный вклад в формирование концептуальных основ институционализации неправовых практик и изучение этой проблемы внесли российский академик

¹ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии / Э. Дюркгейм. – М. : Наука, 1990. – С. 19; Дюркгейм Э. Педагогика и социология / Э. Дюркгейм // Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. – М., 1995. – С. 19.

² Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии / Э. Дюркгейм. – М. : Наука, 1990. – С. 184.

³ Гидденс Э. Социология / Э. Гидденс. – М. : Эдиториал УРСС, 1999. – С. 344.

Т. И. Заславская и ее коллеги¹. Рассмотрим, каким образом в литературе раскрыто соотношение различных видов неправовых практик. «Неправовые практики в самом общем виде можно определить как совокупность устойчивых и массовых социальных действий (взаимодействий), связанных с нарушением акторами разных уровней норм права», – пишут Т. И. Заславская и М. А. Шабанова². Однако смысл, вкладываемый разными учеными в понятие нормы и права, как они замечают, не однозначен. Согласно строго юридическому подходу, утверждают авторы, право отождеств-

ляется с законом и формально-правовыми нормами, которые его конкретизируют. При этом под правовыми нормами понимают все общеобязательные правила, которые устанавливает государство и охраняет закон. Либеральная концепция правопонимания различает понятия права и закона, дифференцирует законы на правовые и неправовые, признает нелегитимность неправовых законов; учитывает возможность разного восприятия и оценки одних и тех же законов разными социальными группами как правовых или неправовых. Эта концепция предлагает рассматривать право как социальное явление, независимое от воли и произвола законодателя, имеющее собственную природу и базирующееся на собственном принципе³. В различных группах граждан существуют определенные представления о том, какие социальные действия являются правовыми, а какие – неправовыми. Согласно указанной концепции, легитимность закона означает положительное отношение к нему членов общества, поддержку его и гражданами, и юридическими лицами. И наоборот, утверждают Т. И. Заславская и М. А. Шабанова, негативное отношение людей к закону, его неприятие означает, что закон не легитимен. Критерий легитимности, базирующийся на господствующих правовых представлениях массовых групп, относительно независим от фактического состояния

¹ См.: Заславская Т. И. О социальных факторах расхождения формально-правовых норм и реальных практик / Т. И. Заславская // Куда идет Россия? Формальные институты и реальные практики / под общ. ред. Т. И. Заславской. – М. : МВШСЭН, 2002. – С. 11–21; Заславская Т. И. Социальные механизмы трансформации неправовых практик / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Обществ. науки и современность. – 2001. – № 5. – С. 5–24; Заславская Т. И. Неправовые трудовые практики и социальные трансформации в России / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Социол. исследования. – 2002. – № 6. – С. 3–17; Заславская Т. И. О социальном механизме посткоммунистических преобразований в России / Т. И. Заславская // Социол. исследования. – 2002. – № 8. – С. 3–16; Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Мир России. – 2002. – Т. 11, № 2. – С. 3–38; Заславская Т. И. Социальная неравновесность переходного общества / Т. И. Заславская // Обществ. науки и современность. – 1996. – № 4. – С. 5–14.

² Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Мир России. – 2002. – Т. 11. – № 2. – С. 10–14.

³ Заславская Т. И. Неправовые трудовые практики и социальные трансформации в России / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Социол. исследования. – 2002. – № 6. – С. 3–17.

и качества действующих формально-правовых норм. В периоды радикальных преобразований, когда еще не сложились одобренные широкими массами образцы (нормы) социальных действий, расхождение между этими феноменами особенно большое. Исходя из этого, авторы приведенной концепции различают неправовые и противозаконные социальные практики. Под противозаконными практиками они понимают совокупность устойчивых и массовых социальных действий (взаимодействий), связанных с нарушением установленных государством законов и подзаконных правовых норм. Как правило, противозаконные практики являются также неправовыми, подчеркивают Т. И. Заславская и М. А. Шабанова. «Но в тех случаях, когда формальные нормы сами имеют неправовой, нелегитимный характер, социальные практики, связанные с их нарушениями, будучи формально противозаконными, могут восприниматься обществом как обоснованные, справедливые, правовые. Во многих сферах общественной жизни неправовые практики расширяются, становятся более разнообразными, закрепляются в массовом опыте. В конечном варианте они часто являются органической частью новых общественных институтов, обуславливая их “мутацию”. Постоянное воспроизводство этого процесса свидетельствует о том, что в его основе лежит определенный социальный механизм, знание которого имеет большое практическое и теоретическое значение. При этом не все

социальные практики имеют институциональный характер»¹.

Важно обратить внимание на то, что, по мнению Т. И. Заславской и М. А. Шабановой, институционализируются преимущественно те социальные практики, которые отличаются или большей значимостью и массовостью, или устойчивостью и традиционностью. Именно такие практики составляют устойчивое ядро жизнедеятельности данного общества. Одновременно те, которые возникли недавно, менее значимые, сравнительно редкие, ненормативные или противозаконные практики представляют обычно ее периферию. В здоровых обществах и нормальных условиях государственные законы и нормы воспринимаются большинством граждан как справедливые и поэтому реализуются в массовых социальных практиках. В обществах, которые трансформируются, дело совсем иное, подчеркивают авторы. Длительное ослабление институциональных систем нередко приводит к тому, что отклонения реальных практик от правовых норм стабилизируется, в результате чего они приобретают стойкий неправовой характер. Между тем институционализация неправовых практик означает перерождение (или мутацию) институтов².

¹ Заславская Т. И. Неправовые трудовые практики и социальные трансформации в России / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Социол. исследования. – 2002. – № 6. – С. 3–17.

² Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Мир России. – 2002. – Т. 11, № 2. – С. 3–38, 10–14.

Сформулированные социологами положения находят подтверждение в реальной жизни: деинституционализация государственных институтов происходит за счет проникновения криминальных практик в их деятельность. Мнение авторитетных российских социологов важно для понимания системности процессов криминализации общества и институционализации отдельных видов криминальных практик.

Мы считаем, что многомиллионная армия бывших и действующих делинквентов в процессе своей «практической» деятельности вполне может повлиять на сущностное бытие того или иного социального института. Миллионы людей, побывавших в местах лишения свободы, и действующих преступников являются носителями особой идеологии, основанной на специфических социальных ценностях и установках. Тесная взаимосвязь неправовых, в том числе криминальных, и правовых практик отражает наше представление о преступности как жизнедеятельности людей в условиях институционализированных «разрешений» и запретов. В исследованиях других авторов мы находим подтверждение такой позиции. Е. Н. Митракова вполне обоснованно утверждает, что развитие неформального пространства является закономерным явлением начального этапа институциональной и общественной трансформации как самоорганизующегося механизма налаживания общественного взаимодействия в различных сферах жизни общества. Неформальные отношения обеспечива-

ют оперативность и гибкость в решении индивидуальных и групповых интересов и потребностей; создают неформальные, действенные механизмы социального влияния, давления и защиты своих прав и законных интересов, которые подменяют нерезультативное функционирование официальных институтов публично-правового взаимодействия. По ее мнению, неформальные практики – это не пассивная социальная субстанция, а вполне активное и самодостаточное социальное явление, которое стремится заполнить собой пробелы и коллизии в нормативно-правовом регулировании общественных и этнополитических процессов, обуславливающих конфликтное взаимодействие официального и неформального пространств¹.

Сравнительно-правовые исследования показывают, что практически в каждой правовой системе существует концепция соотношения формального и неформального права (официального и теневого правотворчества). В рамках этой концепции существует относительно четкое понимание сущности неформального права, системы критериев, по которым те или иные теневые отношения оцениваются обществом как положительные или отрицательные, а также сформулирована концепция институционализации неформальных отношений и соответствующий процессуальный механизм, переводящий положительные правила

¹ Митракова Е. Н. Институционализация неформальных политико-правовых практик в современной России как угроза национальной безопасности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. Н. Митракова. – Ростов н/Д, 2005. – С. 19.

и модели отношений с неофициальной (теневой) сферы в публично-правовые модели взаимодействия¹. Результаты исследований, проведенных в Научно-учебном центре по изучению нелегальной экономической деятельности (Российский государственный гуманитарный университет), показали, что формальное и неформальное, легальное и нелегальное составляют единую систему, охватывающую не только хозяйственную деятельность, но и другие сферы общественного бытия – политику, административную, правоохранительную и правоприменительную деятельность, сферу социальных гарантий и т. п.²

Особую методологическую значимость для криминологов имеет концепция институционализации, разработанная Т. Лукманом и П. Бергером. На наш взгляд, основные положения этой концепции могут быть взяты за основу институциональной теории криминализации общества. Они дают важный инструментарий для поиска ответа на вопрос, каким образом кри-

минальные практики, типизируясь, приобретают качества социальных институтов, а те, в свою очередь, воспроизводят следующие криминальные практики. Излагая этот материал и ссылаясь на труды П. Бергера и Т. Лукмана, воспользуемся исследованием Е. А. Островской (мл.), которая глубоко изучила научные взгляды указанных ученых, представляющих несомненный интерес для криминологов³.

Институционализацию общества Т. Лукман и П. Бергер связывают прежде всего с практической деятельностью людей, которая имеет предметный характер. Ученые воспринимают общество как объективную реальность, продукт опредмеченной человеческой деятельности, объективированной исторически. Объективированная социальная реальность институциональна и имеет принудительную силу над индивидом. В своей трактовке объективной реальности общества как типизированной деятельности Т. Лукман и П. Бергер придерживаются немецкой традиции интерпретации институционального генезиса общества. Общество определяется ими как социальная реальность, которую конструируют люди в процессе их повседневного взаимодействия. Дефиниции понятий «институт» и «институционализация» Т. Лукман и П. Бергер связывают с анализом

¹ Митракова Е. Н. Институционализация неформальных политико-правовых практик в современной России как угроза национальной безопасности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. Н. Митракова. – Ростов н/Д, 2005. – С. 19.

