

*Присвячується 20-річчю економіко-правового факультету
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова*

**ФОРМУВАННЯ І РОЗВИТОК
ПРАВОТВОРЧОСТІ В УМОВАХ
ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА**

Монографія

За редакцією
доктора філософських наук, к.ю.н., професора, академіка,
Заслуженого діяча науки і техніки України
В.П. Плавича

Одеса
Фенікс
2018

УДК 340.114:316.422
Ф796

*Рекомендовано до друку Вченою радою Одеського національного
університету імені І. І. Мечникова (протокол № 2 від 31.10.2017 року)*

Рецензенти:

Харитонов Є. О. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Боринштейн Є. Р. – доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії, соціології та менеджменту соціокультурної діяльності Південноукраїнського національного педагогічного університету імені К. Д. Ушинського;

Миколенко О. І. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри адміністративного та господарського права економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І. І. Мечникова;

Цибра М. Ф. – доктор філософських наук, професор кафедри філософії, соціології та менеджменту соціокультурної діяльності Південноукраїнського національного педагогічного університету імені К. Д. Ушинського.

Ф796 Формування і розвиток правотворчості в умовах трансформації суспільства: монографія / за ред. д. філос. н., к. ю. н., професора, Заслуженого діяча науки і техніки України В. П. Плавича. – Одеса: Фенікс, 2018. – 348 с.
ISBN 978-966-928-222-4

Монографія підготовлена колективом авторів, вчених у галузі теорії держави і права та міжнародного права. Досліджуються теоретичні засади особливостей і тенденцій розвитку сучасної правотворчості в умовах трансформації суспільства. Розкриваються закономірності та методологія наукового пізнання сучасної правотворчості, сучасні підходи до виявлення її поняття, змісту та особливостей. Особливу увагу приділено міжнародній правотворчості, гармонізації законодавства України із законодавством держав-членів ЄС.

Колективна монографія буде корисною для докторантів, аспірантів, магістрів, науковців, а також широкому колу читачів, що цікавляться зазначеними проблемами.

Монографія підготовлена в рамках НДР: «Особливості і тенденції розвитку правотворчості в умовах трансформації суспільства» за темою № 249, Наказ 215-18 від 23.01.2013 року (державний реєстраційний номер – 0113U003317, період виконання НДР 2013-2017 рр.).

УДК 340.114:316.422

ISBN 978-966-928-222-4

© Кол. авторів, 2018

ПЕРЕДМОВА РЕДАКТОРА

Правотворчий процес, як і будь-яка інша нормативно-регламентована діяльність, має свій методологічний інструментарій, за допомогою якого він досягає певного результату. Сюди включається, зокрема, система принципів, які визначають характер та спрямовують діяльність усіх суб'єктів правотворчого процесу.

Виходячи з представлених в юридичній літературі принципів правотворчості, вважаємо обґрунтованим поділ усіх принципів правотворчості на дві групи: 1) основні (засадничі) принципи, на яких засновується правотворча діяльність в цілому незалежно від її виду, суб'єктів та сфери регулювання. Вони характеризують передусім змістовну сторону актів, що проєктуються та приймаються. До них можна віднести загальновизнані переважною більшістю науковців принципи, як верховенство права, демократизм, законність, гуманізм, науковість, професіоналізм; та 2) допоміжні (другорядні), можуть слугувати основою правотворчої діяльності залежно від конкретного виду даної діяльності, специфіки відповідної галузі регулювання суспільних відносин, а також які можуть відігравати другорядну роль після реалізації основних принципів. Вони можуть характеризувати технічну та процедурну сторону правотворчої діяльності. До них можна віднести принципи історизму, оперативності, гласності, системності, технічної досконалості, стабільності.

Основними напрямками удосконалення правотворчої діяльності та подальшого розвитку законодавства України, є, зокрема: оперативне реагування на зміни в суспільному житті з боку законодавця та своєчасне оновлення законодавства; з метою упорядкування законодавства визначення концепції зміни (реформування) певної галузі (підгалузі) законодавства; постійний соціально-правовий моніторинг, що здатний чітко враховувати зміни у суспільних відносинах, що відповідають суспільним сподіванням; послідовність у виробленні концептуальних підходів до законотворчості; удосконалення правового моделювання як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальна доцільність їх запровадження; удосконалення механізму народного

обговорення законопроектів та оптимального врахування його результатів у нормотворчості державних органів; врахування світового досвіду по запровадженню відповідних закладів по нормопроектуванню та вивченню юридичної техніки; на законодавчому рівні урегулювання питань законодавчої техніки тощо.

З метою вдосконалення правотворчості в Україні, адаптації законів й інших нормативно-правових актів до європейського законодавства необхідно розробити механізм із забезпечення виконання цієї роботи. Мета механізму – поліпшити порядок розроблення, прийняття і реалізації нормативної продукції; виробити єдині правила адаптації правових норм з урахуванням вимог європейського законодавства.

Такий механізм повинен включати відповідні організаційно-правові, економічні та фінансові заходи. У літературі, зокрема, висловлюються практичні рекомендації на основі досвіду нових держав-членів Європейського Союзу щодо підвищення ефективності контролю правотворчого процесу. Для приведення у відповідність з правом ЄС проектів законодавства, що розробляються усіма суб'єктами законодавчої ініціативи.

Існуючі у літературі підходи щодо визначення поняття правотворчості умовно можна звести до таких трьох визначень:

- 1) правотворчість як форма правового регулювання суспільних відносин;
- 2) правотворчість як вид соціальної діяльності та форма відображення правової дійсності;
- 3) правотворчість як спеціальні діяльність державних органів по виданню, зміні чи скасуванні правових норм (законотворчість);
- 4) правотворчість як процес творення права, який сягає за межі суто державного правового регулювання.

Отже, правотворчість, – це специфічна форма діяльності органів державної влади (як правило), яка полягає у виданні, зміні чи скасуванні правових норм та має на меті регулювання суспільних відносин шляхом нормативного закріплення міри свободи й справедливості.

Як елемент правового регулювання правотворчість є результатом об'єктивного розвитку суспільних відносин і безпосередньо спрямована на їх врегулювання. Мета, зміст та результати правотворчої діяльності обумовлюються різного роду факторами, що об'єктивно існують у різних сферах суспільства. Серед них: рівень розвитку державно – правових

інститутів, правова культура населення, форма державного устрою, правління та режиму, характер ментальності суспільства тощо. Відповідно ефективність правотворчої діяльності залежить від врахування цих факторів, а також принципів правотворчої діяльності.

Фактори формування права значною мірою обумовлюють завдання, на вирішення яких спрямована діяльність по створенню права (законів), адже динаміка економічних, політичних та соціально-культурних потреб сучасного суспільства висуває нові завдання правового опосередкування відповідних суспільних відносин.

Правотворча діяльність має конкретну функціональну спрямованість.

Під функціями правотворчості ми розуміємо напрями діяльності відповідних органів по створенню нормативно-правових актів з метою урегулювання суспільних відносин у сферах, де такі відносини не урегульовані, або урегульовані неналежним чином і потребують удосконалення чи зміни або ж, взагалі, скасування. У зв'язку з цим можна виділити такі основні функції:

а) функція оновлення законодавства, що здійснюється шляхом встановлення нових правових норм для регулювання відповідної сфери суспільних відносин відповідно сучасним потребам. Дана функція передбачає усунення (скасування) застарілих юридичних норм або визнання їх неконституційними;

б) конкретизацію існуючих правових норм, що сприяє удосконаленню правового регулювання;

в) функція санкціонування існуючих у суспільстві звичаїв чи традицій;

г) функція усунення прогалин у законодавстві, яка за своїм змістом може перетинатися з вищезгаданими функціями;

д) функція упорядкування правового матеріалу (систематизація, кодифікація тощо).

Аналіз законодавства та теоретико-правових досліджень надає можливість виділити наступні основні критерії та види правотворчості:

І. Залежно від форм правотворчості: 1) прийняття нормативних актів державними органами; 2) пряма, безпосередня правотворчість народу; 3) договірна правотворчість (між державою та громадськими об'єднаннями, між роботодавцями та працівниками підприємств тощо).

II. Залежно від суб'єктів правотворчості: 1) правотворчість народу: (референдуми та вибори); 2) правотворчість представницького органу державної влади – Верховної Ради України; 3) делегована правотворчість уповноважених органів державної влади; 4) правотворчість органів місцевого самоврядування; 5) правотворчість громадських організацій; 6) локальна правотворчість.

III. За юридичною силою нормативно-правових актів: 1) законодавча правотворчість (парламенту чи народу); 2) підзаконна правотворчість (інших державних органів, органів місцевого самоврядування, керівників підприємств, установ, організацій та ін.): а) державна; б) недержавна. IV. Залежно від способів створення норм права: 1) утворення нових правових норм; 2) санкціонування державою вже існуючих соціальних норм; 3) інтерпретаційна судова правотворчість.

На наш погляд, вказані критерії узагальнюють у собі усе різноманіття напрямів та видів правотворчої діяльності в Україні.

Варто зазначити, що з часу проголошення незалежності України її законодавство зазнало істотних змін. Насамперед, докорінно змінилася сфера законодавчих актів, а основною тенденцією у розвитку вітчизняного законодавства стало розширення меж правового регулювання та його змістовно-галузева диференціація. В результаті цього суттєво збільшилась кількість чинних нормативно-правових актів, яка, на жаль, не трансформувалась у якість національного законодавства.

Важлива роль у вдосконаленні законодавства України на сучасному етапі належить вітчизняній юридичній науці. Фаховий супровід і наукове забезпечення законодавчих робіт має здійснюватися на всіх стадіях підготовки проектів законів та інших нормативно-правових актів. Повинні передбачатись і глибоко обґрунтовуватись наслідки дії правових норм, враховуючи соціальні, економічні, регіональні та інші фактори. Які впливатимуть на реалізацію правових приписів. Тільки завдяки всебічно вивіренім, науково обґрунтованим законодавчим актам, які відображають інтереси громадян, та ефективним механізмам запровадження у життя їх неухильного дотримання можна розраховувати на убезпечення суспільства від соціальної напруги.

Необхідно також, щоб законотворча робота здійснювалась системно і комплексно, аби правове регулювання тих чи інших відносин мали завершений вигляд. Прийняття нових або внесення змін до існуючих законів, нехай і сповна досконалих, але не забезпечених механізмами їх

реалізації, не погоджений з усією системою законодавства, вже діючими законами несе в собі не тільки неможливість ефективної реалізації законодавчих актів на практиці, а й підриває віру у самі законодавчі акти, право у цілому. Тому особливого значення набуває наукове планування законотворчих робіт, яке надаватиме правотворчому процесу цілеспрямованого, поступового й комплексного характеру.

Невід'ємною складовою цього процесу має стати комплексне узагальнення практики застосування діючого законодавства, системне вивчення досвіду інших країн, без чого неможливо вдосконалювати саме законодавство, створювати ефективну правову систему держави.

Вирішення проблем вдосконалення законодавства, розвитку усієї правової системи на сучасному етапі державотворення є неможливим без глибоких теоретичних досліджень щодо закономірностей розвитку держави і права в умовах світових глобалізаційних процесів, без вироблення нових методологічних підходів до аналізу державно-правових явищ.

Є актуальним надати загальний аналіз компаративно-правової характеристики існуючим визначенням поняття правотворчості, проаналізувавши критичні аргументи щодо різних теоретико-методологічних підходів у визначенні цього поняття, і, спираючись на це, запропонувати власну дефініцію правотворчості. Правотворчість – це категорія, яка притаманна як національному, так і міжнародному праву, і у держав як учасників міжнародного спілкування або членів міжнародних організацій, або ж як спосіб надання правової форми волевиявленню міжнародних організацій.

З метою вдосконалення правотворчого процесу в Україні, адаптації законів та інших нормативно-правових актів до європейського законодавства необхідно розробити механізм забезпечення виконання цієї роботи. Мета механізму – поліпшити порядок розроблення, прийняття й реалізації нормативної продукції, виробити єдині правила адаптації правових норм з урахуванням вимог європейського законодавства.

Оригінальність цього монографічного дослідження полягає в поєднанні освітніх і наукових аспектів, висвітлення не тільки позитивів, а й проблемних питань. В ньому систематизовані сучасні теоретико-методологічні та концептуальні підходи до аналізу сучасної правотворчості, загальні тенденції їх розвитку. Структурно монографічне

дослідження складається з чотирьох частин: «Правотворчість як юридична категорія та явище правової дійсності»; «Методологічні засади правотворчої діяльності в умовах трансформації суспільства»; «Особливості і тенденції розвитку сучасної правотворчості»; «Правотворчість як ефективний засіб міжнародно-правового регулювання».

У цих частинах розкрито закономірності розвитку сучасної правотворчості, показано удосконалення правового моделювання, як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальна доцільність їх запровадження, сформульовано пропозиції і рекомендації, спрямовані на модернізацію правового регулювання суспільних відносин у глобалізованому світі.

В. П. Плавич, зав. кафедри загальноправових
дисциплін та міжнародного права економіко-
правового факультету
ОНУ імені І. І. Мечникова

ЧАСТИНА ПЕРША. ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЮРИДИЧНА КАТЕГОРІЯ ТА ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ ДІЙНОСТІ

РОЗДІЛ І. ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЗАКОНОДАВСТВА В ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1917 – 1920 рр.)

Початок ХХ століття для України ознаменувався процесом відновлення української державності після її повної втрати наприкінці ХVІІІ ст. Особливе місце у цьому процесі займає, створена 100 років тому, Українська Центральна Рада (далі ЦР), діяльність якої мала основний вплив на утворення та організацію Української Народної Республіки (далі УНР), як суверенної країни, створюючи сприятливе законодавство для становлення держави і злагоди її народу¹.

Правотворчість та законодавство ЦР мали великий вплив на положення та долю українського народу. Саме тому аналіз законодавчої системи потрібно більш докладно вивчати, щоб краще зрозуміти основні риси та принципи українського законодавства того часу, і те який вплив та значення воно мало на процес правотворчості та формування державницької традиції.

В певній мірі ці питання знайшли відображення у працях В. Д. Гончаренко, О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко, П. П. Музиченко, А. Й. Рогожина, В. Я. Тація, Б. Й. Тищик, А. С. Чайковського та інших.