² См.: Тимофеев Л. М. Научно-учебный Центр по изучению нелегальной экономической деятельности: итоги и перспективы, общие принципы и направления деятельности [Электронный ресурс] / Л. М. Тимофеев ; Рос. гос. гуманит. ун-т. – Режим доступа: <http://www.rsuh.ru/article.html?id=66>; Тимофеев Л. М. Право собственности в СССР: коммунистическая доктрина и теневая реальность / Л. М. Тимофеев // Россия и современный мир. – 2000. – № 4. – С. 53–66.

³ Островская Е. А. (мл.) Концепции институционализации в германской теоретической социологии второй половины XX века / Е. А. Островская (мл.) // Вестн. РУДН. Сер. Социология. – 2003. – № 1 (4). – С. 96–113.

объективной реальности общества¹. Общество в их интерпретации выступает как совокупный запас знаний, который конструируется индивидами в процессе взаимодействия и закрепляется социально в виде институтов².

Объективность институтов, согласно Т. Лукману и П. Бергеру, порождается их воспроизводством в поколениях, их историчностью. «Наиболее общий ответ на этот вопрос таков: социальный порядок – это человеческий продукт или, точнее, непрерывное человеческое производство. Он создается человеком в процессе постоянной экстернализации. Социальный порядок в своих эмпирических проявлениях не является биологически данным или образованным из любых биологических данных... Социальный порядок не является частью “природы вещей” и не возникает по “законам природы”. Он существует лишь как продукт человеческой деятельности. И в своем генезисе (социальный порядок как результат прошлой человеческой деятельности), и в своем настоящем (социальный порядок существует, поскольку человек продолжает его создавать в своей деятельности) – это человеческий продукт. ...Чтобы понять причины (отличные от тех, основу которых со-

ставляют биологические константы) возникновения, поддержания и передачи социального порядка, следует проанализировать то, что содержится в теории институционализации», – пишут Т. Лукман и П. Бергер³.

Социальный порядок (то есть общество, создаваемое человеком) возникает, согласно утверждениям Т. Лукмана и П. Бергера, именно в процессе институционализации. В этой связи концепция институционализации должна быть инструментом анализа происхождения социального порядка, форм его поддержки и воспроизведения. Институционализация, по Лукману и Бергеру, – динамический процесс возникновения, установления и передачи социального порядка. В этом процессе они выделяют три последовательных этапа – **типизацию, объективацию и легитимацию**⁴.

Первый этап институционализации – **типизация**. Необходимым антропологическим условием типизации является габитуализация деятельности. Любая человеческая деятельность подвергается габитуализации (т. е. «опривычиванию»). Любое действие, часто повторяющееся, становится образцом, впоследствии оно может быть осознано его исполнителем как образец. Кроме того, габитуализация означает, что действие мо-

¹ Островская Е. А. (мл.) Концепции институционализации в германской теоретической социологии второй половины XX века / Е. А. Островская (мл.) // Вестн. РУДН. Сер. Социология. – 2003. – № 1 (4). – С. 96–113.

² Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 92–101.

³ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 89–90.

⁴ Островская Е. А. (мл.) Концепции институционализации в германской теоретической социологии второй половины XX века / Е. А. Островская (мл.) // Вестн. РУДН. Сер. Социология. – 2003. – № 1 (4). – С. 100–102.

жет быть снова совершено в будущем тем же образом и с тем же практическим усилием¹. Понятие «габитуализация» является производным от понятия «габитус» (от лат. *Habitus* – свойство, состояние, положение). Этот термин используется современными криминалистами и судебными медиками, однако в криминологии до последнего времени не применялся². Вместе с тем механизм институционализации криминальных практик сложно описать без использования теории габитуализации.

Концептуализация этого понятия связана с именем П. Бурдьё, в теории которого оно является центральной категорией. В книге «Практический смысл» П. Бурдьё развивает собственную версию социальной теории практик и соответствующий понятийный аппарат. Особое место в книге отведено понятию «габитус». Габитус определяется П. Бурдьё как совокупность практических дорефлективных и доинтенциональных склонностей социального актора, которые функционируют как «структурирующая структура», т. е. как принципы, порождающие и организующие практики и представления, объективно приспособленные для достижения определенных ре-

зультатов, но не предполагающие сознательной нацеленности на эти результаты³. Габитус предстает как некая активная сила, которая представляет собой инкорпорированные социальные структуры и социальные траектории индивидов и предопределяет все возможные для индивида практики и представления. Габитус, таким образом, является тем, что «генерирует социальные практики индивидов, причем чаще тайком от них самих»⁴. Детерминации, связанные с особым классом условий существования, производят габитус – системы устойчивых и переносных диспозиций, структурированные структуры. Габитус производит практики индивидуальные и коллективные, дает гарантию тождества и постоянства практик во времени⁵. Габитус, по П. Бурдьё, функционирует как порождающий механизм, способный спонтанно производить в большинстве социальных ситуаций практики, выражающие один общий принцип. Иными словами, габитус – это способность свободно реализовывать на практике усвоенные схемы восприятия, мысли, коммуникации, действия. Вместе с тем габитус устанавливает и жесткие рамки огра-

¹ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 90.

² Дрёмин В. Н. Институционализация криминальных практик: криминологическая трактовка концепции «габитуса» Пьера Бурдьё / В. Н. Дрёмин // Проблемы криминального права, процессуальной криминологии : материалы междунар. науч.-практ. конф. – Одесса : Фенікс, 2009. – С. 64–67.

³ Бурдьё П. Практический смысл : пер. с фр. / П. Бурдьё ; общ. ред., пер. и послесл. Н. А. Шматко. – СПб. : Алетейя ; М. : Ин-т эксперим. социологии, 2001. – 562 с.

⁴ Шматко Н. А. Габитус в структуре социологической теории / Н. А. Шматко // Журн. социологии и соц. антропологии. – 1998. – Т. 1, № 2. – С. 59–69.

⁵ Бурдьё П. Структура, габитус, практика / П. Бурдьё // Журн. социологии и соц. антропологии. – 1998. – Т. 1, № 2. – С. 40–58.

ничения этой производительной способности: с помощью изначально заданных принуждений и ограничений¹.

Рассматривая механизм репродукции институциональных моделей и интерпретируя их в отношении тюремной системы, к концепции габитуса обращается А. Н. Олейник². В другой работе, которую цитирует А. Н. Олейник, говорится, что «габитус предполагает тенденцию к бесконечному воспроизведению мыслей, выражений, действий, способов восприятия, формирование которых всегда исторически и социально предопределено»³.

Основываясь на концепции габитуса, Т. Лукман и П. Бергер описали процесс **типизации** практик. По их мнению, наиболее важная часть габитуализации человеческой деятельности связана с процессом институционализации. Последняя проявляется везде, где осуществляется взаимная типизация принятых действий деятелями разного рода. Типизации принятых действий, составляющих институты, всегда разделяются; они доступ-

ны для понимания всех членов определенной социальной группы, и сами институты типизируют и индивидуальные деятели, и индивидуальные действия. Истоки любого институционального порядка находятся в типизации совершаемых действий, как наших собственных, так и других людей⁴.

Второй этап институционализации, согласно концепции Т. Лукмана и П. Бергера, – **объективация**, т. е. процесс, посредством которого продукты человеческой деятельности приобретают характер объективности. Объективация предполагает преобразование институтов в объективную социальную реальность. Объективность институционального мира создана человеком, сконструированная объективность. Институциональный мир – как и любой отдельный институт – это объективированная человеческая деятельность. Институты предполагают историчность и контроль. Институты контролируют человеческое поведение, устанавливая его образцы, которые придают поведению одно из многих, теоретически возможных направлений. Ученые подчеркивают, что этот контролирующий характер присущ институционализации как таковой независимо от того и еще до того, как были созданы какие-либо механизмы санкций, поддерживающих институт. Институты оказываются для индивида внешними, сохраняющими свою реаль-

¹ Шматко Н. А. Габитус в структуре социологической теории / Н. А. Шматко // Журн. социологии и соц. антропологии. – 1998. – Т. 1, № 2. – С. 59–69, 64, 67–68.

² Олейник А. Н. Тюремная субкультура в России: от повседневной жизни до государственной власти / А. Н. Олейник. – М. : ИНФРА-М, 2001. – С. 7, 37.

³ Ensminger J. Making a Market. The Institutional Transformation of an African Society / J. Ensminger. – Cambridge : Cambridge University Press, 1992. – P. 116. Цит. по: Олейник А. Н. Тюремная субкультура в России: от повседневной жизни до государственной власти / А. Н. Олейник. – М. : ИНФРА-М, 2001. – С. 37.

⁴ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 90–92, 122.

ность независимо от того, нравится она ему. Он не может избавиться от них. Они имеют над ним принудительную власть и сами по себе, благодаря силе своей фактичности и благодаря механизмам контроля, которыми обычно располагают наиболее важные институты. Т. Лукман и П. Бергер считают, что взаимосвязь между человеком – *создателем* и социальным миром – его *продуктом* является диалектической. Человек и социальный мир взаимодействуют друг с другом. Продукт оказывает обратное воздействие на производителя. Объективность социального мира означает, что последний противостоит человеку как нечто внешнее по отношению к ней¹.

Третий этап институционализации – **легитимация**. По Т. Лукману и П. Бергеру, легитимации – это когнитивные и нормативные интерпретации институционального порядка, воспринимаемые в процессе социализации. «Институты должны утверждать свою власть над индивидом (что они и делают), независимо от тех субъективных значений, которые он может предоставлять каждой конкретной ситуации, – пишут Т. Лукман и П. Бергер. – Чем больше поведение институционализировано, тем более оно становится предсказуемо, а значит, и контролируемо»². Т. Лукман и П. Бергер подчеркивают, что институционализация не является необратимым процессом: по многим истори-

ческим причинам границы институционализированных действий могут уменьшаться; в отдельных сферах социальной жизни может проявляться деинституционализация³.

3. Институционализация криминальных практик и криминализация социальных институтов. Исследователи отмечают, что толерантность к девиантному поведению возросла. Возник сектор анархического порядка, включающий не только экономическую самодетельность, но и криминал⁴. «Здесь мы сталкиваемся с феноменами криминогенной системы – особого общественного организма, который, по словам Д. Игнатиуса, делает преступников из людей (точнее, исполнителей совершенно иных социальных ролей), которые в других условиях могли бы вести честный образ жизни», – замечает Л. В. Гевелинг⁵. Автор полагает, что приспособление к социальной реальности является важным звеном в механизме криминализации человеческого поведения. В связи с этим необходимо выяснить проблему формирования адаптивных криминальных практик. Если

³ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 134–135.

⁴ См.: Федотова В. Г. Криминализация России. Автохтомный капитализм как реакция на правый радикализм / В. Г. Федотова // Свободная мысль : теорет. и полит. журн. – 2000. – № 2 (1492). – С. 34–51.

⁵ Гевелинг Л. В. Деструктивные формы организации власти (клептократия, лутократия, плутократия в политической жизни африканской страны) : курс лекций / Л. В. Гевелинг // Текстовое (символьное) электронное издание. – М. : ИСАА при МГУ, 2004.

¹ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 101–102, 145.

² Там же. – С. 104–105.

рассматривать проблему институционализации преступности сквозь призму адаптации населения к социальным изменениям, нужно согласиться с тем, что «рациональное поведение» может воспроизводить криминальные практики¹. Криминологи утверждают, что криминальные формы выживания стали осваиваться вполне обычными людьми; возник своеобразный частный сектор правонигилистического порядка, допускающий криминальную деятельность².

Социально-экономические и социально-психологические факторы воспроизводства криминальных практик позволяют сделать вывод о значительной зависимости поведения людей от социальной среды обитания и в каждом конкретном случае – от комплекса социальных институтов, которые формируют его образ жизни. Человек формирует свою жизненную среду, но при этом остается объектом, а зачастую и «жертвой» ее влияния. Роль конкретных социальных механизмов, определяющих содержание и направленность социальных практик, в воспроизводстве и институционализации преступности явно недо-

¹ Гевелинг Л. В. Деструктивные формы организации власти (клептократия, лутократия, плутократия в политической жизни африканской страны) : курс лекций / Л. В. Гевелинг // Текстовое (символьное) электронное издание. – М. : ИСАА при МГУ, 2004.

² Кобцев Г. М. Современная государственная политика России по декриминализации общества : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.02 – политические институты, этнополитическая конфликтология, национальные и политические процессы и технологии / Г. М. Кобцев. – Ростов н/Д, 2007.

оценивается, иначе политика государства в сфере противодействия преступности не ориентировалась бы исключительно на репрессивные уголовно-правовые меры.

Практический аспект преступности заключается в том, что преступления связаны с посягательством на определенные социальные отношения, интересы, ценности; большая часть преступных деяний совершается умышленно, а лица, их совершившие, дают аргументированные объяснения мотивам и целям своих действий. Некоторые преступные деяния проявляют себя в виде действия, бездействия, операции, поступка, при этом социокриминологический анализ таких деяний позволяет увидеть тесную предметную связь преступлений-действий, преступлений-операций, преступлений-поступков с иной социально значимой активностью человека, что и позволяет говорить о деятельности взаимообусловленности преступного поведения.

С позиций предметности человеческой деятельности (с определенной долей условности) криминальные практики можно классифицировать на следующие группы.

1. «Преступления-выживание» – криминальные практики, связанные с необходимостью обеспечения основных жизненных потребностей, – самая обширная группа преступлений, которая обычно в криминологии относится к группе корыстных преступлений. Эта группа не исчерпывает категорию корыстной преступности, но является ее основной частью. Сюда можно также зачислить всех

тех, кто прибегает к преступной деятельности для извлечения дополнительных доходов и улучшения уровня жизни своей семьи. Фактически в эту категорию попадают миллионы граждан, которые за счет легальных доходов не могут удовлетворить потребности в качественном питании, медицинском обслуживании, образовании и пр. Есть все основания считать, что государство в лице его законодательных и исполнительных органов, устанавливающих минимальные размеры заработной платы, пенсий, прожиточный минимум, осведомлено о количестве людей, которых оно толкает к противозаконным способам обеспечения своей жизнедеятельности.

2. «Преступления-предприятия» – вся организованная преступность, в том числе экономическая, часть общеуголовной преступности (наркобизнес, торговля людьми, бандитизм, незаконная торговля оружием, антиквариатом и пр.). Особенностью этой группы преступлений является то, что лица, совершающие экономические преступления, успешно сочетают как легальный, так и криминальный бизнес.

3. «Преступления – служебный промысел» – группа уголовно наказуемых деяний, связанных со злоупотреблением правами и полномочиями, с доступом к материальным ценностям, сырьевым и природным ресурсам и т. п. Преступления этой группы объединяет то, что лица, их совершающие, используют свои полномочия, свой должностной статус или профессиональную деятельность для осу-

ществления преступной деятельности. Чаще всего профессиональная деятельность тесно смыкается с преступной. Например, налоговая преступность, коррупционная преступность (создание хорошо организованной сети незаконных вознаграждений за законные и незаконные служебные действия), незаконная передача прав собственности или права пользования имуществом, неучтенная государственными органами сдача в аренду помещений, земли; незаконное пользование охотничьими угодьями, преступные злоупотребления в сфере использования природных ресурсов и т. п.

4. «Преступления асоциального образа жизни» – значительная часть преступлений, совершаемых маргиналами, людьми, злоупотребляющими спиртными напитками, наркоманами, лицами без определенного места жительства. В эту группу может быть зачислена часть бытовых насильственных преступлений, явившихся следствием длительных конфликтных ситуаций.

5. «Преступления-цели» – преступные деяния, совершаемые для достижения политических, религиозных, этнических целей. В этой группе преступлений цель во многом определяет способ совершения преступления. Это могут быть и заказные убийства, террористические и диверсионные акты, уничтожение имущества и т. п.

6. «Преступления характера» – неосторожные, импульсивные, ситуативные, случайные преступления (например, убийства и телесные по-

вреждения, совершаемые при превышении пределов необходимой обороны). К этой группе могут быть отнесены неосторожное причинение вреда человеку и имуществу, преступления с нечетко обозначенной мотивацией, но обусловленные преимущественно характерологическими особенностями лиц, их совершающих.

7. «Преступления-развлечения» – значительная часть преступлений в сфере общественной безопасности и правопорядка, использования современной техники. Например, все виды действий, подпадающих под определение «вандализм», хулиганство, незаконные охота и рыболовство, компьютерные, некоторые автотранспортные преступления (например, автомобильные и мотоциклетные гонки с криминальными последствиями и т. п.).

8. «Преступления-профессия» – преступные деяния, совершаемые профессиональными преступниками, рецидивистами (профессиональные воры, финансовые и карточные мошенники, киллеры и др.).

Цель данной (не совсем строгой в научном плане) классификации криминальных практик следующая – обратить внимание на психологическую и социальную «предметность» преступной деятельности, которая показывает тесную связь многих преступлений с обычной жизнью человека.

Важными в этом отношении являются наблюдения А. И. Долговой: «Уже в начале девяностых годов стало очевидным, что реформирование российского общества сопровождалось широкой криминализацией населе-

ния, разных сфер общественной жизни и структур власти. В преступную деятельность вовлекалось все большее число граждан, и она становилась для одних основным способом обеспечения высокого социального и материального статуса в условиях обвального перехода к рынку, для других – средством выживания в этих условиях, защиты своих прав и законных интересов, для третьих – выражением своеобразного социального протеста. Одновременно продолжала расширяться та часть преступности, которая производна от процессов крайней деморализации населения, психологии ничем не ограниченного эгоизма, правового нигилизма и цинизма»¹.

Научным основам концепции криминальной адаптации много внимания уделил И. П. Рущенко². Автор рассмотрел ряд аналитических категорий, непосредственно касающихся элементов механизма адаптации, и определил содержание адаптации. По его мнению, в процессе адаптации человек должен включиться в социальную структуру, систему действующих социальных отношений, то есть стать носителем этих отношений и элементом социальной системы; самоидентифицироваться со средой; вступить в обмен в соответствии с принятыми правилами, нормами, традициями. Осуществлению первых

¹ Долгова А. И. Развитие криминальной ситуации в России / А. И. Долгова // Криминальная ситуация на рубеже веков в России / под ред. А. И. Долговой ; Криминол. ассоциация. – М., 1999. – С. 3.

² Рущенко І. П. Соціологія злочинності : монографія / І. П. Рущенко. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 156–165.

двух предпосылок адаптации способствует реализация третьего (и наиболее важного) акта, что дает возможность использовать социальную среду, удовлетворять потребности, развиваться как личность. Действия, которые происходят в системе «агент – среда» и нарушают «нормальную» адаптацию, по его мнению, отклоняются от указанных актов, попадают в класс «преступной» адаптации¹. Для классового, индустриального, демократического общества решающим фактором адаптации, пишет И. П. Рущенко, является включение в экономические структуры и соответствующие отношения и институты. Посягательство на частную собственность, экономические преступления – например, неуплата налогов – рассматриваются как тяжкие преступления и могут привести к жестким наказаниям, так как они расцениваются обществом как покушение на основные, структурные принципы. Автор приводит интересные рассуждения о том, как в свое время американская Фемида именно по этой причине арестовала известного мафиози Альфонсо Капоне (Аль Капоне), осудив его в 1933 г. к 11 годам тюремного заключения. «Такой проблемы не было у советских людей. Но страшной виной считался “дефект идентичности”, подозрение в том, что человек “не наш”, “не советский”, что он относится к другим сообществам, поддерживает с ними отношения. Тяжелая участь постигла тех, кто не мог раствориться в массе

¹ Рущенко И. П. Соціологія злочинності : монографія / І. П. Рущенко. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 154–155.