Правотворча діяльність ЦР пройшла у своєму розвитку два головні етапи. Перший з них, який розпочався в квітні 1917 р., рішенням Українського національного конгресу мав здебільшого політико-декларативний характер. Його основним здобутком стали універсали. Голова Центральної Ради М. Грушевський у написаних пізніше своїх «Споминах» пояснив, чому було обрано саме цей термін «магічне слово «універсал», несподівано винесене на поверхню демократичного

¹ Про заходи з відзначення 100-річчя подій Центральної революції 1917-1921 років : Указ Президента України від 22.01.2017 №17/2016 / [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://baze.krist.com.ua/?page-id=2577>

селянського соціалістичного руху, давало задоволення всім, хто прагнув демонстрації української суверенності.

Се слово ставило на порядок дня спомин української державності колишньої гетьманщини, переможеної в огні нового революційного руху, відкладалося, на підсвідомі мрії на відновлення старих державних традицій в нових кращих формах»².

В цей період були прийняті I та II Універсали, закони для створення в Україні «автономного устрою», та організації роботи над проектом Української Конституції. В ході даної діяльності Українська ЦР сформувалася як організація, завданнями якої було вивести українську націю з суспільних катаклізмів, характерних для початку ХХ ст., та відновити втрачені адміністративно-територіальні ознаки. Це період, в якому правотворчість та законотворчий процес формувався на основі ідеї автономії та соціально-економічного благополуччя українського народу в рамках федерації вільних слов'янських народів. Можна сказати, що в цей час, тобто з квітня 1917 до прийняття III Універсалу, УЦР фактично дотримувалася основних положень, схожих з ідеями Кирило-Мефодіївського братства.

Уже 24 червня (за ст.ст.) 1917 р. Центральна Рада затвердила «Інструкцію, на основі якої збирається Комісія по підготовці Статуту автономної України». Першим пунктом передбачалося, що вона складатиметься із 100 осіб: «представників української та інших, що живуть на Україні, національностей». Обирати їх мали за принципом «національно-пропорціонального представництва» (п. 2), якщо вони становили в Україні не менш як 1% населення; коли ж відсоток був меншим, то така національна група мала надіслати делегата «лише по заявленню самої Комісії». Таким чином, планувалося включити в склад Комісії 71 українця, 11 росіян, 8 євреїв, 2 німців, 2 поляків, по 1 білорусу, татарину, молдованину, чеху, греку та болгарину (п. 3).

Українці делегували своїх представників до цієї Комісії за такою схемою: від Центральної Ради – 30 осіб, від губернських організацій – 11, від фінансових та економічних установ – 5, від культурно-просвітніх установ – 5, від духовенства – 1, Ради військових депутатів – 1, Генерального військового комітету – 1. Особливо слід наголосити, що 12 місць виділялося «знавцям державного права» від Всеукраїнського правничого товариства.

² Грушевський М. Спомини / М. Грушевський. – Київ, 1989. – № 9. – С. 143.

У додатках до п. 3 зазначалося: «ті національності, що мають об'єднуючі національні організації... надсилають представників від того об'єднуючого органу». Встановлювалося так зване «бажане» представництво від комітетів російських політичних партій та громадських організацій, від єврейських «соціалістичних партій» і «позасоціалістичних організацій» тощо.

Пленум ЦР постановив також, що комісія розпочне свою діяльність «зараз же, як тільки збереться 50 чоловік її складу... не чекаючи, поки вибори до неї будуть закінчені». Однозначно визначався й порядок формування керівного органу комісії – Президії, на яку покладалося завдання підготувати матеріали, скласти попередній план роботи всієї комісії та проект її регламенту³.

Здобутком першого етапу законотворення можна вважати й декларації Генерального Секретаріату, які були по суті планами законопроектних робіт, розрахованими на широкий громадський розголос.

Таким чином, уся законотворча діяльність підпорядковувалася такому плану: робота над Конституцією і – паралельно – поступова розробка законів, необхідних для утворення в Україні «автономного ладу».

Жовтневі події в Петрограді й проголошення УНР докорінно міняють орієнтири, оскільки молода держава опиняється віч-на-віч із проблемою невідкладного законодавчого врегулювання нагальних проблем життя країни.

Все це зумовлює нові пріоритети законодавчої діяльності ЦР, а відтак починається новий її етап.

25 листопада 1917 р. ЦР ухвалила закон про порядок видання нових законів, згідно з якими «до сформування Федеративної Російської республіки і утворення її конституції виключне і неподільне право видавати закони для Української Народної Республіки належить Центральній Раді», а «право видавати розпорядження в обсягу урядування, на основі законів належить Генеральним Секретарям Української Народної Республіки». Разом з тим цей закон не припиняв дії «всіх законів і постанов», які мали чинність на території УНР до 27 жовтня (тобто російського законодавства) і не були скасовані

³ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 67.

універсалами, законами й постановами Центральної Ради та Генерального Секретаріату

Водночас розпочався процес формування власної правової системи. В галузі державного будівництва найвагомішим з огляду на стратегічні завдання ЦР став закон «Про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки». Втім, це й найбільший за обсягом закон, прийнятий ЦР – 183 статті докладно регламентували порядок підготовки й проведення виборів⁴.

Слід зазначити, що закон затверджувався у два етапи. Спочатку 11 листопада 1917 р. ЦР ухвалила його перший розділ, що складався з десяти глав:

«Загальні статті» (в ній, зокрема, наводився перелік «виборчих округів» – Волинська, Катеринославська, Полтавська, Харківська, Херсонська, Чернігівська та ін.);

«Про виборче право» (відповідно до ст. 33 «право участі в виборах до Установчих зборів Української Народної Республіки мають громадяни Російської республіки обох полів, котрим до дня виборів вийде 20 років», позбавлялися ж виборчих прав «засуджені православними судовими вироками», «невиплатні боржники, признані правосильною судовою установою зловмисними банкрутами», «служачі у війську, що самовільно покинули військо», а також «члени роду», що царював у Росії);

«Про установи, котрі завідують переведенням виборів до Українських Установчих Зборів» (ці функції належали «головній, окружним, повітовим і городським комісіям по справах виборів до Українських установчих зборів та участковим виборчим комісіям», причому головній комісії, яка обиралася ЦР у складі 16 осіб, доручалося, зокрема, «загальне пильнування ходу виборів і обміркування засобів, необхідних для їх прискорення», а також «вироблення і видання загальних інструкцій і постанов на доповнення чи розвиток сього закону та інструкцій про його здійснення»; «Про виборчі списки»; «Про кандидатські списки»; «Про подання і підрахунок виборчих карток»; «Про встановлення результату виборів» (в основу покладалась пропорційна система); «Про порядок вступлення на місце членів, які виступають з Українських Установчих Зборів»; «Про забезпечення

⁴ Історія держави і права України : Підручник /За ред. А. С. Чайковського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 271.

вільності і правильності виборів» (на відміну від сучасного виборчого законодавства, цей закон прямо встановлював систему покарань за ті чи інші порушення – наприклад, «винуваті в самовільнім здійсненні, розірванні, закритті або змінненні привселюдно виставлених виборчих відозв, оповісток або списків, які виходять від груп виборців» каралися арештом на строк до одного місяця або штрафом до ста карбованців); «Про трати на вибори до Українських Установчих зборів»⁵.

Через кілька днів, а саме 16 листопада, ЦР затвердила другий розділ закону про вибори до Українських Установчих зборів, три глави якого визначали особливості виборів «в армії, флоті і тилу». Разом з цим законом було затверджено ще й «Правила про спільну з цивільним населенням участь в виборах частин армії і флоту» та «Інструкцію для користування розділом першим Закону про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки».

Лишається додати, що війна відсунула вибори на другий план. А після повернення ЦР до Києва досить активно обговорювалася пропозиція взагалі відмовитися від цієї ідеї, оскільки ЦР вже частково зробила те, що належало до компетенції Установчих зборів. Нарешті після тривалих дискусій 11 квітня Мала Рада ухвалила рішення, за яким Установчі збори мали відкритися 12 травня.

Досить неоднозначно розвивалась діяльність ЦР у сфері, умовно кажучи, «правового забезпечення економічної реформи». Тодішня ідеологія цих перетворень визначалася проголошеними III Універсалом гаслами «упорядкування праці робітництва», «доброго упорядкування виробництва», «рівномірного розподілення продуктів споживання». Відповідно ЦР мала виробити правові підходи до реалізації своєї концепції «соціально орієнтованої» й «керованої» економіки, однак знов-таки не змогла досягти цієї мети – насамперед через політичні причини, хоча водночас прийняла ряд важливих актів⁶.

В таких умовах, на перший план вийшла проблема власної валюти і на початку січня ЦР ввела в дію Тимчасовий закон про випуск державних кредитних білетів УНР. До речі, газета «Киевская мысль» від 5 січня 1918 р. наводить цікаві цифри: 20 грудня (за ст.ст.) державний банк мав у своєму розпорядженні тільки 40 000 карбованців. Завдяки енергійним

⁵ Історія держави і права України. Ч. 2. Підручник для юрид. вищих навч. закладів і факультетів / За ред. акад. А. Н. Рогожина. – К. : Ін Юре. – 1996. – С. 60.

⁶ Там само.

заходам Генерального Секретаріату 21 грудня вдалося роздобути близько 4 000 000, а наступного дня – ще 5 000 000 карбованців, 23 грудня планувалося випустити вже нові українські гроші на суму 50 000 000 кредитними білетами по сто карбованців. Сам же закон установлював, що «кредитові білети УНР в розмірі строго обмеженому дійсними потребами грошового обігу під забезпечення тимчасово, до утворення золотого фонду, майном республіки: нетрями, лісами, залізницями і прибутками У.Н.Р. від монополій, після одержання на відповідну суму зобов'язань Державної скарбниці Республіки», причому, відповідно до ст.4 закону, «кредитові білети У.Н.Р. випускаються в карбованцях, при цьому один карбованець містить 17,424 долі щирого золота і ділиться на 200 шагів»⁷.

Потім – у квітні 1918 р. – ЦР ще раз повернулася до цих питань. 13 квітня на її розгляд надійшов проект закону «Про випуск зобов'язань державної скарбниці УНР на забезпечення грошових знаків в сумі 500 млн. карбованців» (на його прикладі можна побачити співвідношення між карбованцем і гривнею: 500 млн крб. дорівнювали 1 млрд гривень). Того ж дня ЦР ухвалила закон «Про випуск розмінних марок державної скарбниці» (ці марки випускалися «в розмірі дійсної потреби, але не вище суми 60 млн. крб.» і «ходили» паралельно з металевою розмінною монетою)⁸.

Деякі акти регламентували також питання оподаткування. Зокрема, відповідно до вже згаданого закону від 9 грудня 1917 р. «всі державні податки і прибутки, які на підставі існуючих законів» збиралися на території УНР, визнавалися «прибутками державного скарбу УНР». Прагнучи відшукати нові джерела поповнення державного бюджету, 19 грудня ЦР встановила податок на телефонні апарати (по 25 крб. «на всі апарати, що маютья в роботі на 1 січня 1918 року»). У свою чергу, Генеральний Секретаріат закликав населення сумлінно вносити податки й не затримувати їх виплату, наголосивши, що «віднині всі гроші підуть на корисні цілі і задоволення потреб самого ж народу».

⁷ Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 279.

⁸ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко. – М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 70.

Справжнім каменем спотикання для ЦР виявився державний бюджет, щодо якого і не було прийнято основоположних рішень. 11 квітня 1918 р. вона ухвалила закон «Про тимчасові розписи видатків на 1918 рік». Поки буде «складений і ухвалений перший бюджет Української Народної Республіки, – зазначалося в цьому законі, – державні видатки переводяться на підставі тимчасових розписів, які складаються відповідними міністерствами на кожні чотири місяці 1918 року і подаються через Міністерство фінансів на затвердження Центральної ради»⁹.

Певні кроки встигла зробити Центральна Рада й у галузі соціального законодавства, ухваливши – щоправда, з великим запізненням – закон «Про 8-ми годинний робітничий день», причому цей закон виходив за межі своєї назви, адже визначав не тільки тривалість «робітничого часу» (48 годин на тиждень), а й регламентував особливості найму жінок і неповнолітніх, «зверсточно» (понаднормову) і нічну працю, торкався «особливо шкідливих виробництв і робіт» та інших подібних питань. Наприклад, ст.11 установлювала «число свят, коли працювати не належить» – крім церковних свят, ще й «національне державне свято 3 і 4 Універсалу (7 листопада і 9 січня)», а ст.1 давала точне формулювання того, що вважається підприємством: «Будинки, квартири і будівлі, або загороджені місця, в яких, або в безпосередньому господарському зв'язку з якими наємні робітники, при участі хазяїна, чи під надзором відповідних осіб, їм поставлених, працюють над: а) добуванням сирових матеріалів; б) вироблюванням яких-небудь речей, або продуктів: в) переробкою, конструюванням; укладкою чи отділкою на продаж або в зв'язку з продажем; г) пранням, отділкою і чисткою одяжі, білизни та матерії»¹⁰.

Передбачалось також формування Головної Ради праці, на яку, судячи з деяких статей закону, покладалася реалізація державної політики в цій галузі. Точніше з'ясувати її функції важко, оскільки, як зазначалося в ст.4, «основи організації Головної Ради праці будуть видані окремо поруч з виданням закону про інспекцію праці» (ці акти так і не були розроблені).

⁹ Історія держави і права України : Підручник /За ред. А. С. Чайковського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С.272

¹⁰ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 72

Загалом же цей закон став своєрідним прообразом українського кодексу законів про працю. Власне кажучи, він так і приймався – «на відміну і поправку ст.ст. 64, 65, 68 – 70, 72 – 75 та 193 – 201 устава о промисленном труде». На жаль, подальша робота в цьому напрямі припинилася.

Загалом же ЦР, хоч і поверхнево, але торкнулася багатьох галузей права – від кримінального (скасувавши III Універсалом смертну кару і видавши 19 листопада 1917 р. закон про амністію) до міжнародного (наприклад, 26 квітня Генеральне писарство подало на її розгляд законопроект про приєднання до Всесвітнього поштового союзу, відповідно до ст.1 якого міністерствам закордонних справ та пошт і телеграфів доручалося «війти в цій справі в зносини з Центральним Бюро Союзу в Берні і підписати відповідні конвенції»).

Оцінюючи ж фактори, що негативно вплинули на законодавчу діяльність ЦР, слід, звичайно, вказати на брак часу й професіоналізму. Проте найбільш дошкульно на ній відбилися політичні й ідеологічні пристрасті. Найхарактерніший приклад – проблема власності.