рабочих и “настоящих советских людей” из-за своего происхождения, национальности, образования и т. д.», – отмечает И. П. Рущенко².

Рассмотренные вопросы не исчерпывают проблему. Теоретические и практические аспекты механизма институционализации криминальных практик в криминологической литературе требуют глубокого всестороннего изучения. Как уже отмечалось, в большей степени этот вопрос исследован российскими учеными относительно неправовых практик. Несмотря на совпадение целого ряда признаков и свойств, было бы ошибочно отождествлять процессы и механизмы институционализации неправовых и криминальных практик. Несомненно взаимосвязь этих видов социальных практик, но и бесспорна особая социальная и психологическая природа преступности. Относительно многих неправовых практик можно отметить, что они предстают в социальном измерении как разновидность социальных институтов. При этом мы, вслед за социологами, замечаем, что речь идет не о легальных общепризнанных социальных институтах, а теневых, которые во многих случаях подменяют официальные институты. Однако далеко не все криминальные практики могут иметь свойства и признаки, дающие основание говорить о них, как об институционализированном социальном явлении. Большая часть криминальных практик не соответствует критериям даже теневого

² Рущенко И. П. Соціологія злочинності : монографія / І. П. Рущенко. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 154–155.

социального института, так как выполняет явно деструктивные, разрушительные функции. В этой связи нельзя согласиться с мнением, что преступность сегодня выступает как всеобъемлющий социальный институт. Такие разнородные преступления (криминальные практики), как убийства, разбои, изнасилования, террористические акты и т. д., с одной стороны, и коррупция, налоговые, служебные, экологические преступления – с другой, не могут сформироваться в единый социальный институт. В этом случае можно говорить лишь об институционализации отдельных криминальных практик. С этой точки зрения мы выделяем криминальные практики, которые могут быть институционализированы и выполнять функции социального института (например, теневая экономика, организованная преступность, коррупционное поведение), и преступления, которые ни при каких условиях не могут быть основой институционализации криминальных практик.

Преступность по своим качественным и количественным характеристикам, территориальной распространенности, социально-демографическим характеристикам лиц, в нее вовлеченных, представляет устойчивое социальное явление, которое развивается в соответствии с логикой развития общества в целом. Противоречия и несоответствия в институциональной системе реформированного общества, выступая важным источником формирования противоправных практик, постепенно втягивают в свою орбиту криминальные практики,

превращая их в элемент институциональной системы общества. Преступность не просто вплетена в современные трансформационные отношения: идет активный процесс институционализации отдельных видов криминальных практик, то есть превращение преступности в устойчивый социальный феномен, который постоянно воспроизводится и, интегрируясь в формируемую систему общественных отношений, становится нормой (привычным образцом) поведения.

Распространенность криминальных практик в повседневной жизни приводит не только к привыканию и адаптации населения к преступности, но и формирует особое морально-правовое состояние общества, в котором соблюдение правовых предписаний может считаться «аномальным» явлением, а умение обойти закон – жизненным правилом.

Анализ поднятых в этой статье проблем ставит вопрос о развитии нового научного направления в криминологии – институциональной криминологии. Есть основания утверждать, что именно в рамках институциональной криминологии, на стыке таких наук, как криминология, социология, политология, социальная психология, философия права, возможно глубокое изучение конкретных механизмов институционализации преступного поведения и разработка адекватных социальных мер реагирования на эти процессы.

Опубликовано: Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. – 2011. – Вип. 59. – С. 27–39.

А. Бойко, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии, декан юридического факультета Львовского национального университета имени Ивана Франко

Проблемы системы правосудия в структуре детерминации коррупции в Украине

В структуре детерминации коррупции в современной Украине важным криминогенным фактором выступают проблемы системы правосудия.

Система правосудия в Украине согласно ст. 55 Конституции Украины должна защищать все права и свободы человека и гражданина. Соответственно граждане Украины имеют право рассчитывать на справедливое и беспристрастное судебное рассмотрение. Именно эффективность системы правосудия может обеспечить верховенство права, стабилизацию общественных процессов и динамический характер их развития. Динамизм и противоречивость нынешних социальных процессов требует от государства адекватного правового регулирования и эффективной системы правосудия.

Однако нашему государству в полной мере не удалось обеспечить формирование эффективной системы правосудия. Перманентные бессистемные изменения процессуального законодательства, а также законодательства о судостроительстве и статусе судей должным образом не содействовали улучшению правосудия. Более того, политическая и административная зависимость су-

дебных органов, активное «сотрудничество» отдельных судей с определенными бизнес-группами остаются теми условиями, которые способствуют увеличению коррупции в Украине.

Проблемы системы правосудия как криминогенные факторы, влияющие на состояние коррупции, уже частично рассматривались в криминологической литературе. Необходимо отметить важный вклад в разработку этой проблематики В. А. Тулякова, Е. Ю. Полянского¹, О. В. Дамаскина², С. С. Сулакшина, С. В. Максимова, И. Р. Ахметзянова³ и др. Но тем не

¹ Туляков В. А. Коррупция и суды: функциональный анализ / В. А. Туляков, Е. Ю. Полянский // Коррупция: Региональные и отраслевые тенденции : сб. науч. ст. / под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дремина. – Одесса : ФЕНІКС, 2003. – С. 213–217. – (Б-ка журн. «Юрид. вестн.»).

² Дамаскин О. В. Коррупция: Состояние, причины, противодействие / О. В. Дамаскин. – М. : ИД «Триумфальная арка», 2009. – С. 39–45.

³ Сулакшин С. С. Государственная политика противодействия коррупции и теневой экономике в России : монография : в 2 т. / С. С. Сулакшин, С. В. Максимов, И. Р. Ахметзянова и др. – М. : Науч. эксперт, 2008. – Т. 1. – С. 206–215.

менее отдельные вопросы еще не нашли надлежащего криминологического анализа и требуют дальнейших научных исследований.

В частности, в дальнейшем важными заданиями для обеспечения противодействия и предупреждения коррупции в судебных органах остаются: гарантирование независимости судей, прозрачности и открытости в осуществлении правосудия, улучшение процессуального законодательства и системы доступа к судейской профессии, а также отбора вспомогательного аппарата судов.

Кроме того, сама социально-экономическая ситуация, которая сложилась в государстве, и постоянные изменения законодательства негативно влияют на деятельность судебных органов. Много судей оказались не готовы к работе в новых правовых условиях. Соответственно значительно снизилась эффективность их деятельности и авторитет среди населения.

С таким категорическим заключением много кто может не согласиться, потому что в целом судебные органы надлежаще рассматривают правовые споры, обеспечивая охрану и восстановление прав и свобод человека и гражданина, но это происходит только в том случае, когда рассмотрение конкретного дела не касается интересов тех лиц, которые имеют возможность влиять на судей. Кроме того, некоторые судьи используют особые полномочия судьи в судебном рассмотрении для личного незаконного обогащения и утверждения своего влияния.

Желание иметь материальные богатства, сберечь свою влияние провоцирует отдельных судей к при-

нятию неправомερных судебных решений.

Такое состояние системы правосудия свидетельствует о ее серьезной деформации, невыполнении в полной мере функций правосудия, направленности отдельных судей на личное обогащение, а не на совестное и ответственное осуществление судебного разбирательства.

Нежелание отдельных судей осознавать общественную значимость своей профессиональной деятельности, а иногда и откровенное игнорирование судейской честью негативно влияет на эффективность противодействия и предупреждения коррупции в Украине.

Увеличение злоупотреблений в судебной системе и осознанный выход за пределы функций по осуществлению правосудия подтверждают кризис судебной системы, ее низкую эффективность и, как следствие, слабую активность в противодействии и предупреждении коррупции.

Необходимо обратить внимание, что такое состояние судебной системы в первую очередь требует устранения зависимости от административного и политического влияния, а также коренного изменения системы доступа к судейской профессии, формирования мотивации судей к честной и непредвзятой профессиональной деятельности. Абсолютно верно подметил О. В. Дамаскин, указывая, что правосудие не может существовать без честного и независимого судейского корпуса¹.

¹ Дамаскин О. В. Коррупция: Состояние, причины, противодействие / О. В. Дамаскин. – М. : ИД «Триумфальная арка», 2009. – С. 40.

Те шаги, которые предприняты в реформировании судебной системы в связи с принятием Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»¹, не имеют целостного концептуального характера, а только улучшают отдельные аспекты судебной системы и доступа к судейской профессии.

Так, позитивным является внедрение единого для всех претендентов на должность судьи квалификационного экзамена, проведение конкурса на занятие вакантной должности судьи, осуществление учебы и повышения профессиональных требований к кандидатам на должность судьи, расширение полномочий Высшей квалификационной комиссии судей и внедрение обязательной работы членов этой комиссии на постоянной основе и т. д.

Открытым, правда, остается вопрос о механизмах гарантирования объективности в проведении квалификационного экзамена. Указанный выше закон их не предусматривает.

Очень важными с точки зрения антикоррупционной перспективы есть и предусмотренная в Законе Украины «Об основах предупреждения и противодействия коррупции»² с 1 января 2012 г. специальная проверка лиц, которые будут претендовать на долж-

ность судьи, а также контроль со стороны государства за имуществом, доходами и расходами и обязательствами финансового характера судей. Обязанность судей декларировать свое имущество, доходы, расходы и обязательства финансового характера безусловно усложнит формирование корыстной мотивации к злоупотреблениям судьями своими полномочиями в процессе осуществления судопроизводства.