Як відомо, лідери ЦР постійно декларували прагнення будувати Українську державу на соціалістичних засадах. От, наприклад, слова М. Грушевського: «Укріплюючи авторитет нашої соціалістичної Центральної Ради... хочемо зробити нашу Україну твердою кріпостою соціалізму. Будуємо республіку не для буржуазії, а для трудящих мас України, і від сього не відступимо»¹¹.

Відтак усе визначило ставлення лідерів Українського уряду й до приватної власності. М. Грушевський вживає терміни «належати» й «користуватися». В документах ЦР бачимо ті ж самі терміни – «право порядкування», «право користування», тобто перед нами аналог нинішньої ситуації, що склалася навколо права власності, – ті ж аргументи, ті ж вагання. М. Грушевський, зокрема, був рішучим противником самого поняття «святість прав власності». Особливе заперечення у нього викликала ідея приватної власності на землю. Він навіть висловлював надію, що настане час, коли «власність на землю, торгування землею» вважатимуть явищем таким же ненормальним, як «власність на людину-раба». III Універсал скасував-таки право приватної власності на землю, а IV Універсал це підтвердив. Та майже водночас, з інтервалом у тиждень, Генеральний Секретаріат розповсюдив офіційне

¹¹ Грушевський М. На порозі нової України / М. Грушевський. – К., 1994. – С. 80-81.

роз'яснення до Універсалу, яким підкреслив, що скасування прав власності на землю й перехід їх до трудящого народу слід розуміти у тому смислі, що право власності на ці землі переходить до народу Української Республіки, отже, від дня опублікування універсалу колишнім власникам забороняється землю продавати, купляти, закладати, дарувати чи передавати будь-кому у власність іншим способом, оскільки ці землі визнаються Українською Центральною Радою такими, що належать не окремим особам чи інституціям, а всьому трудящому народу, причому скасування власності, як і весь земельний лад на Україні, мають підтвердити й остаточно встановити Українські Установчі збори»¹².

Відповідно до цього документа заборонялися самочинні загарбання земель і всі подібні «революційні» акції.

Аналогічний принцип було покладено і в основу земельного законопроекту, ухваленого наприкінці січня 1918 р. Ним, зокрема, встановлювалося, що «землі відводяться земельними комітетами в приватнотрудове користування сільським громадам та добровільно складеним товариствам». Незважаючи на те, що закон дозволяв «перехід права користування сільським громадам в спадщину», основна проблема – людини, землі й волі – так і лишилася неврегульованою, що, зрозуміло, врешті-решт призвело до фатальних наслідків. За свідченням В. Винниченка, «сільський пролетаріат в обіцянки і закони про землю не вірив, більше вірячи реальним фактам», а з іншого боку, ідея «соціалізації землі» викликала обурення заможного селянства, «яке ляяло Центральну Раду й агітувало на всі боки проти неї»¹³.

Більше того, одночасно з Конституцією, де взагалі нічого не сказано про власність, Центральна Рада нарешті ухвалила поправку до земельного закону, відповідно до якої ділянки розміром до 30 десятин не підлягали «соціалізації». Проте це вже нічого не могло змінити.

Такі ж політичні фактори визначили й долю закону про національно-персональну автономію від 9 січня 1918 р., де йшлося про право національних меншин на «самостійне устроєння... національного життя в межах Української Національної Республіки». Відповідно до

¹² Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 73.

¹³ Винниченко В. Відродження нації : В 3 част. – Київ, Відень, 1920. – Ч. 2; 1920. – 340 с.; Ч. 3; 1920. – с. 309-310.

закону для здійснення національного права передбачалося, зокрема, укладання спеціальних «національних кадастрів», або іменних списків, відповідних національностей, що «публікуються для загальної відомості» (щоправда, «кожен громадянин має право вимагати як свого включення в даний національний кадастр, так і виключення з нього, з огляду на заяву про неналежність його до даної нації»), а остаточне розв'язання всіх проблем національних меншин, зокрема компетенція «національних союзів» (саме їм, згідно з законом, «виключно належить право представництва даної нації, яка живе на території УНР, перед державними і громадськими установами»), підлягало розгляду й затвердженню українським парламентом¹⁴.

Ще складнішою виявилось доля закону про громадянство від 2 – 4 березня 1918 р., згідно з яким громадянином УНР визнавався той, «хто народився на території України і зв'язаний з нею постійним перебуванням». Усі інші могли клопотатися про прийняття їх в українське громадянство. Однак таке право реально мали лише ті особи, які постійно прожили три роки на території й «ніколи не були помічені в діяльності, спрямованій проти української державності», причому ця норма не поширювалася на тих, хто до 1 серпня 1917р. мешкав за межами УНР і тільки під час війни прожив три роки на території республіки як військовослужбовець або біженець. Крім того, в законі визначалися досить стислі терміни подання клопотань, пов'язаних з українським, а також дозволом на перебування в Україні для іноземців і тих, хто відмовився від українського громадянства (знов-таки від трьох до шести місяців)¹⁵.

В листопаді 1917 р. з ініціативи Генерального секретарства освіти й під головуванням М. Грушевського відбулася нарада, яка розглянула питання про державний герб України. Як згадує М. Грушевський, нарада мала «чисто теоретичний характер» – ішлося про потребу конкурсу в цій справі. Серед варіантів гербів були традиційні. М. Грушевський звертає увагу на три основні символи: «гарно стилізований геральдичний знак неясного значення, щось вроді тризубця ще з часів Київської Русі», «пізніший київський герб, як його бачимо на печатках київського

¹⁴ Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 280.

¹⁵ Там само.

магістрату XVII-XVIII вв. – лук або арбалет, самостріл», і, нарешті, «козак з мушкетом і шаблею» як герб козацького війська. Однак, тоді вони не «пройшли», бо, на думку М. Грушевського, в умовах творення нового ладу, нових державних форм новим має бути й герб, щоб не виникало «підозріння в замислах відроджування старого»¹⁶.

Комісія розглянула ці проекти і 12 березня 1918 р. Мала Рада затвердила «Володимирів тризуб» державним гербом УНР, хоча деякі фахівці, зокрема видатний художник Г. Нарбут, палко обстоювали ідею «козака з мушкетом»¹⁷.

Паралельно досить мляво (після першої хвилі ентузіазму) продовжувалася робота над проектом Конституції УНР, яка була прийнята 29 квітня 1918 р.

Перший же погляд на Конституцію переконує в тому, що вона позбавлена будь-якого ідеологічного чи пропагандистського забарвлення. Вважає те, що у вирі політичних пристрастей народився такий абсолютно нейтральний документ, де лише перша стаття «прив'язана» до тодішніх реалій. «Відновивши своє державне право ... Українська Народна Республіка, Україна, для кращої оборони свого краю, для певнішого забезпечення права і охорони вільностей і добробуту своїх громадян проголосила себе і нині єсть державою суверенною, самостійною і ні від кого не залежною»¹⁸.

Всі ж інші 82 статті Конституції, об'єднані в сім розділів (ось їх назви: загальні постанови, права громадян України, органи влад УНР, Всенародні збори УНР, Суд УНР, національні союзи, про часове припинення громадянських свобод), послідовно визначали соціально-політичну організацію українського суспільства. Так, відповідно до Конституції «верховним органом власті УНР являються всенародні Збори, які безпосередньо здійснюють вищу законодавчу владу в УНР і формують органи виконавчої і судової власті в УНР» (ст. 23), вища виконавча влада належить «Раді Народних Міністрів» (ст. 24), а «вищим судовим органом є Генеральний Суд УНР» (ст. 25); місцеве самоврядування представлене «виборними Радами» (так саме Радами) й

¹⁶ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 77

¹⁷ Там само. – С. 78

¹⁸ Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 296

«Управами громад і земель», причому лише їм «належить єдина безпосередня місцева влада: міністри УНР тільки контролюють і координують їх діяльність, безпосередньо і через визначених ними урядовців, не втручаючись до справ, тим Радам і Управам призначених, а всякі спори в цих справах Суд Української Народної Республіки» (ст. 26).

Одне з центральних місць у Конституції посідають права людини – їх перелік майже нічим не відрізняється від того, що тепер включено до нової Конституції сучасної України: свобода слова, друку, совісті, «переміни місця перебування», недоторканість «домашнього вогнища», рівність усіх громадян незалежно від народження, віри, національності, майнового стану¹⁹.

День 29 квітня 1917 року став останнім у діяльності ЦР. З її повалення закінчився перший етап відродження української державності, який охопив шлях від широкої національно-територіальної автономії до проголошення повної незалежності України та прийняття Конституції.

Теплого весняного дня 1917 року в Києві відбувся конгрес хліборобів, на якому були представлені селяни, поміщики, представники банківського капіталу.

Учасники конгресу, обговорювали поточні питання, вимагали встановлення в Україні сильної влади у формі гетьманату. У результаті 29 квітня 1918 року гетьманом нового державного утворення – Гетьманат «Українська держава» – був проголошений Павло Скоропадський.

Розпочався новий період в історії української державності. На зміну республіканській соціалістичній демократії ЦР прийшла форма правління, близька до монархічної, яку можна вважати за перехідну до президентської республіки.

Гетьман був вищим органом влади. Йому належала вся повнота законодавчої та виконавчої влади. Гетьман виступав також як «найвищий керівничий всіх зносин Української держави з закордонними державами» і, «верховний воєвода української армії і флоту»²⁰.

На відміну від ЦР, яка в процесі формування національної правової системи зіткнулася лише з проблемою російського законо-

¹⁹ Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 296-303.

²⁰ Історія держави і права України. Ч. 2. Підручник для юрид. вищих навч. закладів і факультетів / За ред. акад. А. Н. Рогожина. – К. : Ін Юре. – 1996. – С. 70.

давства, гетьманська адміністрація мала визначитися ще із законодавчою спадщиною самої ЦР.

Одразу ж зазначимо, що єдиного узагальнюючого акта на зразок, скажімо, закон ЦР від 25 листопада 1917 р., який однозначно розв'язав би це питання, видано не було. Замість цього гетьманська адміністрація, визнавши де-факто весь масив попереднього законодавства пішла шляхом вибіркового скасування насамперед тих актів, що суперечили соціально-економічним і політичним засадам Української держави.

9 липня 1918 р. було скасовано закон про національно-персональну автономію, ухвалений ЦР, а відтак і передбачені ним три міністерства у справах росіян, поляків та євреїв.

Дія деяких інших актів припинялася по мірі того, як приймалися відповідні закони Української держави. Так, 1 липня 1918 р. гетьман затвердив закон про українське громадянство, остання стаття якого скасовувала закон про громадянство, ухвалений ЦР 2-4 березня того ж року. Новий закон визначав, що всі російські піддані, що перебували на Україні під час видання цього закону, визнаються громадянами України.

Крім того, офіційні роз'яснення з приводу чинності попереднього законодавства надходили й з боку відповідних відомств. Так, 16 травня Міністерство праці розповсюдило циркуляр «Про закони, циркуляри і розпорядження Російського Уряду і Центральної Ради» з повідомленням, що всі акти стосовно робітничого читання, «якщо вони не скасовані Урядом Української Держави», зберігають свою чинність²¹.

Законодавча діяльність гетьманської адміністрації розпочалася з визначення правових основ самого процесу законотворчості. Так, уже в «Законах про тимчасовий державний устрій України» в загальних рисах було окреслено його принципові засади, причому одразу ж декларувалося, що «Українська Держава керується на твердих основах законів, виданих в установленій черзі» (тобто бачимо тодішній варіант сучасного гасла «правової держави»). Встановлювалося також, що «після положення законів надається обов'язкова сила від часу, призначеного для того в самім законі», а скасувати закон можна було «тільки силою закону». Щодо процедури розробки законів, то їх мали готувати

²¹ Історія держави і права України : Підручник /За ред. А. С. Чайковського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 281.

відповідні міністерства й передавати «на обміркування Раді Міністрів», а «по ухвалі» законопроекти остаточно затверджувалися гетьманом²².

Крім того, міністрам надавалося право видавати розпорядження щодо «розвитку та пояснення законів», причому всі такі розпорядження знов-таки підлягали «попередньому ухваленню» Радою Міністрів.

2 червня вийшов закон «Про порядок складання законопроектів, внесення їх до Ради Міністрів, обговорення, затвердження їх та про форму і порядок оголошення законів», який встановлював функції уряду в процесі законотворчості, керівництво яким покладалося на Державну канцелярію і особисто Державного секретаря.

Безпосередньо подавав законопроект на розгляд Ради Міністрів і, говорячи сучасною мовою, здійснював його всебічну експертизу. Цей закон передбачав навіть висновок Міністерства фінансів щодо тих законопроектів, які потребували додаткових асигнувань з державного бюджету.

Безперечними є успіхи гетьманської адміністрації в галузі законодавчого забезпечення культури й освіти, проте не слід забувати, що для гетьманського законодавства характерне й посилення каральної спрямованості. Назвемо хоча б тимчасовий закон «Про заходи боротьби з розладнанням сільського господарства» від 8 липня 1918 р. та ухвалений радою Міністрів закон «Про передачу хліба 1918 року в распоряження держави» від 15 липня 1918 р.²³.

За місяць до падіння Гетьманщини П. Скоропадський у своїй черговій «Грамоті до Українського народу» від 22 жовтня 1918 р. підбив певні підсумки законодавчої діяльності Української держави: «В області внутрішнього життя наше правительство видало ряд законів, котрі кладуть міцну основу для майбутньої державності України. За цей час видано більше 400 інших закондатних актів, метою котрих являлось упорядкування політичного й економічного життя України. Наслідки всіх заходів незабаром виявились у загальному підвищенні економічного і

²² Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 307-308.

²³ Там само. – С. 310-311.

культурного добробуту краю, що являється головною запорукою тривалості самої держави»²⁴.

Восени 1918 року криза гетьманського уряду зростала, активізувала свої дії опозиція. Як згадує В. Винниченко, «13 листопада в помешкані Міністерства шляхів (Бібіковський бульвар) відбулося історичне таємне засідання, яке закінчило добу Гетьманщини на Україні...»²⁵. Засідання підтвердило й ухвалило розроблений раніше план повстання і обрало Директорію. До її сказу ввійшли В. Винниченко (голова), С. Петлюра, Ф. Швець, А. Макаренко та П. Андіївський.

19 грудня війська Директорії вступили до Києва. Так почався третій період новітньої історії української державності. На політичну арену знову повернулося Українська Народна Республіка, проте свою попередницю вона нагадувала лише назвою і деякими загальними рисами.

У той час, коли Директорія прийшла до влади, на території України зберігали чинність закони колишньої Російської імперії й Тимчасового уряду, законодавство Центральної Ради та Гетьманщини. До цього переліку слід додати й законотворчість радянської влади. Таким чином, основною проблемою, з якою одразу ж довелося зіткнутися Директорії, стала проблема колізій з цими попередніми й паралельними системами законодавства.

Щодо законодавства радянських органів влади позиція Директорії була абсолютно однозначною. Наприклад, 17 травня Голова Директорії затвердив постанову Ради народних комісарів «Про анулювання на території України чинності законів та декретів як так званого Совітського Українського, так і Совітського Російського Уряду і про відновлення чинності законів УНР»²⁶.

Ставлення Директорії до своїх попередників було значно складнішим. Директорія не скасувала в повному обсязі законодавство гетьмана П. Скоропадського, проти якого вона виступила, і водночас не відновила законодавства Центральної ради. Не було відновлено дію Конституції УНР та цілого ряду інших законодавчих актів, зокрема земельного закону. 8 січня 1919 р. Директорія ухвалила новий земельний

²⁴ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 108.

²⁵ Винниченко В. Відродження нації : В 3 част. – Київ, Відень, 1920. – Ч. 2; 1920. – 340 с.; Ч. 3, 1920. – С. 108.

²⁶ Вказана праця. – С. 155

закон, принципові положення якого, втім, майже не відрізнялися від попереднього.

Загалом же Директорія обрала той самий шлях, що й гетьман Скоропадський – шлях часткового скасування одних і відновлення чинності інших законів, залежно від своїх політичних інтересів.

Наприклад, 24 січня 1919 р. Директорія скасувала «закон бувшого гетьманського уряду від 9 липня 1918 р. «Про відміну закону 9 січня 1918 року про національно-персональну автономію й про скасування національних міністерств». У національній політиці Директорія виходила з таких самих принципів, що й ЦР, тому без особливих проблем відновила дію цього закону, але повторимо ще раз – так і не ухвалила якогось узагальнюючого акта щодо законодавства ЦР (як і гетьмана П. Скоропадського).

У цілому ж законодавство «другої» УНР можна охарактеризувати як законодавство перехідного періоду, коли закони приймаються лише за необхідності «швидкого реагування» на конкретні обставини. Звідси й відсутність власних кодифікованих актів у галузі цивільного й кримінального законодавства.

Те саме стосується й конституційно-правової сфери. Крім відомих уже тимчасових законів про форму влади в УНР, слід назвати ще й проект Конституції. Початок черговому стану конституційного процесу за часів «другої» УНР поклав сам Петлюра, коли на засіданні Ради народних міністрів 6 травня 1920 р. урочисто пообіцяв «виробити й прийняти Конституцію». Однак минуло ще 2 місяці, поки уряд УНР утворив «правительственну комісію з 15 членів по розробці повної конституції Української держави», яка закінчила свою роботу наприкінці жовтня, однак підготовлені нею проекти було опубліковано вже на території Польщі. Не вдаючись до докладного аналізу цього проекту, зауважимо, що в ньому закріплювалася модель президентсько-парламентської республіки, визначена законом про тимчасове верховне управління та порядок законодавства в УНР від 12 листопада 1920 р.²⁷

Якщо оцінювати рівень законотворчості Директорії, то, насамперед, на неї впливали суто політичні фактори. Наприклад, зміна політичного курсу припинила підготовку проекту закону «Про трудові ради». В інших випадках закони були відірвані від реалій життя й не давали очікуваного

²⁷ Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. – О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – С. 157.

ефекту. Наприклад, закон «Про відновлення гарантій недоторканності особи на території УНР» від 28 лютого 1919 р. – влада не мала жодних можливостей для його реалізації.

Негативно вплинула на стан законодавства також відсутність належної законотворчої процедури й чіткої системи нормативно-правових актів. Подібно до ЦР, Директорія не визначила критерії, яким мали відповідати закони й постанови, не кажучи вже про статус таких актів, як декларації та універсали.

Самобутньою була законотворчість у Західноукраїнській Народній Республіці (далі ЗУНР).

Услід за російською багатонаціональною імперією почала розпадатися й Австро-Угорська монархія. Політичні кола поневолених нею народів готувалися до захоплення влади. Здійснюючи відчайдушні спроби врятувати монархію, 16 жовтня 1918 р., імператор Карл I Габсбург видав маніфест, який передбачав перетворення напівабсолютистської Австро-Угорщини у федеральну державу. Союзні, так звані, «коронні землі дістали право створити свої представницькі органи – «національні ради». У зв'язку з цим, 18 жовтня 1918 р., у Львові за ініціативою Української парламентської репрезентації (парламентські фракції українських депутатів в австрійському парламенті) був скасований з'їзд усіх українських депутатів від Галичини і Буковини обох палат австрійського парламенту, а також від духовенства і студентства.

З'їзд зі свого складу обрав Українську Національну Раду – як вищого представника національно-політичних інтересів українського народу в Австро-Угорщині. Її главою був обраний голова Української парламентської репрезентації Євген Петрушевич. Уже 19 жовтня Українська Національна рада видала Маніфест у якому проголошувалось, що землі Східної Галичини, північної Буковини і Закарпаття утворюють єдину українську територію. Таким чином, 19 жовтня 1918 р. можна вважати днем початку процесу утворення на західноукраїнських землях незалежної української держави. Цей процес тривав деякий час і був завершений, коли законом від 13 листопада 1918 р. була визначена офіційна назва держави – Західноукраїнська Народна Республіка (ЗУНР).

Особливістю законодавчої діяльності ЗУНР біла її соціальна спрямованість. Глибокі революційні зміни відбулися в соціально-політичній сфері, економіці, освіті, культурі.

Конституційне право. Одним з найперших конституційних законів ЗУНР був Закон про державну мову від 15 лютого 1919 року, який проголосив державною мовою українську. Національним меншинам гарантувалося право вживати у взаємовідносинах з державними органами рідну мову, а державним органам відповідати рідною мовою тих громадян, що звертаються до них. Національним меншинам гарантувалося право вільно розвивати свою мову, мати свої школи, бібліотеки, видавництва, періодичні видання²⁸.

8 квітня 1919 року був прийнятий Закон про громадянство та правовий статус чужинців. Бажаючі стати громадянами ЗУНР повинні були до 20 травня 1919 року подати заяву. Якщо вони цього не робили вважалися чужинцями і за бажанням могли виїхати за кордон. Закон встановлював вимоги до державних службовців. Ними могли бути тільки громадяни України «бездоганної поведінки», які володіють українською мовою і мовою хоч би однієї з національних меншин, віком до 40 років. Не мали права займати службові посади особи, які притягалися до кримінальної відповідальності, вчинили моральні та протиправні поступки, «користолюбні» особи, неоплатні боржники. Особи, які приймалися на державну службу, мали пройти однорічне стажування, скласти усний і письмовий іспити із законодавства, показати вміння діловодства, знання своїх прав і обов'язків.

Дуже важливим конституційним актом був «Тимчасовий Основний закон» від 13 листопада 1918 року. Він закріплював верховенство і суверенітет народу, який здійснював конституційні права через представницькі органи, обрані на основі загального, рівного, прямого, тасного голосування за пропорційною виборчою системою. Виборче право мали всі громадяни ЗУНР незалежно від національності, віросповідання, статі. До виборів Сейму вся повнота законодавчої влади належала Українській Національній Раді, виконавча – Державному Секретаріатові.

Закон визначав назву держави – «Західноукраїнська Народна Республіка». Закон затвердив герб ЗУНР – золотий лев на синьому полі та прапор – синьо-жовтий.

²⁸ Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – С. 345.

Значення Тимчасового закону виходило за рамки його п'яти статей. На зміну консервативним поглядам австро-угорської доби прийшли нові ідеї, які виражали волю і прагнення всього українського народу.

Земельне право. Для вирішення земельної проблеми Українська Національна Рада створила спеціальну комісію на чолі з Л. Бачинським.

14 квітня 1919 року Рада ухвалила Закон про земельну реформу. Цей закон регламентував націоналізацію поміщицьких, монастирських, церковних земель, а також земель різних установ. З них мав бути створений єдиний земельний фонд ЗУНР. Порядкувати фондом мали Загальна земельна і повітові комісії з трирічними повноваженнями, а також сільські комісії, склад яких підлягав щорічному оновленню. Ст. 18 Закону окремо передбачала, що «наділення землею не може бути розпочато до закінчення війни і повернення жовнів і полонених додому». Отже, фактично йшлося про зволікання земельної реформи. Закон передбачав покарання за порушення процесу проведення «впорядкування» земельної справи. Так, ст. 21 Закону надавала місцевій владі право ув'язнювати на 6 місяців, а також додатково штрафувати на суму до 10 тисяч крон за «самовільне захоплення землі», розподіл націоналізованих Законом будинків, інвентарю тощо. Земельний закон абсолютно не відповідав вимогам селянства. Приймаючи його, керівництво ЗУНР намагалося уникнути звинувачень з Заходу у більшовизмі та схильності до революційного розподілу поміщицьких земель.

Серед інших законів, прийнятих ЗУНР, слід відзначити закон «Про основи шкільництва» від 13 лютого 1919 року. Закон визначав державний статус шкіл на західноукраїнських землях, дозволяв засновувати приватні школи, передбачав право національних меншин на викладання предметів рідною мовою²⁹.

Таким чином, підсумовуючи правотворчу та законодавчу діяльність українських національних органів влади в 1917 – 1920 рр. можна зробити висновок, що вона була інтенсивною, активною, різноманітною та неоднозначною. Кожний період супроводжувався винахідливістю і творчим підходом в державотворенні, враховуючи внутрішні та зовнішні обставини. Незважаючи на все, у ці переломні роки були закладені

²⁹ Музиченко П. П. Історія держави і права України : Навч. посібн. – 6-те вид., перероб. і доп. / П. П. Музиченко. – К. : Знання, 2007. – С. 223.

основи і поглиблювалися українські національні державотворчі традиції у новітню добу.

Список використаних джерел

1. Грушевський М. Спомини / М. Грушевський. – Київ, 1989. – № 9. – С. 97-153.
2. Грушевський М. На порозі нової України / М. Грушевський. – К., 1994. – 152 с.
3. Винниченко В. Відродження нації : В 3 част. – Київ, Відень. 1920.; Ч. 2. 1920. – 340 с.; Ч.3 1920. – 542 с.
4. Українська Центральна рада. Документи і матеріали. У 2. т. Т. І. – К. «Наукова думка». 1996. – 579 с.; Т. II. – К. – 1997. – 423 с.
5. Історія держави і права України. Ч. 2. Підручник для юрид. вищих навч. закладів і факультетів / За ред. акад. А. Н. Рогожина. – К. : Ін Юре. – 1996. – 448 с.
6. Історія держави і права України : Підручник / За ред. А. С. Чайковського. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 512 с.
7. Копиленко О. Л. Держава і право України 1917-1920 : навч. посібник. / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – 208 с.
8. Конституційні акти України. 1917-1920. Невідомі конституції України Філософська і соціологічна думка. – К., 1992. – 272 с.
9. Музиченко П. П. Історія держави і права України : Навч. посібн. – 6-те вид., перероб. і доп. / П. П. Музиченко. – К. : Знання, 2007. – 471 с.
10. Про заходи з відзначення 100-річчя подій Центральної революції 1917-1921 років : Указ Президента України від 22.01.2017 №17/2016 / [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://baze.krist.com.ua/?page-id=2577>
11. Скоропадський Павло. Спогади. Кінець 1917-грудень 1918 / Павло Скоропадський. – Київ : Філадельфія, 1995 – 494 с.
12. Хрестоматія з історії держави і права України : Навч. посіб. для студентів юридичних спеціальностей вищих навч. закладів / За ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. – 800 с.

РОЗДІЛ II. СИСТЕМА КОНСТИТУЦІЙНИХ АКТИВ-ЗАКОНІВ І ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В ПЕРЕХІДНИЙ ПЕРІОД

Конституційні акти-закони, правотворчість і правозастосування у перехідному суспільстві є однією із складних проблем, що стоїть перед вченими-правознавцями і юристами-практиками України, інших пострадянських країн, і тому, вимагає глибокого правового аналізу. Всі посттоталітарні країни, що трансформувалися від тоталітаризму до демократії, закономірно проходять особливий перехідний період, у якому правова реальність являє собою комбінацію тоталітарної правової системи, що руйнується, і правової системи демократичного суспільства, що народжується.

В науковій літературі в цілях більш глибокого і різностороннього дослідження правової, а разом з нею державної і суспільної системи у перехідний період процес їх становлення і розвитку в нових умовах розглядається поетапно, диференційно. Зокрема, деякі автори виділяють і розглядають окремо три етапи перехідного періоду: етап оформлення перехідної влади, етап констиціювання нового строю і етап стійкого функціонування держави і права.

Стосовно до України і до інших країн з децентралізованою в минулому економікою, перший етап характеризувався тим, що під лозунгом її децентралізації фактично проходив її «розподіл» між владою. Офіційна назва цього діяння «ваучеризація» і «приватизація». Роль видавничих в цей період нормативних актів, головним чином у вигляді президентських указів, зводилась до забезпечення даного «економічного перетворення».

На другому етапі перехідного періоду, який розпочався приблизно всередині 90-х років і триваючого до цих пір, усе більше місце в системі нормативних актів поряд з указами президентів та іншими підзаконними актами займають закони.

Третій етап розвитку правової системи в перехідний період – етап стійкого її функціонування – є закінченим етапом еволюції державно-правової системи перехідного періоду.

Як правило, всі основні характеристики цієї перехідної правової реальності являють собою комбінацію сутнісних рис, як тоталітарної

правової системи, так і демократичної. Так, наприклад, нової правової норми в посттоталітарній правовій системі зіштовхуються зі старими неправовими й антиправовими нормами, авторизм у правотворчості й правозастосуванні співіснує з елементами анархії, тенденції конструювання – з елементами саморозвитку, принципами монізму – з принципами плюралізму тощо. Так, наприклад, в Україні нові правові норми чинної Конституції 1996 р. зіткнулися зі старими неправовими й антиправовими нормами чинних законів, прийнятих щодо утворення незалежної України. Це позбавляє Основний Закон України механізму реалізації, що створює закони так званого другого рівня. Звідси можна зробити висновок про необхідність такої правотворчості в Україні, яка б розвивала конституційні норми і принципи у законодавстві «другого рівня». Без такого законодавства Конституція України буде звичайною правовою декларацією¹.

Другою особливістю правотворчості і правозастосування у посттоталітарному суспільстві є те, що вони здійснюються в умовах хаосу чи дезорганізації перехідного суспільства і його правової системи.