Необходимо согласиться и с тем, что Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей»³ существенно сократил возможности незаконного использования возможностей судебной системы в корпоративной борьбе бизнес-групп, но тем не менее породил опасность монопольного влияния на судебную систему одной политической элиты и соответственно ориентированных на нее бизнес-групп.

К сожалению, нерешенными остаются вопросы, связанные с обеспечением независимости судей, открытости и доступности правосудия, а также статуса судей, особенно судейского иммунитета.

Также нерешенными остаются вопросы социальной зрелости претендентов на должность судьи и оценка их психологических качеств (проблема психологического тестирования). С этой целью целесообразно было бы предусмотреть соответствующую проверку, в том числе и с использованием полиграфа.

³ Про судоустрій і статус суддів [Електронний ресурс] : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cdi?nreg=2453-17>. – Заголовок з екрана.

¹ Про судоустрій і статус суддів [Електронний ресурс] : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cdi?nreg=2453-17>. – Заголовок з екрана.

² Про засади запобігання і протидії корупції [Електронний ресурс] : Закон України від 7 квіт. 2011 р. № 3206-VI. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cdi?page=1&nreg=3206-17>. – Заголовок з екрана.

Кроме этого следовало бы усилить профессиональные требования к работникам аппарата судов. Сложной остается и проблема псевдосвязей судей с другими участниками судебного процесса, особенно адвокатами, которые очень часто есть просто посредниками в продвижении желанного для своего клиента судебного решения. Это и проблема прежних связей судей. Согласно экспертным данным, присутствие бывших работников юридических сфер среди судей следующее: на первом месте – помощники судей, на втором – прокурорские работники, на третьем – адвокаты, на четвертом – бывшие сотрудники милиции, на пятом – другие категории.

Хотя, безусловно, самой сложной остается проблема политического и административного влияния на судебные органы, постоянные намерения использовать их потенциал в партийных или групповых интересах.

Необходимо также понять, что эффективность судебной системы требует и увеличения финансовых расходов на их функционирование. Улучшение материально-технического, кадрового и финансового обеспечения судебных органов, профессионального уровня их работников, внедрение критериев и методик оценки их функциональной деятельности и ее результатов – необходимое условие повышения эффективности судебной системы.

Весьма важным является построение системы постоянного мониторинга оценки населением качества работы судебных органов и отдельных судей.

Отсутствие надлежащей независимой системы правосудия является преградой в формировании нормальных рыночных отношений, поскольку субъекты хозяйствования, как и простые граждане, не могут быть убеждены в том, что их права и интересы будут защищены соответственно закону. Кроме этого, сегодня значительно увеличилось жалобы на злоупотребления судей, в частности, в сфере защиты корпоративных прав, санкционирования противозаконного завладения чужим имуществом и др. Возможность для субъекта хозяйственной деятельности «решить» практически любой спорный вопрос в судебном порядке за соответствующее вознаграждение или иным образом лишило какого бы то ни было смысла положение ч. 3 ст. 509 Гражданского кодекса Украины о том, что обязательство должно строиться на основах честности, разумности и справедливости. Правосудие в системе хозяйственных и административных судов превратилось в своего рода бизнес с оборотом капитала в многомиллионном измерении. В этом бизнесе задействованы отдельные адвокатские компании, а также родственники или близкие и другие лица, приближенные к судьям. «Цена решения» спора начинается с 10 % от «цены вопроса» (суммы исковых требований).

Именно злоупотребления со стороны отдельных судей создают условия для противозаконной хозяйственной деятельности. Чего только стоят решения отдельных судов о возмещении из Государственного бюджета Украины налога на добавленную сто-

имость на многомиллионные суммы по сомнительным с правовой точки зрения договорам, даже без выяснения в процессе судебного рассмотрения содержания этих договоров, передача негосударственным субъектам хозяйствования государственного имущества на миллиарды гривен через организованное банкротство и др. Верховный Суд Украины в своих рекомендациях об обеспечении законности во время рассмотрения корпоративных споров и усилении борьбы с рейдерством указал, что многочисленные корпоративные конфликты возможны в связи с неодинаковым применением законов судами во время разрешения дел этой категории, а нередко – с принятием незаконных и необоснованных судебных решений¹. Наши отдельные суды превратились в средство для решения политических или экономических интересов определенных субъектов влияния. Обратим внимание, что соответствующие государственные органы не реагируют с полной ответственностью на открытые нарушения и злоупотребления, которые происходят в организации работы судов, качество рассмотрения дел, обеспечение единой судебной практики и одинаковое применение законов. Это касается в первую очередь тех органов, которые в силу своих полномочий обязаны реагировать на проявления нарушений судебской присяги.

Злоупотребления тоже распространены в деятельности тех органов,

¹ См.: Мариненко О. Верховний Суд вивчив і узагальнив досвід рейдерів / О. Мариненко // Дзеркало тижня. – 2008. – 2 лют. (№ 4 (683)).

которые обязаны осуществлять контроль за качеством правосудия. Средства массовой информации неоднократно информировали о проблемах в деятельности Высшего совета юстиции Украины и Комитета Верховной Рады Украины по вопросам правосудия.

К сожалению, эти органы не стали в надлежащей степени эффективными в системе доступа к профессии судьи и обеспечения дисциплинарной ответственности судей. Поэтому, кроме реформирования системы доступа к профессии судьи и решения проблемы дисциплинарной ответственности судей, необходимо реформировать и органы, функции которых предусматривают решение этих вопросов, в первую очередь Высшего совета юстиции Украины. Изменение порядка формирования Высшего совета юстиции Украины, основ его деятельности, избавление от коллизии интересов и ряд других вопросов должны быть разрешены в процессе его реформирования. В этом плане целиком необоснованным видится расширение полномочий Высшего совета юстиции Украины, в частности возложения на него ст. 20 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»² назначения на должности председателя местного суда и его заместителя, председателя апелляционного суда и его заместителей, председателя высшего специализированного суда и его заместителей. Возложение этих полномо-

² Про судоустрій і статус суддів [Електронний ресурс] : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2453-17>. – Заголовок з екрана.

чий на Высший совет юстиции Украины противоречит сущности этого органа, как и положениям Конституции Украины, а это создает дополнительные возможности влияния на судебные органы.

Решение проблемы независимости судебных органов является существенным условием, которое может локализовать судебское своевластие, обеспечить верховенство права, повысить доверие общества к системе правосудия, а соответственно и обеспечить условия для снижения коррупции.

Общество может рассчитывать на эффективное противодействие и предупреждение коррупции только тогда, когда в государстве действует эффективная и независимая система правосудия. В противном случае результаты деятельности судебных органов будут в тени «убедительных» статистических данных, а реальное состояние будет далеким от желаемого обществом.

Опубликовано: Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид. – 2011. – Вип. 54. – С. 318–322.

В. Коновалова, академик НАПрН Украины, профессор кафедры криминалистики Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Познавательная функция экспертных версий

Одним из видов версий в их классификации, где основанием является формулирующая персона, выступают экспертные версии. Этот вид версий в процессе исследования выдвигает эксперт, что и позволяет их обозначать как экспертные. Экспертные версии осуществляют познавательную функцию в процессе исследования, содействуя решению как традиционных, так и эвристических задач.

История обращения судебной экспертизы к экспертным версиям является сравнительно недолгой. Первые работы в области криминалистики, где упоминаются экспертные версии, принадлежат А. И. Винбергу и Р. С. Белкину¹. В более поздний период к исследованию этой проблемы обра-

лись, как правило, ученые, которые осуществляли практическую экспертную деятельность: Е. П. Коновалов, А. Р. Шляхов, Л. Е. Ароцкер, Н. П. Майлис, В. Ф. Орлова² и др.

Развитие теоретических положений, касающихся проблемы след-

¹ См.: Винберг А. И. Криминалистическая экспертиза в советском уголовном процессе / А. И. Винберг. – М., 1956; Белкин, Р. С. Сущность экспериментального метода исследования в советском уголовном процессе и криминалистике / Р. С. Белкин. – М., 1961.

² Коновалов Е. П. Роль гипотез в криминалистическом исследовании почерка / Е. П. Коновалов // Проблемы судебной экспертизы. – М., 1961. – Вып. 2; Он же. Версии при производстве почерковедческих экспертиз / Е. П. Коновалов // Материалы научного заседания Харьковского научно-медицинского общества за 1961–1962 гг. – Киев, 1965; Шляхов А. Р. Структура экспертного исследования и гносеологическая характеристика выводов эксперта-криминалиста / А. Р. Шляхов // Тр. ВНИИСЭ. – 1972. – Вып. 4; Ароцкер Л. Е. Криминалистические методы в судебном разбирательстве / Л. Е. Ароцкер. – М., 1965; Майлис Н. П. Роль экспертной гипотезы при решении диагностических задач / Н. П. Майлис // Новые разработки и дискуссионные проблемы теории и практики судебной экспертизы. – М., 1986; Орлова В. Ф. Теория судебно-почерковедческой идентификации / В. Ф. Орлова // Тр. ВНИИСЭ. – 1973. – Вып. 6.

ственных версий, прямо повлияло на поиск однотипных концепций в экспертной практике и теории, где роль предположений в интеллектуальной умственной работе эксперта имела огромное значение. Особенно остро потребность исследования вопроса об экспертных версиях ощущалась в таких случаях практики, где для решения поставленной задачи не хватало традиционных, постоянных методик, а обязательным был научный поиск решений, который допускает выдвижение версий, определяющих пути как интеллектуальной деятельности, так и избрания тех или иных методик исследования или создания новых.