Можна погодитися з наведеними міркуваннями про те, що посттоталітарні соціуми позбавляються традиційних для тоталітарного суспільства політико-правових інститутів, а також інститутів статусно-рольової соціальної ідентифікації і потрапляють внаслідок цього в стан «хаосу», «дезорганізації» або, за висловом М. Мамардашвілі, у стан «життя після смерті»². У цих дезорганізованих посттоталітарних суспільствах соціальні і правові цінності, норми, зразки поведінки починають орієнтуватися на принципово іншу систему відліку, ніж у стабільному, «модерновому» (Ю. Габермас) суспільстві. У таких умовах частина суб'єктів суспільства виявляється здатною пристосуватися до нових політико-правових цінностей і норм, дістати новий соціальний статус і місце в економічній і політичній структурах, що формуються. Інша частина не в змозі чи не бажає приймати нові цінності, норми, зразки поведінки і поповнює шари маргіналів. Таким чином, в умовах швидкої, обвальної трансформації соціуму одні стани і групи

¹ Філософія права. Навч. посібник О. Г. Данільян, А. Л. Байрачна, С. Г. Максимов та ін. За заг. ред. О. Г. Данільяна. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 160.

² Мамардашвілі М. К. Как я понимаю философию / Общ. ред. Ю. П. Сенокосова. – М., 1990. – С. 251.

народжуються чи набувають пріоритетного розвитку, а інші втрачають свою колишню роль.

Характерним для перехідного періоду є маргіналізація українського суспільства, яка відбувається у двох напрямках. Виїзд із країни найбільш продуктивної робочої сили завдає суспільству не тільки інтелектуальну, економічну і продовольчу шкоду, але й послаблює православну культуру, зменшує життєві сили народу і тим самим позбавляє його кращих перспектив. Невисокий рівень критеріїв відбору емігрантів на українському кордоні, особливо із дальнього закордону – представників Африки, Азії і Близького Сходу, із країн, культура яких не співпадає по типу з нашою, – сприяє не тільки збільшенню рівня безробіття, посилює маргіналізацію і кримінальність суспільства, але й приносить чужі елементи в нашу психологію і культуру, побут і спосіб життя, «роздрібнює їх». При високому відсотку іноземців в соціальній структурі, що заселили нашу землю, – стихійно виникають явища та процеси, здійснюючі вплив на основи східнослов'янського менталітету, а в кінцевому рахунку – національну державність³. Конкретизація правового регулювання повною мірою залежить від того розуміння сутності права, яке покладено в основу конкретної концепції праворозуміння⁴.

Маргіналізм негативно впливає не тільки на криміногенний стан суспільства й деформує світогляд його громадян, але й, що не менш небезпечно, впливає на самосвідомість суспільства. У цьому плані проблема маргіналізму прямо інтегрується в проблематику філософсько-антропологічних досліджень у праві.

Слід підкреслити, що в перехідному суспільстві дійсно з'являються такі соціальні верстви, саме життя й конкретні обставини боротьби за виживання й нестерпне існування яких приводять їх до злочинів. Злочин для них – не суспільна аномалія, а спосіб вижити, «нормальний» спосіб життя. В ієрархії соціальних груп українського суспільства потенційні маргінали утворюють нижні шари, вони складають 26%, передмаргінали – 15-16% і власне маргінали – 8%⁵.

³ Черниш М. О., Черниш О. М. Маргінальний синдром: Монографія. – Одеса: ВМВ, 2010. – С. 313-315.

⁴ Плавич В. П. Проблеми сучасного праворозуміння: теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз: [монографія] / Володимир Плавич. – Одеса: Астропринт, 2011. – С. 156.

⁵ Черниш М.О. Антисоціальна сутність та криміногенний характер маргіналізму: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – С. 12-13.

Збільшення кількості маргіналів в українському суспільстві очевидне, життєпрояви їх небезпечні для решти людей і нищівні для майбутнього нації. І хоча кримінологи вже давно проаналізували механізм зародження злочину – мотиви, психологічні відділення й причини, а західні соціологи досить повно розглянули структуру й причини виникнення маргіналізму, у дослідженні схеми «маргіналізм – криміногенність» є два істотних недоліки. Перший – в тім, що причини криміногенності більше пов'язуються зі станом моральності й психологією потенційного злочинця, ступенем впливу на нього конкретного соціального середовища й рідко або майже не пов'язуються з економічним ладом суспільства, політичним режимом тощо. Другий – доводиться констатувати, що вчені обходять цю гостроактуальну проблему.

Основними засадами дослідження маргіналізму, його асоціальної природи, антисоціальної сутності та криміногенного характеру є роботи Є. Парка та О. Стоунквіста. У вітчизняній науковій літературі сформувався кілька основних підходів до проблеми маргіналізму: соціально-філософський, соціологічний, кримінологічний, культурно-етнічний.

Разом з тим у філософській та юридичній науках відсутні комплексні дослідження загального процесу маргіналізації суспільства та його джерел, причин антигромадських проявів маргіналізму й умов переростання девіантної поведінки в протизаконну, злочинну. Відсутні загальнотеоретичні філософсько-правові наукові розробки.

У маргінальному середовищі маргіналізм як необхідність виражений повніше, аніж у маргінальному індивіді. Він непорушний, непохитний, самодостатній і відтворюваний. Його сутнісна необхідність полягає в тому, що він реалізує себе завжди. Це відбувається, безумовно, тому, що він реалізує себе завжди. Це відбувається, безумовно, тому, що маргіналізм є обов'язковим результатом диференціації індивідів, малих і великих соціальних груп і ієрархії суспільства. З тією ж необхідністю, з якою суспільство породжує маргіналізм, він реалізує себе доступними йому засобами і способами в самому суспільстві.

Маргінальне середовище може бути кримінальним як спонтанно, так і цілеспрямовано. Якась його частина спеціалізується на злочинності і цим живе: кишенькарі, домушники, торговці наркотиками тощо. Це професіонали. Вони заражають злочинністю сугестивну масу маргіналів: набирають помічників замість вибулих, навчають молодих, створюють кримінальні групи. Найбільшу небезпечність для людства представляє

собою злочинна діяльність відомих міжнародних організацій. Це колумбійські та мексиканські організації, які постачають наркотики: «Ла Коза Ностра» (США); «Сицилійська мафія» (Італія), яка спеціалізується на фінансових махінаціях та гральному бізнесі⁶. Кримінальна група – особливий прошарок осіб, де лідерство зустрічається статистично частіше, ніж в основному маргінальному середовищі з необхідністю. Вона виникає без сторонніх зовнішніх впливів, тому що викликана внутрішніми рушійними силами, причинами й спрямуванням. Маргінальне середовище формує особливий потяг до справедливого, з його точки зору, перерозподілу матеріальних та духовних благ, а тому завжди штовхає цих осіб на майнові злочини.

Політичними передумовами маргіналізації та маргінальної криміналізації суспільства виступають: 1) слабкість держави і бездіяльність її керівництва; 2) непрофесіоналізм політичної еліти; 3) політичні репресії; 4) кримінальність влади; 5) створення макроекономічних передумов зубожіння основних груп населення; 6) нездатність держави формувати високоморальну духовну атмосферу суспільства.

Потрібні радикальні заходи, спрямовані на покращення економічної ситуації в країні. Тоді можна буде розраховувати на скорочення соціальних верств, самі конкретні обставини боротьби за вживання яких приводять до злочинів. Підвищення рівня добробуту населення дозволить посилити й виховну роботу, насамперед серед молоді.

Крім вищезазначеного, розробляється стратегія і тактика боротьби з організованою злочинністю; удосконалюється законодавство; цілеспрямовано проводиться підготовка національних кадрів; планується подальший розвиток досліджень під керівництвом Національної академії наук; забезпечуються необхідні організаційні та матеріально-технічні ресурси; приймаються стратегічні і тактичні рішення як в рамках забезпечення національної безпеки в цілому, так і координації органами прокуратури діяльності правоохоронних органів.

Всупереч процесу стримування маргіналізації суспільства державними заходами, маргінальне середовище продовжує поставляти в суспільство своїх нових представників. Принципи кримінально-виконавчого права потенційно забезпечують ресоціалізацію засуджених, які відбувають покарання як не пов'язане з позбавленням волі, так і

⁶ Terrorism and the International Legal Order / Peter J. Krieken. – Hague: TMC Asser Press, 2005. – P. 112-114.

пов'язане з ним. У принципах відбитий баланс суспільних інтересів та інтересів окремих громадян. Система надання допомоги особам, звільненим від відбування покарання, державний нагляд і суспільний контроль за ними сприяють відновленню даних осіб у цивільних правах, реконструкції їх зв'язків із суспільством у праці, в родині, в об'єднаннях громадян. Проте тут також державні заходи повинні знаходити адекватне виконання в областях і самих пенітенціарних закладах. Крім того, велику увагу необхідно приділяти індивідуальним формам постпенітенціарної ресоціалізації осіб зазначеної категорії.

Кількість людей, що перебувають на соціальному «дні» чи за межами встановлених правом відносин, досягла загрозливої міри. Позамежовий (надграничний) відсоток маргінальних груп (26%) створює стратегічну небезпеку для майбутнього нації та національної безпеки. Переважну більшість в сукупності детермінант маргіналізму складають соціально-економічні та етичні причини, тому ставка на репресивні й адміністративні методи подолання небезпечних для суспільства явищ, насамперед насильницьких і майнових злочинів (тим більше, виключно силами правоохоронних органів), позитивного результату дати не може. Добитися скорочення маргінальних прошарків і зниження злочинності в крайні можна лише шляхом використання комплексних заходів довгострокового характеру, що формують фундамент надійного добробуту і високої моральності більшої частини населення. Пріоритетне місце серед них повинне належати соціально-економічним і виховно-освітнім засобам, а держава і громадянське суспільство повинні працювати узгоджено.

Складніше стоять справи щодо трансформацій маргіналів етнічного і культурологічного характеру, які відзначаються консервативністю й знаходяться далі від держави та її мети, мало доступні навіть інститутам громадянського суспільства, інтереси яких принципово співпадають з інтересами особи. Ще більшу складність являє проблема скорочення верств соціально-психологічних і біологічних маргіналів, причини формування яких обумовлені не тільки всією сукупністю суспільних відносин, але й біологічною природою людини, що переживає останнім часом значні деформації⁷.

⁷ Плавич В. П. Програмна цільова система зниження рівня маргіналізму і злочинності в Україні / В. П. Плавич // Матеріали 66-ї наук. конф. професорсько-

Найбільш небезпечні і баластні для суспільства такі три групи: малозабезпечене населення (бідна частина середнього класу) – потенційні маргінали, бідні і убогі («дно» суспільства), передмаргінали і найнебезпечніші в кримінальному плані антисоціальні прошарки, власне маргінали, криміногенні маргінали. Багато з них на обліку не перебувають: вони не зайняті, не зареєстровані безробітні, не одержують пенсій, не мають допомоги, тобто знаходяться за межами суспільних відносин і поза соціальним полем, що підлягає статичному обліку. Всі вони є продуктом суспільних відносин, отже, здатні кількісно зменшуватися, збільшуватися або зникати залежно від ступеня справедливості суспільного ладу, що формує ці відносини⁸.

Серед чинників, які зумовлюють правопорушення (суспільство, держава, середовище, особисті риси і ситуація), вирішальну роль відіграє безпосередньо середовище, тобто мікросередовище. Під мікросередовищем розуміють ту сферу життєдіяльності людини, в якій на основі групових норм поведінки розподіляються і реалізуються її основні соціальні ролі, шляхом прямих контактів з подібними собі здійснюється щоденне проведення часу, що відіграє вирішальну роль у формуванні світогляду особи, зокрема суспільних і антигромадських установок.

Зазначимо, що структура кримінального покарання, яка існує в Україні, не відповідає західноєвропейській кримінальній політиці, значною мірою не збігається з аналогічною політикою більшості штатів США. Ця невідповідність виявляється в підвищеній частці такої міри, як позбавлення волі, у всіх видах карного покарання, що вступили в силу на підставі рішення суду. Таке становище не можна вважати позитивним або негативним, демократичним або антидемократичним. Критерієм ефективності або негативним, демократичним або антидемократичним. Критерієм ефективності або недоцільності прийнятих заходів кримінального характеру може бути зниження порогу злочинності серед населення, що має стійку тенденцію на перспективу при підвищенні рівня можливості і суспільного контролю до процесу реєстрації і розкриття злочинів, виявлення злочинців і доведення справи до суду.

викладацького складу і наукових працівників імені І. І. Мечникова (23-25 листопада 2011 р., м. Одеса). – Одеса: Астропринт, 2011. – С. 3-8.

⁸ Плавич В. П. Проблеми зниження маргіналізму і злочинності в Україні // Правова держава. Випуск 23. – К.: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 165-170.

Більшість учених (А. Ф. Зелінський, Ю. М. Антонян, Ю. Ф. Іванов, В. А. Бачинін та ін.) наголошують на взаємообумовленому характері біологічних і соціальних чинників, а деякі з них вважають неправомірним питання про те, що саме є вирішальною силою. Проте ніхто не заперечує, що такі біологічні відмінності існують, що вони успадковуються і можуть виявлятися у поведінці людини, посилюватися, послаблюватися і нейтралізуватися під впливом чинників соціального середовища: добробуту, культури, освіти. У складному переплетенні спадкового і соціального, особистого і середовищного, закономірного і випадкового можна виявити різні системи як позитивних, так і негативних залежностей. У підготовці злочинця до злочину і в його здійсненні беруть участь усі попередні чинники, які впливали в житті на людину. На практиці існує низка випадків, коли в одних кримінальних і маргінальних обставинах переважає спадковість і ще більше – біологічні чинники, тобто набуті. Аналіз свідчить, що виникненню маргіналізмів можуть сприяти фізіологічні та психологічні чинники, спадкові та набуті особливості психіки. Вирішальну роль у процесі становлення людини як соціальної істоти і законослухняного громадянина відіграють соціальні чинники.

Серед соціальних чинників маргінальне середовище найбільш впливове. Саме воно найбільшою мірою породжує причини психічних і соматичних захворювань, що обумовлюють біологічну маргінальність. Воно здатне соціальними засобами закріплювати біологічні дефекти людини, у багато разів посилювати їх і відтворювати нижні прошарки суспільства у великому масштабі.