Рассмотрение проблем версий, которые имеют место при проведении экспертного исследования, в первый период обращения к ним касалось отдельных видов криминалистических экспертиз, а со временем вылилось в разработку разных аспектов проблемы. Первые работы, посвященные исследованию экспертных версий в почерковедении, принадлежали Е. П. Коновалову («Роль гипотез в криминалистическом исследовании почерка» (1961) и «Версии при проведении почерковедческих экспертиз» (1965)). В работах более позднего периода исследователи отошли от отдельных направлений криминалистической экспертизы, перейдя к созданию теоретических концепций более общего направления в экспертной теории и практике¹. В частности, это

¹ См.: Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. / Р. С. Белкин. – М. : Юрист, 1997. – Т. 2 : Частные криминалистические теории. – С. 389–392.

касалось проблемы экспертных версий.

Определение экспертной версии, как и право на ее существование, вызвало дискуссии в научных кругах. Так, О. М. Ларин возражал против наличия экспертных версий, утверждая, что это не более чем предположения, которые возникают и проверяются в ходе экспертного исследования². Тем самым возникающие предположения по своей логической природе и есть версиями, которые могут быть подсказаны следователем или судьей в их постановлениях о назначении экспертизы и потом трансформироваться в экспертные версии (если они будут приняты экспертом) или выдвинуты экспертом самостоятельно, независимо от тех, что сформулированы в вопросах постановления. Последнее имеет место в тех случаях, когда эксперт в своем исследовании выходит за рамки поставленных вопросов или обнаруживает такие обстоятельства, которые оказывают содействие выдвижению новых предположений о сущности исследуемого объекта.

Таким образом, экспертную версию можно определить как предположение о сущности и происхождении определенных фактов и явлений, имеющих значение для расследования и судебного разбирательства.

Экспертные версии, по утверждению некоторых авторов³, по аналогии

² Ларин А. М. От следственной версии к истине / А. М. Ларин. – С. 7.

³ См.: Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. / Р. С. Белкин. – М. : Юрист, 1997. – Т. 2 : Частные криминалистические теории. – С. 389.

со следственными версиями могут быть как общими, так и частными.

Так, общие экспертные версии являются основаниями для решения вопроса о тождественности или различии объекта; о тождественности или групповой принадлежности, а также для решения многих неидентификационных задач, которые могут быть поставлены эксперту.

Частные экспертные версии касаются отдельных вопросов, которые возникают у эксперта как до проведения исследования, так и во время его осуществления. Частные экспертные версии нередко подсказывают ту или иную методику исследования, а также ее направление. Относительно этого нельзя согласиться с утверждениями Р. С. Белкина о том, что необходимые для формирования частных экспертных версий фактические данные до начала собственно исследования эксперт получает в результате ознакомления с материалами дела и экспертного осмотра¹. Важно указать, что для формирования частных экспертных версий этих данных недостаточно. Основные, формирующие экспертные версии, как правило, исходят из таких стадий экспертного исследования, как анализ и сравнительное исследование, где моменты, которые объясняют отдельные детали сущности анализируемых объектов, представлены наиболее рельефно, что и позволяет возникнуть тем или иным предположениям об их происхожде-

нии, отношении к исследуемому объекту и т. п. Это, разумеется, не опровергает общее представление о том, что частные версии как разновидности общих экспертных версий могут возникать в процессе ознакомления с постановлением о назначении экспертизы, а также в любых стадиях экспертизы.

Экспертной практике известны многочисленные случаи выдвижения экспертных версий в процессе исследования. Приведем некоторые из них. При исследовании подписи распорядителя кредитов на одной из кондитерских фабрик, где имели место разворовывания средств в крупных размерах, эксперт выявил некоторое несоответствие подписей, обычно выполняемых этим лицом, и той подписи в распоряжении о выдаче определенной суммы денег, которая отрицалась подозреваемым. Последний заявил, что такого распоряжения он не подписывал и подпись принадлежит не ему. Среди лиц, подозреваемых в подделке подписи, был назван И. – работник бухгалтерии этого производства. Назначенная почерковедческая экспертиза поставила перед экспертом вопрос: кем из подозреваемых лиц выполнена подпись? В процессе экспертизы эксперту стали нужны дополнительные материалы с подписями распорядителя кредитов с целью получения большего объема материалов для сравнительного исследования. Среди предоставленных документов эксперт выявил один, в котором исследуемая подпись полностью совпадала по своей конфигурации и, что особенно важно, по до-

¹ Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. / Р. С. Белкин. – М. : Юрист, 1997. – Т. 2 : Частные криминалистические теории. – С. 389.

полнительным неоправданным штрихам одной буквы фамилии (подписи). В предоставленном документе подпись распорядителя кредитов одной своей буквой пересекалась с выполненными прописью обозначениями денежной суммы. У эксперта возникло предположение, что этот документ был образцом для подделки подписи, при выполнении которой подделывающее лицо решило, что часть цифрового письма (обозначение) является штрихом подписи и внесло ее как элемент подписи. При сопоставлении подписей – действительного и исследуемого документа – версия эксперта подтвердилась. Действительно, документ использовался как образец для написания. Эксперт изложил свою мысль в выводе, имевшем категорический характер. Использование следователем вывода эксперта в процессе расследования преступления способствовало признанию вины подозреваемым.

Экспертной практике известны также случаи, когда версия эксперта оказывала содействие установлению не только лица, которое выполнило подпись, но и механизма ее выполнения. Директору одной из шахт Донбасса было предъявлено обвинение в хищении. Он подписывал документы для незаконной отгрузки угля потребителям, которые не имели для этого правовых оснований. При допросе директора в качестве обвиняемого ему были предоставлены для ознакомления документы с его подписями. Обвиняемый своей вины в отгрузке партии угля по согласию потребителей не отрицал, однако относительно других фактов

отгрузки угля сообщил, что таких распоряжений не давал, хотя подписи на документе выполнены им. Директор был удивлен, думая, что эти документы кто-то подложил ему на подпись. Следователь же считал, что директор старается избежать ответственности, перекладывая вину на других лиц. С целью установления факта выполнения подписей (рописи) директором была назначена почерковедческая экспертиза. При исследовании предоставленных на экспертизу документов эксперт обратил внимание на то, что все подписи были выполнены совсем одинаково, хотя обычно при выполнении подписей имеют место разные отклонения. У эксперта возникла версия о том, что подписи выполнены путем перекопирования или выполнения «на просвет».

Однако ни первая, ни вторая версии не подтвердились, поскольку не были выявлены типичные признаки, характерные для этих видов подделки подписей. Полная синхронность выполненных подписей, выявленная при исследовании путем наложения прозрачных диапозитивов, позволила выдвинуть третью экспертную версию о том, что подписи выполнялись синхронно пишущим прибором, который повторяет движение другой, связанной с ним подписи на подлинном документе. Проведение экспертного эксперимента, допускающего связывание двух пишущих приборов, один из которых повторял движение другого, обводящего буквы подписи, подтвердило выдвинутую версию.

Со временем один из подозреваемых подтвердил вывод эксперта, по-

казав при проведении следственного эксперимента придуманный им механизм подделки. Директор шахты был освобожден от ответственности. Экспертным заключением была опровергнута ошибка следователя.

Значительная роль в процессе исследования принадлежит обстоятельствам, которые формируют внутреннее убеждение эксперта, что является основой для выводов. На формирование убеждения влияют, с одной стороны, имеющиеся в распоряжении эксперта материалы уголовного или гражданского дела, а с другой – те данные, которые он обнаруживает в процессе исследования, в том числе выдвинутые версии.

Объективность эксперта, стремление его к независимой позиции вызвали в криминалистической литературе и экспертной практике дискуссии относительно влияния на выводы эксперта ознакомления последнего с материалами уголовного дела, которые, по мнению некоторых ученых и практиков, могут оказать важное влияние на независимое, ограниченное только поставленной задачей, убеждение эксперта. Аргументами в пользу недопустимости такого влияния были высказывания о том, что изучение материалов дела, в частности свидетельских показаний, может существенным образом изменить убеждение эксперта, склонить его к позиции тех лиц, взгляды которых заметно отличаются от убеждения следователя. Контраргументом в защите права и необходимости знания экспертом материалов дела в полном объеме было утверждение о том, что знание экспертом до-

полнительных материалов расширяет его кругозор, позволяет с большей объективностью прийти к тем или иным выводам¹.

В борьбе аргументов победили последние – в качестве подтверждающих объективную позицию и независимость эксперта вопреки всем влияниям.

Психологическим аспектом формирования убеждения эксперта выступает его способность решать интеллектуальные задачи, связанные как с построением экспертных версий, так и с избранием той методики исследования, которая ему представляется наиболее оптимальной. В решении задач, различных по своему смыслу и значимости, определяющая роль принадлежит профессиональному опыту эксперта, его эмоциональному состоянию, пластичности психики. Иногда последние моменты исследователи механизма экспертного мышления игнорируют. Представление об эксперте как о своего рода электронной, абстрактно мыслящей очеловеченной машине не совпадает с действительным положением такого субъекта, выводы и предположения которого являются эмоционально зависимыми и окрашенными. Эту позицию подтверждает то обстоятельство, что при несогласии следователя или судьи с выводами эксперта и назначении повторной экспертизы нередко другие эксперты или их комиссия приходят к прямо противоположным выводам, которые существенным образом влия-

¹ Орлова В. Ф. Теория судебно-почерковедческой идентификации / В. Ф. Орлова // Тр. ВНИИСЭ. – 1973. – Вып. 6. – С. 240.

ают на перспективу расследования. При этом механизм мышления (анализ, сравнительное исследование, синтез) практически тождественный предыдущему, однако дает совсем новые результаты. Чем объяснить такой парадокс? Он может объясняться компетенцией эксперта, ее уровнем, способностью оценивать ошибочность прежде принятых решений, углубленным анализом предыдущих выводов, преодолением психологического барьера о правильности ранее представленных выводов. В повторных экспертизах эксперт снова знакомится с обстоятельствами дела, возражениями следователя, которые отвергают выводы прежде проведенной экспертизы. При этом и интеллектуальная, и эмоциональная стороны выступают в синтезе, который позволяет достигнуть обоснованных выводов. Значение эмоционального состояния эксперта справедливо отмечает В. Ф. Орлова, которая пишет: «Сведения, содержащиеся в материалах дела, могут повлиять на эмоциональное состояние эксперта, что не исключает известной предубежденности в построении версий и проведении исследования»¹.