Права, надані громадянину Конституцією, спрямовані на запобігання виникненню маргінальних груп у суспільстві. Держава підтримує рівність усіх перед законом: чоловіків і жінок, представників різних націй і регіонів, класів і соціальних прошарків тощо. У зв'язку з цим обмежені крайні прояви хибно зрозумілої свободи. З одного боку, обмежуються привілеї або дискримінація за ознаками раси, кольору шкіри, релігійними та іншими переконаннями, статі, етнічного і соціального походження, майнового статусу і місця проживання. А з іншого – неприйнятним є екстремізм у будь-яких формах: як зазіхання на ці права, незаконне втручання в особисте і родинне життя, зміна ладу насильницьким шляхом, пропаганда війни, насильства, розпалення ворожнечі. Держава конституційно проголошує соціальні програми,

спрямовані на пом'якшення нерівності, яка природно виникає між людьми. Політику держави, спрямовану на зменшення соціального прошарку маргінальних груп у населенні, безумовно, варто визнати правильною, хоча і запізною⁹.

Ще однією особливістю правотворчості і правозастосування у посттоталітарному суспільстві є амбівалентність (Е. Блейлер) правосвідомості людей, причини якої криються в інертності свідомості людини, нездатності її відразу звільнитися від віджилої системи ціннісно-правових встановлень тоталітаризму, що може декларативно відкидатися особистістю, але продовжує існувати на рівні підсвідомості, визначаючи світорозуміння людини, її цінності, інтереси, вчинки. Так, наприклад, у перехідних суспільствах проблема легітимації процедур вирішення суперечностей і конфліктів стоїть найбільш гостро. Старі правові норми і правила врегулювання конфліктів втратили свою легітимність, а нові правові норми ще не встановилися, не стали стереотипними. Тому будь-які дії влади з вирішення гострих соціальних суперечностей, як правило, зустрічають у суспільстві різку критику. Зокрема, незастосування вищої міри покарання проти убивць і гвалтівників розцінюється у суспільстві як м'якотілість і небажання боротися з тяжкими злочинами, а застосування – як жорстокість, порушення принципів гуманізму, норм міжнародного права. Досить часто носіями цих взаємовиключних точок зору можуть виступати одні й ті самі особистості.

Важкий шлях сучасних посттоталітарних держав до правового суспільства збільшений і ускладнений також цілою низкою негативних факторів, успадкованих від минулого. Серед них: багатовікові традиції деспотизму і кріпосництва, засилля влади і безправ'я населення, стійкий і широко поширений правовий нігілізм, відсутність скільки-небудь значимого досвіду свободи, права і самоврядування, демократії, конституціоналізму, політичної і правової культури, підпорядковане становище суспільства у його відносинах з нічим не обмеженою і безконтрольною владою і т.д. До цих негативних факторів можна додати й ряд інших: відсутність діючого механізму реалізації нових правових норм, необхідної кількості підготовлених правознавців для здійснення

⁹ Плавич В. П. Проблеми зниження маргіналізму і злочинності в Україні // Правова держава. Випуск 23. – К.: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 168-169.

правової реформи, перевага у ряді випадків у ході її здійснення вузьковідомчих, кланових чи навіть кримінальних інтересів та ін. Усе це ускладнює і без того непросту ситуацію з проведенням правової реформи в Україні, перешкоджає цивілізованому правозастосуванню на її правовому полі.

Питання про можливість здійснення правової реформи у посттоталітарному суспільстві є в сучасній філософії права дискусійним. Ряд дослідників стверджує, що правову систему тоталітарного суспільства можна реформувати, інші переконані, що правова система тоталітаризму не підлягає «реформації». У цьому їх переконує зазначена вище принципова несумісність правових систем тоталітаризму і демократії. На їх погляд, необхідно не реформувати правову систему тоталітаризму, а створювати чи відтворювати принципово нову правову систему. Інакше таке «поліпшення» на довгі роки інфікує право України вірусами тоталітаризму. До прихильників другої позиції належить і видатний правознавець С. Алексєєв. На його думку, після «багатьох десятиліть комуністичного панування сама логіка необхідних змін вимагає не стільки «реформ» у загальноприйнятому їх розумінні (багато комуністичних фантомів взагалі не піддаються такого роду реформуванню), скільки в першу чергу відновлення нормальних, природних умов і механізмів життєдіяльності»¹⁰. Однак таке руйнування «до основи» державних структур, «а потім» побудова на їх основі нових дуже сильно віддає нігілізмом, що в Україні вже мав місце і залишив після себе сумну пам'ять. Істина, мабуть, лежить десь посередині цих двох протилежних точок зору: якісь правові інститути, структури, іманентні лише тоталітарному режимові та його політико-правовій системі, мають бути ліквідовані, інші реформовані, причому збережено все позитивне, що було створено в останні десятиліття існування радянського суспільства, коли тоталітаризм у СРСР видозмінився, набув більш «м'яких», згладжених форм.

Таким чином, правова реформа в Україні, як і в інших посттоталітарних країнах, теоретично можлива і вона вже проводиться на практиці (з усіма її плюсами і мінусами). Реформування правової системи на демократичних засадах означає проведення комплексної

¹⁰ Алексєєв С. С. Філософія права. – М., 1997. – С. 255-258.

державно-правової реформи, що включає реформування законодавчої, виконавчої та судової гілок влади ¹¹.

Конституційне законодавство перехідного періоду представляє собою систему актів-законів, діючих на даному етапі в тій чи іншій державі. Поряд з конституцією держави ця система включає в себе також усі закони, з допомогою яких вносяться в неї зміни, доповнення або проводяться вилучення з неї окремих положень. До системи конституційних актів відносяться також закони, видання яких передбачено самою конституцією.

Характер, сутність й зміст конституційного законодавства, так як і інші його відрізняючі параметри, ніколи не залишались незмінними. Вони постійно змінювались і розвивались. Конкретному етапу розвитку суспільства – його економічному, соціально-політичному, культурному та іншому рівню завжди відповідає обумовлений рівень розвитку конституційного законодавства.

Законодавець завжди прагне до найбільше адекватному відображенню в конституційному законодавстві умов життя і рівня розвитку суспільства, відбуваючих у суспільстві процесів. Особливо це торкається відбиття в конституції співвідношення протидіючих і одночасно взаємодіючих соціально-класових і інших суспільних сил. В перехідних період в силу його динамічності і відносно швидкого протікання яскраво проявляється як реальний, так і формальний характер конституції та інших конституційних актів, виявляється збігання чи, навпаки, розбіжність формальної, писаної конституції з реальною, життєвою «конституцією» – самим життям зі всіма його протиріччями та складністю; виявляється адекватність чи неадекватність відбиття в конституції реальних економічних і соціально-політичних процесів відбуваючихся у суспільстві.

В тому випадку, коли конституція адекватно відбиває і закріплює сформовані у суспільстві і державі перехідного типу відносини, вона сприяє і, навіть, прискорює розвиток цих відносин, а разом з ними – розвиток суспільства, державного права. В протилежному випадку, вона штучно гальмує їх еволюцію.

¹¹ Філософія права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів // О. Г. Данільян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. За ред. доктора філос. наук, проф. О. Г. Данільяна. – Харків: Право, 2009. – С. 200-209.

Виявляє особливості конституційного законодавства перехідного періоду звільнює його зі звичайним періодом, неможливо не звернути увагу також на наступні обумовлюючі їх фактори. З допомогою конституційного законодавства перехідного періоду створюються умови для формування нового – державного й суспільного устрою, а також створюються умови для формування нової системи економічних відносин у суспільстві, для становлення і розвитку економічної основи нового державного і суспільного ладу, розвитку процесу правотворчості та правозастосування.

В конституційному порядку закріплюються нові принципи організації і функціонування державного і суспільно-політичного життя з його впливом на весь перехідний процес, включаючи процес правотворчості.

Так, в кожній пострадянській конституції установлені принципи розділу влади. Формування цього положення не завжди однакові, але суть їх завжди одна – влада повинна не зосереджуватися в одних руках або в системі яких-небудь однорідних – законодавчих, виконавчих або судових органів, а бути розподілена збалансовано між ними.

Майже у всіх конституціях, прийнятих у перехідний період, закріплюється принцип політичного та ідеологічного плюралізму. В конституційному законодавстві перехідного періоду більш значна увага у порівнянні з колишнім законодавством приділяється основним правам і свободам громадян.

Кожна конституція, прийнята в перехідний період, містить в собі окрему главу або, навіть, розділ присвячений основним правам, свободам і обов'язкам громадян. Принципово важлива проблема з правами і свободами у перехідний період, рівно як і в інший час, замикається в тому, що вони дуже широко декларуються, але далеко не завжди гарантуються і реалізуються.

В конституційних законах перехідного періоду у порівнянні з конституційними актами минулих періодів розвитку суспільства і держави, не тільки проголошується більш широке коло прав і свобод громадян, але й більш відкрито і розвернуто визначаються їх обмеження.

Наприклад, ряд обмежень прав і свобод громадян в Конституції України. Так, згідно ст. 34 «в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або суспільного порядку з ціллю попередження безпорядків або злочинів, для охорони здоров'я населення, для захисту

репутації або прав інших людей, для упередження розголошення інформації, отриманої конфіденційно або для підтримки авторитету і прозорості правосуддя. Закон може бути обмеженим здійсненням таких прав, як «право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань». Може бути обмежене також право «вільно збирати, зберігати, використовувати і розповсюджувати інформацію усно, письмово або іншим способом по своєму вибору» – (ст. 34). В Конституції України також «обмеження відносно членства в політичних партіях... членства в професіональних союзах» (ст. 36) та ін.

Особливістю конституційного законодавства перехідного періоду є те, що багато які із пострадянських конституцій проголошуються основними законами прямої дії. Актом прямої дії визнається Україна, ст. 8 якої установлює, що «норми Конституції України є нормами прямої дії»,

Важливою особливістю конституційного законодавства перехідного періоду у порівнянні з минулим періодом є визнання пріоритету міжнародного права перед внутрішньодержавним (національним) правом.

Різні підходи до вирішення проблеми взаємовідношення міжнародного і внутрішньодержавного права, як справедливо відмічають експерти в даній області, не є випадковими.

Узгодження міждержавної правової системи з міжнародною правовою системою передбачає узгодження не тільки норм права національної правової системи, а й узгодження у сферах правовідносин і правосвідомості. В кожній державі має бути створений досить чіткий механізм узгодження національного права з міжнародно-правовою системою. Річ у тім, що примат міжнародного права не може тлумачитися вельми прямолінійно в тому сенсі, що всі внутрішньодержавні норми знаходяться в «підкоренні» у норм міжнародного права. У цьому сенсі слід наголосити, що конституція держави, яка втілює її суверенітет, не може автоматично бути «підкореною чи підпорядкованою» нормам міжнародного права, міжнародним договорам, що укладені державою з іншими членами світової спільноти. Означені проблеми вимагають ретельного вивчення, обговорення, відповідного толерантного дискусування, з метою збереження людської цивілізації та утвердження ідеалів світового порядку¹². Аналогічні норми приймаються і в конституціях

¹² Оніщенко Н. Співвідношення внутрішньодержавного і міжнародного права: наукові реалії сьогодення // Вісник Національної Академії правових наук. – № 1 (80). – 2015. – Харків: Право. – С. 29-35.

інших пострадянських державах; ще раз підтверджує специфіку особливостей конституцій перехідного етапу з порівнянням із конституціями минулих, неперехідних періодів.

Закони з'являються на світ та включаються до чинного законодавства внаслідок складної діяльності, яка загалом називається правотворчістю. Правотворчість – це складова частина ширшого процесу – правотворення, який об'єднує в собі всі форми й способи виникнення, розвитку та зміни права, в тому числі й правотворчість¹³.

За своєю сутністю правотворчість постає як системоутворюючий фактор у механізмі правової регуляції життя суспільства та динамічного розвитку права, засіб постійного корегування масштабів характеру безпосереднього правового регулювання суспільних відносин з чітко визначеним порядком здійснення правотворчих дій у формі певних стадій¹⁴.

Ще за радянської доби в юридичній літературі дану проблему розробляли такі відомі правознавці: Н. Абдуллаєв, С. Алексєєв, М. Венгеров, Б. Дрейшев, В. Казимирчук, Д. Керимов, Д. Ковачев, В. Кудрявцев, М. Маліков, О. Міцкевич, П. Недбайло, А. Піголкін, С. Поленіна, І. Самощенко, В. Тихомиров, Ф. Фаткулін, Р. Халфіна, Л. Явич, та ін. Проте, у полі зору науковців знаходилися проблеми, пов'язані переважно з загальними проблемами правотворчості як засобу правового регулювання, юридичної техніки, ефективності законодавства тощо. Однак на сьогодні, наукові здобутки минулих років потребують відповідного перегляду та аналізу з огляду на сучасні демократичні зміни, що відбуваються у різноманітних сферах життя суспільства та держави, з огляду на докорінну зміну наукової доктрини щодо сучасного праворозуміння, на євроінтеграційний курс державної політики тощо.

На сучасному етапі дослідження даних питань поповнюються працями українських теоретиків права, зокрема: І. Биля, С. Бобровник, Ю. Бойко, Ж. Дзейко, Т. Данильченко, Є. Євграфової, Н. Железняка, В. Журавського, О. Зайчука, Ю. Заніка, А. Колодія, О. Копиленко, Г. Мурашина, Н. Оніщенко, А. Олійник, Н. Пархоменко, В. Погорілко,

¹³ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості // Філософія і політологія в контексті сучасної культури. Науковий журнал, Вип. 1 (10). – Дніпро (Дніпропетровськ), 2016. – С. 185.

¹⁴ Грималюк П. О. Делегована правотворчість: теоретико-правові засади. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П. О. Грималюк. – К., 2013. – С. 12-15.

П. Рабіновича, О. Скакун, Н. Стьопіної, В. Шаповала, та ін.; а також російських дослідників, до яких належать І. Бачило, М. Баймуратов, С. Дробязко, В.Кудрявцев, А. Малько, М. Марченко, В. Нерсисянц, В. Платонов та ін. Вказані працівники зосереджують значну увагу на дослідженні таких аспектів правотворчості, як соціальні аспекти правотворення, принципи та види правотворчості, нормотворча діяльність та проблеми систематизації законодавства, законотворчість та законодавча техніка, етична культура юристів, також ними висвітлюються актуальні питання правотворчості як ефективного засобу міжнародно-правового регулювання тощо.

Незважаючи на зазначене, дана проблема потребує дослідження не лише на теоретичному рівні, але й і у практичній площині. З урахуванням потреб сьогодення потребують подальших ґрунтовних досліджень питання діалектичної взаємодії правотворчості та реалізації права, реалізації принципу верховенства та демократизму в правотворчій діяльності, визначення мети, факторів та функцій правотворчості у світлі сучасних демократичних перетворень у суспільстві, недостатньо дослідженим та впровадженим залишається питання етичної відповідальності осіб, які займаються правотворчою діяльністю тощо.

Отже, дослідження названої проблеми потребує її комплексного аналізу з урахуванням нових напрямів розвитку вітчизняної юридичної науки з переосмисленням наукових поглядів минулого, з вирішенням теоретико-прикладних аспектів даної проблеми, її особливостей і подальшого розвитку.

Цілями правотворчості є створення якісного законодавства та забезпечення ефективності його реалізації у суспільних відносинах; забезпечення зрозумілості змісту нормативно-правового акту та його доступність для громадян та ін.

Правотворчість – це категорія, яка притаманна як національному, так і міжнародному праву, і у держав, як учасників міжнародного спілкування або членів міжнародних організацій, або ж як спосіб надання правової форми волевиявленню міжнародних організацій.

З метою вдосконалення правотворчості в Україні, адаптації законів й інших нормативно-правових актів до європейського законодавства необхідно розробити механізм забезпечення виконання цієї роботи. Мета механізму – поліпшити порядок розроблення, прийняття й реалізації

нормативної продукції; виробити єдині правила адаптації правових норм з урахуванням вимог європейського законодавства.

Оскільки будь-який ратифікований Україною міжнародний акт стає, відповідно до ст. 9 Конституції України, частиною національного законодавства України, тому немає потреби дублювати їх у будь-яких інших законах. У національне законодавство необхідно вносити обов'язкові положення, нормативи й стандарти, викладені в безпосередньо прийнятих директивах ЄС, але враховуючи доцільність для України, з огляду на можливі економічні, політичні та соціальні наслідки прийняття відповідних правових норм.

Питання запозичення слід вирішувати таким чином: 1) не дублювати у законах норми, що містяться у міжнародних нормативних актах, що набули статусу частини національної правової системи у встановленому порядку, а відсилати до них, як до норм прямої дії, що вищі за юридичної силою, ніж будь-які, окрім конституційних; 2) проводити своєчасну нормотивізацію положень загального характеру, що містяться в імplementованих міжнародних нормативно-правових актах на рівні загальних і спеціальних законів внутрішнього законодавства з метою уникнення прогалин та колізій у національній правовій системі, що можуть виникнути внаслідок зазначеної вище рецепції норм міжнародного права¹⁵.

Принципи правотворчості можна класифікувати на дві групи: основні (засадничі) принципи, на яких засновується правотворча діяльність у цілому незалежно від її виду, суб'єктів та сфери регулювання (верховенство права, демократизм, законність, гуманізм, науковість, професіоналізм); та допоміжні (другорядні), які можуть слугувати основою правотворчої діяльності залежно від конкретного виду даної діяльності, специфіки відповідної галузі регулювання суспільних відносин.

Основними напрямками удосконалення правотворчої діяльності та подальшого розвитку законодавства України є оперативне реагування на зміни у суспільному житті з боку законодавця та своєчасне оновлення законодавства; підготовка та реалізація концепції змін (реформування) певних галузей (підгалузей) законодавства; постійний соціально-правовий моніторинг нормативно-правової бази; послідовність у

¹⁵ Плавич В. П. Сучасна правотворчість: проблеми теорії і методології [монографія] / В. П. Плавич, С. В. Плавич. – Одеса, Астропринт, 2013. – С. 111-112.

вироблені концептуальних підходів до законотворчості; удосконалення правового моделювання як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальної доцільності їх запровадження; удосконалення механізму народного обговорення законопроектів та оптимального врахування його результатів у нормотворчості державних органів; урахування світового досвіду по запровадженню відповідних заходів у нормопроекуванні тощо¹⁶.

Існуючі в Україні етичні норми, що відображені, зокрема, в «Загальних правилах поведінки державного службовця», у «Тимчасовому Регламенті Верховної Ради України» та деяких інших нормативно-правових актах, потребують суттєвого доопрацювання з урахуванням критичної, на наш погляд, політичної ситуації, особливо пов'язаної з відсутністю у значної частини парламентаріїв етики своєї професійної діяльності та покликання, а також з урахуванням позитивного досвіду минулих років та іноземної практики у даній сфері. Особливу увагу потрібно звернути на конкретизацію засобів відповідальності народних депутатів за порушення етичних правил та вимог, відпрацювання механізму застосування відповідними державними органами такої відповідальності.

Кодекс парламентської етики повинен бути розроблений з метою створення ефективної законодавчої діяльності депутатів парламенту, встановлення засад поведінки парламентаріїв і забезпечення, відповідно до загальноприйнятих етичних норм, поваги до вітчизняного парламентаря, його високого авторитету у суспільстві, визначення порядку вирішення етичних конфліктів та засобів відповідальності за порушення етичних норм і вимог.

Отже, аналізуючи питання теорії та законодавчої практики, які визначають морально-правові засади діяльності та поведінки осіб, що займаються правотворчою діяльністю, можна виокремити єдині, спільні критерії та принципи, на яких має ґрунтуватися ефективна, творча та відповідальна робота вказаних осіб.

¹⁶ Плавич В. П. Ціннісні орієнтири у правотворчій діяльності та її особливості в умовах трансформації суспільства / В. П. Плавич // Альманах права. Свобода, рівність і єдність особи в правовій теорії та юридичній практиці. Випуск 4. До 95-річчя створення Національної Академії наук України. – К., 2013. – С. 62-65.

Це високий рівень правосвідомості та правової культури, визнання соціальної цінності права, поваги до прав людини, професіоналізм, компетентність, чесність, принциповість, неупередженість, відчуття особистої відповідальності, знання юридичної техніки, знання політики та законодавства, конфіденційність, добросовісне відношення до своїх професійних обов'язків тощо.

Таким чином, виходячи з цього можна сформулювати власне визначення етики правотворчої діяльності як різновиду професійної етики – це сукупність вимог, правил, приписів суспільства і держави, що визначають моральні якості особистості фахівців (а саме – державних службовців (інших професійних груп та фахівців), які займаються правотворчою (нормопроектною) діяльністю), та їх ставлення до своїх професійних обов'язків, виходячи із специфіки вказаної діяльності.

Правотворчість у перехідному суспільстві є однією зі складних проблем, що стоїть перед вченими-правознавцями і юристами-практиками у країнах, що трансформуються від тоталітаризму до демократії, правова реальність становить комбінацію тоталітарної правової системи, що руйнується, і правової системи демократичного суспільства, що народжується. Іншою особливістю правотворчості в посттоталітарному суспільстві є те, що вона здійснюється в умовах хаосу чи дезорганізації перехідного суспільства та його правової системи. За таких умов частина суб'єктів суспільства виявляється здатною пристосовуватися до нових політико-правових цінностей і норм, дістати нового соціального статусу і місце в економічній і політичній структурах, що формуються. Інша частина не в змозі чи не бажає приймати нові цінності, норми, зразки поведінки і поповнює лави маргіналів¹⁷.

Політичними передумовами маргіналізації та маргінальної криміналізації суспільства виступають: 1) слабкість держави і бездіяльність її керівництва; 2) непрофесіоналізм політичної еліти; 3) політичні репресії; 4) кримінальність влади; 5) створення макроекономічних передумов зубожіння основних груп населення; 6) нездатність держави формувати високоморальну духовну атмосферу суспільства.

Потрібні радикальні заходи, спрямовані на покращення економічної ситуації в країні. Тоді можна буде розраховувати на скорочення соціальних верств, самі конкретні обставини боротьби за вживання яких

¹⁷ Черниш М. О. Антисоціальна сутність та криміногенний характер маргіналізму: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. О. Черниш. – К., 2011. – С. 10-12.

призводять до злочинів. Підвищення рівня добробуту населення дозволить посилити й виховну роботу, насамперед, серед молоді¹⁸.

В умовах швидкої, обвальної трансформації соціуму одні стани і групи народжуються чи одержують пріоритетний розвиток, а інші втрачають свою колишню роль. Кількість людей, що перебувають на соціальному «дні» чи за межами встановлених правом відносин, досягли загрозливої міри. Поза межовий (надграничний) відсоток маргінальних груп (26%) створює стратегічну небезпеку для майбутнього нації та національної безпеки.

Особливістю правотворчості в посттоталітарному суспільстві є амбівалентність правосвідомості людей, причини якої криються в інертності свідомості людини, нездатності її відразу звільнитися від віджитої системи ціннісно-правових установлень тоталітаризму, що може декларативно відкидатися особистістю, але продовжує існувати на рівні підсвідомості, визначаючи світорозуміння людини, її цінності, інтереси, вчинки. Шлях посттоталітарних держав до правового суспільства ускладнюється також рядом негативних чинників, а саме: відсутність діючого механізму реалізації нових правових норм; стійкий і значно поширений правовий нігілізм; відсутність скільки-небудь значущого досвіду свободи, права і самоврядування, демократії, конституціоналізму, політичної правової культури; підпорядковане становище суспільства в його відносинах з нічим не обмеженою і безконтрольною владою і т. д.

Логіка необхідних змін вимагає не стільки «реформ» у загальноприйнятому їх розумінні, скільки відновлення нормальних природних умов і механізмів життєдіяльності. Однак, мабуть, правові інститути, структури іманентні лише тоталітарному режимові та його політико-правовій системі, мають бути ліквідовані, інші – реформовані. Реформування правової системи потребує проведення комплексної державно-правової реформи.

Юридичні норми – результат пізнання законодавцем об'єктивної реальності. Вони мають не лише прескриптивний, а й дескриптивний зміст. Крім того, заперечення істинного підходу до змісту юридичних

¹⁸ Плавич В. П. Програмна цільова система зниження рівня маргіналізму і злочинності в Україні / В. П. Плавич // Матеріали 66-ї наук. конф. професорсько-викладацького складу і наукових працівників імені І.І. Мечникова (23-25 листопада 2011 р., м. Одеса). – Одеса: Астропринт, 2011. – С. 5.

норм призводить до непереборного розриву між правотворчістю і застосуванням норм права. Юридичні норми – це спосіб упорядкування дій груп та індивідів на основі загальноприйнятих норм і цінностей. Правове нормування є процесом, який забезпечує управління.

Застосування системного підходу в поєднанні з інструментально-функціональною методологією, передусім, припускає, що право – це структурно-елементне утворення, первинним елементом якого виступають правові норми, які для забезпечення найбільш ефективного регулювання окремих видів суспільних відносин об'єднуються в більш-менш великі групи.

Повага до права у сфері його реалізації, на нашу думку, характеризується намаганням не лише неухильно виконувати і дотримуватися приписів правових норм, узгоджувати свою поведінку із зразками, еталонами поведінки, які пропонуються правовими та моральними нормами, а й соціально-активними діями сприяти зміцненню законності та правопорядку у процесі правотворчої діяльності.

Закони «з'являються на світ» та включаються до чинного законодавства внаслідок складної діяльності, яка загалом називається правотворчістю. Правотворчість – це складова частина ширшого процесу – правотворення, який об'єднує в собі всі форми й способи виникнення, розвитку та зміни права, в тому числі й правотворчість.

Сьогодні відбувається переоцінка цінностей, перегляд деяких позицій, повернення до природно-правової доктрини. Відповідно до цього, слід зазначити, що право – це, передусім, система права, а не система норм. За своєю суттю право має соціальне, а не державне походження. Тому правотворчість не є привілеєм лише держави.

Правотворчість – це завершальна стадія формування права. Через правотворчість правова система переважно наповнюється регулятивною енергією.

Важливим моментом правотворчості є те, що вона реалізує об'єктивні потреби в зміні регулювання деяких суспільних відносин, які виникають у суспільстві або щойно виникли. Процес правотворчості має будуватися з урахуванням базових соціальних цінностей, з формуванням позитивних ціннісних настановлень, зорієнтованих на загальнолюдське, абсолютне й вічне.

На наш погляд, становлення України як правової держави неможливе без утвердження в ній режиму конституційної законності як у сфері правотворчості, так і в сфері державотворення.

Але сьогодні, в умовах трансформації, сучасне українське суспільство характеризується багатьма різними суперечностями, серед яких спостерігається прийняття значної кількості нормативно-правових актів і водночас поширення тотального правового нігілізму. Причому прийняті закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються і не цінуються¹⁹. Економічна криза в країні породжує деформовану свідомість, бездуховність, свавілля в усіх сферах суспільного життя, що дуже небезпечно для подальшого розвитку правової держави і суспільства загалом.

Нині у більшості громадян України посилюється почуття підозрілості і критицизму у сприйнятті дійсності, цинізму у ставленні до ідеалів, надмірного скептицизму й недовіри. Це на тлі поширення культури споживання і мотивації корисливості, зміни уявлень про межі допустимого в соціально-політичній поведінці, про правила й норми співіснування в соціумі, також на тлі зростання правової не писемності і правового нігілізму. Щодо останнього, то проблема полягає у практичній відсутності цілісної системи правового виховання, що спричинює низький рівень правової культури суспільства загалом.

Відомо, що до правотворців відносять фахівців – нормопроектувальників. Абсолютна більшість із них – службовці центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Їх діяльність нерозривно пов'язана з етикою поведінки, внутрішньою культурою. Тому ці питання регулюються законодавством, у чому й виявляється його моральність. Державні службовці повинні відповідати високим вимогам, які викладено у Законі України «Про Державну службу» та цільових підзаконних актах. Серед останніх слід особливо виділити «Загальні правила поведінки державного службовця», які затверджені наказом Головного управління державної служби України від 23 жовтня 2000 р. № 58.

¹⁹ Політико-правові стандарти ЄС і напрями вдосконалення моделі модернізації сучасної України: Наукова записка / Відповідальний редактор В. П. Горбатенко. – К.: Інститут держави і права імені В. М. Корещького НАН України, 2011. – С. 52-54.

Вказаним нормативно-правовим актом визначаються, зокрема, основні засади та вимоги щодо діяльності та професійного рівня державних службовців.

Укладачі законопроектів повинні дбати про ефективне застосування укладених ними законів та їх наслідки для належного державного управління.

У зв'язку з цим, постійним завданням держави залишається підвищення якості правових рішень, зниження до мінімуму кількості неефективних нормативних актів. Однією із причин повільного реформування суспільства є відставання системи законодавства від його потреб.