Очень важной является роль экспертных версий для установления обстоятельств, связанных с расследованием преступлений². Так, многофункциональное использование экспертных версий необходимо, например, для

установления времени совершения преступления. Примером этому служит расследование убийства студента из Сомали, который проживал в общежитии одного из институтов. Отсутствие на занятиях сомалийского студента вызвало подозрение. Он проживал в общежитии в отдельной комнате и, по заявлению очевидцев, не выходил из нее два или три дня. Неприятный запах, который доносился из этой комнаты, заставил открыть дверь. Труп пострадавшего лежал на кровати с затянутой на шее нейлоновой веревкой. Следователь, который производил осмотр места происшествия при участии судебно-медицинского эксперта, выдвинул версию о том, что по неизвестным мотивам студент был убит путем удушения. При осмотре трупа следователь обратил внимание судебно-медицинского эксперта на многочисленные белые точки возле полости рта и ноздрей убитого. Однако эксперт не смог объяснить причину этого, посоветовав следователю обратиться к специалистам в области биологии. Приглашенный в качестве специалиста из научно-исследовательского института судебных экспертиз биолог выдвинул предположение о том, что выявленное – личинки насекомых. При проведении экспертизы было установлено, что выявленные частички являются личинками мух, и более того, эксперт установил время их развития, а затем и время наступления смерти студента, указав трехсуточный срок. Эти данные позволили установить лицо, посещавшее в указанное время убитого, и личность убийцы. Им был человек, который проживал в общежитии и совершил убий-

¹ Орлова В. Ф. Теория судебно-почерковедческой идентификации / В. Ф. Орлова // Тр. ВНИИСЭ. – 1973. – Вып. 6. – С. 239.

² Эйсман А. А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование / А. А. Эйсман. – М., 1967. – С. 64–65.

ство из корыстных мотивов с целью завладения дорогой аппаратурой. Так, версия эксперта позволила определить время совершения убийства и раскрыть преступление.

Изложенное позволяет сделать такие выводы:

1) экспертные версии выполняют познавательную функцию в процессе исследования;

2) по своему характеру они могут быть общими и частными. Первые дают возможность решать идентификационные задачи, вторые – устанавли-

вают обстоятельства, важные для расследования;

3) выдвижение экспертных версий оказывает содействие углубленному исследованию;

4) экспертные версии оказывают содействие созданию новых экспертных методик и дополнению традиционных.

Опубликовано: Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. – Харьков : Право, 2011. – Т. 5: Уголовно-правовые науки. Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Украине / под общ. ред. В. В. Сташиса. – С. 614–621.

А. Гель, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры правоведения Винницкого национального аграрного университета;

О. Витковская, помощник прокурора Старгородского района г. Винницы, юрист 2-го класса

Изменение условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы в уголовно-исполнительном законодательстве Украины: проблемные аспекты

Перечень наказаний, которые могут быть применены к лицам, признанным виновными в совершении преступления, законодатель закрепил в ст. 51 Уголовного кодекса Украины (далее – УК). На сегодня наиболее строгим видом наказания в нашем государстве является пожизненное лишение свободы, которое в соответствии с требованиями ч. 1 ст. 64 УК устанавливается за совершение особо тяжких преступлений и применяется только в случаях, специально предусмотренных настоящим Кодексом, если суд не считает возможным применять лишение свободы на определенный срок. Проявлением гуманизма со стороны государства является установленное законодателем в ч. 2 ст. 64 УК ограничение по применению этого вида наказания к определенному

кругу лиц – пожизненное лишение свободы не может быть применено к лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, и к лицам в возрасте свыше 65 лет, а также к женщинам, находившимся в состоянии беременности во время совершения преступления или на момент постановления приговора. Порядок исполнения (отбывания) данного вида наказания регламентируется уголовно-исполнительным законодательством Украины.

Необходимо отметить, что применение наказания в виде пожизненного лишения свободы на сегодня остается наименее исследованной сферой уголовно-исполнительного права. Это объясняется, во-первых, относительно непродолжительным сроком его применения (как принципиально нового вида наказания), ведь

этот вид наказания был введен в отечественное уголовное и уголовно-исполнительное законодательство лишь 11 лет назад Законом Украины от 22.02.2000 г. № 1483-III «О внесении изменений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Исправительно-трудовой кодексы Украины», вступившим в силу с 04.04.2000 г. А во-вторых, нельзя не учитывать и тот факт, что количество лиц, осужденных к данному виду наказания за все время его существования на территории Украины, остается относительно небольшим (особенно по сравнению с количеством осужденных к лишению свободы на определенный срок). В частности, если по состоянию на 01.01.2005 г. данный вид наказания отбывали 1099 осужденных, то на 01.01.2011 г. их количество в исправительных колониях Государственной пенитенциарной службы Украины (далее – ГПС) составляло всего 1649 осужденных (в том числе – 20 осужденных женщин).

Проблемные вопросы в сфере законодательного регулирования наказания в виде пожизненного лишения свободы были предметом научных исследований в публикациях Е. Бараша, А. Бецы, С. Гизимчука и Д. Говорун, Т. Дуюновой, Л. Мостепанюк, А. Степанюка, В. Трубникова, А. Фролова, С. Царюка и некоторых других отечественных ученых. Кстати, большинство из названных выше ученых в своих работах отмечали необходимость внедрения полноценного института изменения условий содержания для осужденных этой категории. И это не случайно. Ведь, как показы-

вает практика, именно институт изменения условий содержания осужденных к лишению свободы является одним из наиболее эффективных средств для мотивации правоупослушного поведения осужденных во время отбывания наказания, тем более когда это касается осужденных, у которых практически отсутствует какая-либо перспектива относительно освобождения. Однако в тот период времени уголовно-исполнительное законодательство только в одной норме – ч. 6 ст. 151 Уголовно-исполнительного кодекса Украины (далее – УИК) предусматривало возможность изменения условий содержания для осужденных к пожизненному лишению свободы (путем перевода на так называемые «улучшенные» условия содержания), суть которой заключалась в том, что осужденному после отбытия десяти лет срока наказания при условии добросовестного поведения и отношения к труду может быть разрешено дополнительно тратить в месяц деньги в сумме 20 % минимального размера заработной платы. Эффективность этой нормы для стимулирования правоупослушного поведения осужденного вызывает обоснованное сомнение. Вообще, по нашему мнению, эта норма является архаизмом и наследием советского исправительно-трудового права и уже давно необходимо снять любые ограничения по объему средств, которые может расходовать осужденный в месяц для приобретения продуктов питания, поскольку это необходимо для поддержания надлежащего физического здоровья осужденных, а государство пока не в состоянии обеспечить надлежащего

финансирования уголовно-исполнительной системы.

Существенным шагом вперед стало принятие Закона Украины № 1828-VI от 21.01.2010 г. «О внесении изменений в Уголовно-исполнительный кодекс Украины относительно обеспечения прав осужденных в учреждениях исполнения наказаний» (вступил в силу с 16.02.2010 г.), который ввел для осужденных к пожизненному лишению свободы институт изменения условий содержания в пределах одной исправительной колонии. Однако даже поверхностный анализ введенных законодателем новаций свидетельствует, что они не лишены определенных недостатков и пробелов и вызывают целый ряд вопросов как у ученых, так и у практических работников, что, в свою очередь, отнюдь не способствует их однозначному толкованию и негативно влияет на формирование единой и четкой практики их применения. До сих пор указанные новации так и не были предметом отдельного научного рассмотрения.

Целью нашего исследования является анализ норм уголовно-исполнительного законодательства, регламентирующих применение института изменения условий содержания к лицам, отбывающим наказание в виде пожизненного лишения свободы, выявление существующих недостатков и пробелов и формулирование предложений по их устранению.

Часть 1 ст. 150 УИК Украины определяет, что мужчины, осужденные к пожизненному лишению свободы, отбывают наказание в секторах максимального уровня безопасности

в исправительных колониях (далее – ИК) среднего уровня безопасности и ИК максимального уровня безопасности, а женщины – в секторах среднего уровня безопасности ИК минимального уровня безопасности и ИК максимального уровня безопасности. Часть 2 этой же статьи устанавливает требование отдельного содержания осужденных к пожизненному лишению свободы от других осужденных.

В ст. 151² УИК Украины законодатель закрепил особенности отбывания данного вида наказания осужденными женщинами, согласно которым они размещаются, как правило, в секторах среднего уровня безопасности ИК минимального уровня безопасности с общими условиями содержания и для них устанавливается режим, предусмотренный для содержания осужденных в ИК среднего уровня безопасности.

Учитывая ограниченный объем публикации, а также тот факт, что на осужденных женщин этой категории почти в полном объеме распространяются все нормы, регламентирующие применение института изменения условий содержания к лицам, осужденным к лишению на определенный срок, рассмотрим в рамках нашего исследования лишь нормы, регламентирующие изменение условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы мужчин.

Проанализируем содержание норм, содержащихся в ст. 151¹ УИК Украины, которая называется «Изменение условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы».

Часть 1 ст. 151¹ УИК Украины предусматривает, что изменение условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы осуществляется в порядке, определенном ст. 100 УИК Украины. В частности, ч. 1 ст. 100 УИК Украины определяет, что в зависимости от поведения осужденного и отношения к труду и обучению условия отбывания наказания могут изменяться в пределах одной колонии или путем перевода в другую колонию, т. е. устанавливает два вида изменения условий содержания: а) в пределах одной ИК; б) путем перевода в ИК другого уровня безопасности. Часть 2 ст. 100 УИК Украины определяет процессуальный порядок изменения условий содержания в пределах одной колонии – по ходатайству начальника отделения социально-психологической службы постановлением начальника колонии, согласованным с наблюдательной комиссией. Итак, относительно процедуры изменения условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы все изложенное достаточно четко и понятно.

Сущность и основания изменения условий содержания осужденных мужчин в сторону уменьшения объема установленных правоограничений закреплены в ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины, которая определяет два вида изменения условий содержания в пределах одной ИК:

– первый – закреплен в абз. 2 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины и предусматривает, что осужденные могут быть переведены из помещений камерного типа (далее – ПКТ), в которых содер-

жатся два человека, в многоместные ПКТ ИК максимального уровня безопасности с предоставлением разрешения на участие в групповых мероприятиях образовательного, культурно-массового и физкультурно-оздоровительного характера в порядке, установленном законодательством, – после фактического отбытия в таких помещениях не менее 15 лет срока наказания;

– второй – закреплен в абз. 3 этой же части и предусматривает возможность перевода осужденных из многоместных ПКТ в обычные жилые помещения ИК максимального уровня безопасности – после фактического отбытия в таких помещениях не менее 5 лет срока наказания.

Рассмотрим более подробно содержание этих норм.

Во-первых, законодатель вообще не называет материальных оснований для изменения условий содержания, а ограничивается лишь указанием на исключительно формальное основание – отбытие осужденным определенной части срока наказания в соответствующих помещениях ИК максимального уровня безопасности: в первом случае – 15 лет, во втором – 5 лет. Кстати, указанных материальных оснований не содержит и никакая другая норма главы 22 УИК Украины «Порядок и условия исполнения и отбывания наказания в виде пожизненного лишения свободы». Таким образом, существующая редакция ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины обоснованно позволяет сделать вывод, что право на изменение условий содержания возникает у какого-либо осужденного после отбытия определенного срока

наказания независимо от его поведения и отношения к труду – что, бесспорно, является нонсенсом!

Во-вторых, вызывает ряд вопросов и формальное основание, закрепленное в абз. 2 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины, – ведь законодатель подчеркивает необходимость «отбытия в *таких помещениях* (курсив. – А. Г.) не менее 15 лет срока наказания». То есть речь идет исключительно о ПКТ, в которых осужденные содержатся по 2 человека. А как же быть в случаях, если осужденный во время досудебного следствия и судебного разбирательства в течение длительного периода (полгода, год, два или больше) находился в следственном изоляторе (далее – СИЗО)? Если исходить из существующей редакции абз. 2 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины, то срок пребывания в СИЗО в данном случае осужденному для получения права на льготу не засчитывается. Хотя норма, закрепленная в ч. 5 ст. 72 УК Украины, предусматривает, что предварительное заключение засчитывается судом в срок наказания при осуждении к лишению свободы день за день. Считаем, что по аналогии срок пребывания осужденного в СИЗО также должен засчитываться в срок, который дает право на изменение условий содержания. Кроме того, как показывает практика, вследствие недостатка в учреждениях ГПС соответствующих помещений для содержания осужденных к пожизненному лишению свободы мужчин по 2 человека, очень часто имеют место случаи, когда осужденные содержатся в ПКТ не по два, а по три человека. Как быть администра-

ции учреждений в таких случаях и зачислять или нет время содержания осужденных в таких ПКТ в срок, который дает право на изменение условий содержания? Ведь законодатель четко требует, чтобы осужденный отбыл не менее 15 лет в ПКТ на два лица. К сожалению, этот вопрос остается пока без ответа.

В-третьих, непонятно, что именно имеет в виду законодатель в этом же абзаце под словосочетанием «многоместное» помещение камерного типа, ведь законодатель не разъясняет нам его содержания. Не содержат соответствующих разъяснений и ведомственные подзаконные акты ГПС. Если исходить из контекста применения этого определения законодателем, то можно сделать вывод – ПКТ, в которых содержатся по три или четыре осужденных лица, – это уже «многоместные ПКТ». Однако вряд ли можно всерьез воспринимать как существенное изменение условий содержания перевод осужденных из ПКТ, в котором они содержатся по два человека, в ПКТ, в которых содержатся по три или четыре осужденных. По нашему мнению, необходимо это понятие более-менее конкретизировать хотя бы в ведомственных нормативных актах ДПС.

В-четвертых, существующая редакция абз. 2 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины дает основания полагать, что перевод осужденных в многоместные ПКТ *автоматически* (курсив. – А. Г.) влечет предоставление разрешения на участие в групповых мероприятиях образовательного, культурно-массового и физкультурно-оздоровительно-

го характера. В пользу этого предположения говорит и тот факт, что в УИК отсутствует норма, которая предусматривала основания отмены или отказа в предоставлении такого разрешения. Если это так, то тогда непонятен смысл существования отдельной нормы аналогичного содержания, которая закреплена в ч. 6 ст. 151 УИК и предусматривает, что при добросовестном поведении и отношении к труду осужденному после отбытия *15 лет срока наказания* (курсив. – А. Г.) может быть разрешено участвовать в групповых мероприятиях образовательного, культурно-массового и физкультурно-оздоровительного характера. Единственным позитивом в существующей редакции ч. 6 ст. 151 УИК Украины можно считать лишь тот факт, что законодатель в ней предсказал хотя бы материальное основание для предоставления такого разрешения.

Если же законодатель имел в виду другое, то есть перевод осужденных в многоместные ПКТ не влечет автоматического предоставления такого разрешения, в редакции абз. 2 было бы целесообразно указать: «...с предоставлением разрешения (или без предоставления разрешения)...». Кроме того, к существующим пробелам уголовно-исполнительного законодательства необходимо отнести и тот факт, что на сегодня ни УИК Украины, ни Правила внутреннего распорядка ИУ (далее – Правила) не содержат норм, определяющих порядок предоставления такого разрешения. Можно лишь предположить, что по аналогии с переводом на улучшенные

условия содержания порядок его предоставления должен быть таким же – по постановлению начальника колонии.

И совсем также непонятно – почему законодатель при применении одной и той же льготы (предоставление разрешения на участие в групповых мероприятиях образовательного, культурно-массового и физкультурно-оздоровительного характера) по-разному определяет ее формальное основание в различных нормах УИК Украины? В частности, ч. 6 ст. 151 УИК Украины предусматривает необходимость *отбытия 15 лет срока наказания* (курсив. – А. Г.), а абз. 2 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины – *отбытия не менее 15 лет в ПКТ, в которых осужденные содержатся по два человека* (курсив. – А. Г.). Ведь речь идет, как уже отмечалось выше, – о двух совершенно разных сроках. Кроме этого, если рассуждать логически и учитывать почти 100%-й факт предыдущего пребывания такой категории осужденных в СИЗО, можно сделать вывод, что право на предоставление такого разрешения у осужденного будет наступать гораздо раньше, чем право на перевод из ПКТ, в которых осужденные содержатся по два человека, в многоместные ПКТ.

Что касается нормы, закрепленной в абз. 3 ч. 2 ст. 151¹ УИК Украины, которая регламентирует второй вид изменения условий содержания – путем перевода осужденных из многоместных ПКТ в обычные жилые помещения, необходимо заметить следующее. Юридическая конструкция этой нормы существенных замечаний

почти не вызывает, за исключением факта отсутствия в УИК Украины материальных оснований для ее применения. Однако практическое применение этой нормы также может быть существенно затруднено вследствие наличия препятствий материально-организационного характера, которые самостоятельно вряд ли сможет преодолеть администрация ИК. Речь, в частности, идет о необходимости оборудования в соответствующих ИК максимального уровня безопасности с покамерным содержанием осужденных участков с обычными жилыми помещениями, в которые должны быть переведены осужденные этой категории. Ведь не в каждой ИК существуют технические возможности для их оборудования (или переоборудования). Кроме того, даже при наличии технических возможностей такое переоборудование или строительство потребует значительных материальных затрат, которые, учитывая состояние бюджета ГПС, последняя в ближайшие годы вряд ли сможет профинансировать в полном объеме. Такая ситуация может содержать в себе опасность того, что осужденным при отсутствии в ИК таких помещений администрация под разными предлогами будет отказывать в применении данной льготы. Реальный выход из этой ситуации – на законодательном уровне разрешить в таких случаях переводить осужденных в другие ИК

максимального уровня безопасности, в которых есть специально оборудованные обычные жилые помещения.

Кроме того, по нашему мнению, недостаточно четко и однозначно прописана законодателем и норма, закрепленная в ч. 3. ст. 151¹ УИК Украины, которая предусматривает, что в случаях злостного нарушения установленного порядка отбывания наказания осужденные могут быть переведены из обычных жилых помещений в помещения камерного типа ИК максимального уровня безопасности. Прежде непонятно – какие именно ПКТ в этом случае законодатель имеет в виду – ведь в ч. 2. ст. 151¹ УИК Украины законодатель говорит как о ПКТ, в которых осужденные содержатся по два человека, так и о многоместных ПКТ. Логично все же предположить, что законодатель имел в виду многоместные ПКТ, поскольку именно из таких ПКТ осужденные переводятся в обычные жилые помещения.

Приведенные выше недостатки и пробелы норм уголовно-исполнительного законодательства, регулирующих институт изменения условий содержания осужденных к пожизненному лишению свободы мужчин, могут существенно осложнить процесс их применения и привести к нарушению законности.

Опубликовано: Вісн. прокуратури. – 2011. – № 6. – С. 90–96.

Збірник наукових праць

Щорічник українського права

№ 4/2012

(Російською мовою)

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Редактор *С. А. Пашинська*
Технічний редактор: *В. М. Зеленько*

Підписано до друку з оригінал-макета 22.02.2012.
Формат 70x100 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 46,44. Обл.-вид. арк. 48,1. Вид. № 716.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено в друкарні СПДФО Білетченко
Тел. (057) 758-35-98