Отже, розглянувши поняття, зміст, ознаки, цілі та фактори правотворчості як юридичної категорії та явища правової дійсності, з'ясувавши її співвідношення з подібними юридичними категоріями, ми можемо узагальнити вищевикладений теоретичний матеріал.

Існуючі в літературі підходи щодо визначення поняття правотворчості умовно можна звести до таких трьох визначень: 1) правотворчість як форма правового регулювання суспільних відносин; 2) правотворчість як вид соціальної діяльності та форма відображення правової дійсності; 3) правотворчість як спеціальна діяльність державних органів по виданню, зміні чи скасуванню правових норм (законотворчість); 4) правотворчість як процес творення права, який сягає за межі суто державного правового регулювання.

Отже, правотворчість – це специфічна форма діяльності органів державної влади (як правило), яка полягає у виданні, зміні чи скасуванні правових норм та має на меті регулювання суспільних відносин шляхом нормативного закріплення міри свободи й справедливості.

Нормотворення – це діяльність суб'єктів права по створенню соціальних (у тому числі й правових) норм з метою регулювання відповідної сфери суспільних відносин, результатом якої є прийняття (затвердження) нормативно-правового акту, статуту, положення тощо. Тобто, поняття нормотворення є ширшим за поняття правотворчості.

Законотворчості притаманна низка особливостей, які не дають підстав ототожнювати її з поняттям правотворчості. Основне для законотворчості – це формування, прийняття законів, які хоча й є важливими, але все ж не єдиними поряд з іншими джерелами права.

Правотворчість як діяльність являє собою складне матеріально-процесуальне утворення, якому притаманна подвійна правова природа, що

полягає у діалектичному поєднанні форми та змісту: 1) матеріально-правовий зміст, що полягає в прийнятті компетентним органом рішення про встановлення, зміну або скасування правових норм, яке належить до сутнісної сторони правового регулювання, 2) процедурно-процесуальна форма, яка є лише засобом реалізації її матеріально-правового змісту.

Виходячи із специфіки даного виду діяльності мету правотворчості у загальному вигляді можна визначити як діалектичну взаємодію цілі (створення якісного законодавства) та результату (ефективна реалізація права). У конкретизованому вигляді мета правотворчості обумовлюється наступними цілями та завданнями, які передбачають: а) дослідження різноманітних факторів, які обумовлюють потреби в нормативно-правовому регулюванні відповідних суспільних відносин; б) відпрацювання найбільш ефективної форми правового впливу на відповідні групи суспільних відносин; в) зниження соціальної напруги у суспільстві тощо; г) конкретне викладення думки правотворця, що запобігає можливому ухиленню від виконання положень правових приписів; д) зрозумілість змісту нормативно-правового акту та його доступність для громадян; е) реальність та простоту положень правових приписів щодо їх реалізації.

Функції правотворчості – це напрями діяльності відповідних органів по створенню нормативно-правових актів з метою урегулювання суспільних відносин у сферах, де такі відносини не урегульовані, або урегульовані неналежним чином і потребують удосконалення чи зміни або ж, взагалі, скасування. У зв'язку з цим можна виділити такі основні функції: а) функція оновлення законодавства, що здійснюється шляхом встановлення нових правових норм для регулювання відповідної сфери суспільних відносин відповідно сучасним потребам. Дана функція передбачає усунення (скасування) застарілих юридичних норм або визнання їх неконституційними; б) конкретизацію існуючих правових норм, що сприяє удосконаленню правового регулювання; в) функція санкціонування існуючих у суспільстві звичаїв чи традицій; г) функція усунення прогалин у законодавстві, яка за своїм змістом може перетинатися з вище згаданими функціями; д) функція упорядкування правового матеріалу (систематизація, кодифікація тощо).

Аналіз законодавства та теоретико-правових досліджень надав можливість виділити основні критерії та види правотворчості: I. Залежно від форм правотворчості: 1) прийняття нормативних актів державними органами; 2) пряма, безпосередня правотворчість народу; 3) договірна правотворчість (між державою та громадськими об'єднаннями, між робото-

давцями та працівниками підприємств тощо). II. Залежно від суб'єктів правотворчості: 1) правотворчість народу: (референдуми та вибори); 2) правотворчість представницького органу державної влади – Верховної Ради України; 3) делегована правотворчість уповноважених органів державної влади; 4) правотворчість органів місцевого самоврядування; 5) правотворчість громадських організацій; 6) локальна правотворчість. III. За юридичною силою нормативно-правових актів: 1) законодавча правотворчість (парламенту чи народу); 2) підзаконна правотворчість (інших державних органів, органів місцевого самоврядування, керівників підприємств, установ, організацій та ін.): а) державна; б) недержавна. IV. Залежно від способів створення норм права: 1) утворення нових правових норм; 2) санкціонування державою вже існуючих соціальних норм; 3) інтерпретаційна судова правотворчість.

Представлені в літературі поняття правотворчого (законотворчого) процесу суттєво не відрізняються одне від одного і усі вони вказують на єдину мету та зміст даної категорії: а) це юридично визначена діяльність спеціально уповноважених державою суб'єктів; б) являє собою систему організаційних дій (процедур, правил); в) має на меті ефективне регулювання суспільних відносин шляхом прийняття нормативно-правового акту.

Процес правотворчості є ширшим за законодавчий, оскільки включає у себе останній, і представляє собою сукупність передбачених законодавством процедур розробки, внесення на розгляд, прийняття та введення в дію законів.

Правотворча (чи законотворча) діяльність в Україні фактично уособлює два різних за своїм характером процеси – (підготовка проекту нормативно-правового акта (або законопроектний) та прийняття нормативно-правового акта (чи законодавчий). Ці процеси є діалектично взаємопов'язаними, оскільки окремо один від одного вони позбавлені сенсу та не досягають мети правотворчості. Поєднуючись, ці два міні процеси (етапи) складають логічну послідовність процедурних дій та стадій, якою є правотворчий процес.

Отже, в процесі дослідження методологічних засад правотворчості, ми можемо сформулювати такі висновки.

Правотворчий процес, як і будь-яка інша нормативно регламентована діяльність, має свій методологічний інструментарій, за допомогою якого він досягає певного результату. Сюди включається, зокрема, система принципів,

які визначають характер та спрямовують діяльність усіх суб'єктів правотворчого процесу.

Виходячи з представлених в юридичній літературі принципів правотворчості, вважаємо обґрунтованим поділ усіх принципів правотворчості на дві групи: 1) основні (засадничі) принципи, на яких засновується правотворча діяльність в цілому не залежно від її виду, суб'єктів та сфери регулювання. Вони характеризують передусім змістовну сторону актів, що проєктуються та приймаються. До них можна віднести загально визнані переважною більшістю науковців принципи, як верховенство права, демократизм, законність, гуманізм, науковість, професіоналізм; та 2) допоміжні (другорядні), можуть слугувати основою правотворчої діяльності залежно від конкретного виду даної діяльності, специфіки відповідної галузі регулювання суспільних відносин, а також які можуть відігравати другорядну роль після реалізації основних принципів. Вони можуть характеризувати технічну та процедурну сторону правотворчої діяльності. До них можна віднести принципи історизму, оперативності, гласності, системності, технічної досконалості, стабільності тощо.

Основними напрямками удосконалення правотворчої діяльності та подальшого розвитку законодавства України, є, зокрема: оперативне реагування на зміни у суспільному житті з боку законодавця та своєчасному оновленню законодавства; з метою упорядкування законодавства визначити концепції зміни (реформування) певної галузі (підгалузі) законодавства; постійний соціально-правовий моніторинг, що здатний чітко враховувати зміни у суспільних відносинах, що відповідають суспільним сподіванням; послідовність у виробленні концептуальних підходів до законотворчості; удосконалення правового моделювання як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальна доцільність їх запровадження; удосконалення механізму народного обговорення законопроектів та оптимального врахування його результатів у нормотворчості державних органів; врахування світового досвіду по запровадженню відповідних закладів по нормопроектуванню та вивченню юридичної техніки; на законодавчому рівні урегулювати питання законодавчої техніки тощо.

З метою вдосконалення правотворчості в Україні, адаптації законів й інших нормативно-правових актів до європейського законодавства необхідно розробити механізм із забезпечення виконання цієї роботи. Мета механізму – поліпшити порядок розроблення, прийняття й реалізації

нормативної продукції; виробити єдині правила адаптації правових норм з урахуванням вимог європейського законодавства.

Такий механізм повинен включати відповідні організаційно-правові, економічні та фінансові заходи. У літературі, зокрема, висловлюються практичні рекомендації на основі досвіду нових держав-членів Європейського Союзу щодо підвищення ефективності контролю правотворчого процесу для приведення у відповідність з правом ЄС проектів законодавства, що розробляються усіма суб'єктами законодавчої ініціативи.

Законотворчості притаманна низка особливостей, які не дають підстав ототожнювати її з поняттям правотворчості. Основне для законотворчості – це формування, прийняття законів, які хоча і є важливими, але все ж не єдиними поряд з іншими джерелами права. Загальновідомим є й те, що поняття закону не збігається з поняттям права ні за змістом, ні за формою. Отже, особливістю законотворчості є те, що вона є різновидом правотворчої діяльності, і її метою є прийняття законів.

Виходячи із представлених у літературі визначень понять «діяльність» та «процес» можна сформулювати деякі ключові моменти, які суттєво відрізняють поняття правотворчої (законотворчої) діяльності від правотворчого (законотворчого) процесу. По-перше, це стосується суб'єктного складу: суб'єктами відповідної діяльності можуть бути, по-суті, будь-які суб'єкти права; суб'єктами ж процесу можуть бути лише відповідні державні органи та посадові особи, що чітко визначені законодавством. По-друге, правотворча (законодавча) діяльність не має обов'язкового, чітко встановленого порядку; правотворчий (законодавчий) процес відрізняється, у свою чергу, визначеною процедурою, послідовними стадіями.

Правотворчість як діяльність являє собою складне матеріально-процесуальне утворення, якому притаманна подвійна правова природа, що полягає у діалектичному поєднанні форми та змісту: 1) матеріально-правовий зміст, що полягає в прийнятті компетентним органом рішення про встановлення, зміну або скасування правових норм, яке належить до сутнісної сторони правового регулювання, 2) процедурно-процесуальна форма, яка є лише засобом реалізації її матеріально-правового змісту.

Поняття «діяльність» є ширшим за поняття «процес», оскільки включає в себе останнє, а також своїм змістом має мету та результат, засоби та процедури його досягнення.

Як елемент правового регулювання правотворчість є результатом об'єктивного розвитку суспільних відносин і безпосередньо спрямована на

їх врегулювання. Мета, зміст та результати правотворчої діяльності обумовлюються різного роду факторами, що об'єктивно існують у різних сферах суспільства. Серед них: рівень розвитку державно-правових інститутів, правова культура населення, форма державного устрою, правління та режиму, характер ментальності суспільства тощо. Відповідно ефективність правотворчої діяльності залежить від врахування цих факторів, а також принципів правотворчої діяльності.

Фактори формування права значною мірою обумовлюють завдання, на вирішення яких спрямована діяльність по створенню права (законів), адже динаміка економічних, політичних та соціально-культурних потреб сучасного суспільства висуває нові завдання правового опосередкування відповідних суспільних відносин.

Аналіз законодавства та теоретико-правових досліджень надав можливість виділити наступні основні критерії та види правотворчості: I. Залежно від форм правотворчості: 1) прийняття нормативних актів державними органами; 2) пряма, безпосередня правотворчість народу; 3) договірна правотворчість (між державою та громадськими об'єднаннями, між роботодавцями та працівниками підприємств тощо). II. Залежно від суб'єктів правотворчості: 1) правотворчість народу: (референдуми та вибори); 2) правотворчість представницького органу державної влади – Верховної Ради України; 3) делегована правотворчість уповноважених органів державної влади; 4) правотворчість органів місцевого самоврядування; 5) правотворчість громадських організацій; 6) локальна правотворчість. III. За юридичною силою нормативно-правових актів: 1) законодавча правотворчість (парламенту чи народу); 2) підзаконна правотворчість (інших державних органів, органів місцевого самоврядування, керівників підприємств, установ, організацій та ін.): а) державна; б) недержавна. IV. Залежно від способів створення норм права: 1) утворення нових правових норм; 2) санкціонування державою вже існуючих соціальних норм; 3) інтерпретаційна судова правотворчість.

На наш погляд, вказані критерії узагальнюють у собі усе різноманіття напрямів та видів правотворчої діяльності в Україні.

Представлені в літературі поняття правотворчого (законотворчого) процесу суттєво не відрізняються одне від одного і усі вони вказують на єдину мету та зміст даної категорії: а) це юридично визначена діяльність спеціально уповноважених державою суб'єктів; б) являє собою систему ор-

ганізаційних дій (процедур, правил); в) має на меті ефективне регулювання суспільних відносин шляхом прийняття нормативно-правового акту.

Процес правотворчості є ширшим за законодавчий, оскільки включає у себе останній, і представляє собою сукупність передбачених законодавством процедур розробки, внесення на розгляд, прийняття та введення в дію законів. Не дивлячись на те, що правотворчий процес містить у собі так званий неофіційний етап, усе ж таки на практиці у законодавчому процесі також відбувається формування суспільної потреби в законодавчому регулюванні тієї чи іншої проблеми, однак це носить офіційний характер, що відображається передусім у можливості відповідних державних органів та осіб звертатися до законодавчого органу з відповідною законодавчою ініціативою.

Правотворча (чи законотворча) діяльність в Україні уособлює два різних за своїм характером процеси – підготовка проекту нормативно-правового акта (або законопроектний) та прийняття нормативно-правового акта (чи законодавчий). Ці процеси є діалектично взаємопов'язаними, оскільки окремо один від одного вони позбавлені сенсу та не досягають мети правотворчості. Власне поєднуючись ці два міні процеси (етапи) складають логічну послідовність процедурних дій та стадій, якою є правотворчий процес.

Нині для України є досить актуальним вироблення концептуальних підходів до законотворчості, розробка ґрунтовних теоретичних засад для створення ефективної правової політики.

У зв'язку з цим визначено основні напрями удосконалення правотворчої діяльності та подальшого розвитку законодавства України, серед яких, зокрема: оперативне реагування на зміни у суспільному житті з боку законодавця та своєчасному оновлення законодавства; з метою упорядкування законодавства визначити концепції зміни (реформування) певної галузі (підгалузі) законодавства; постійний соціально-правовий моніторинг, що здатний чітко враховувати зміни у суспільних відносинах, що відповідають суспільним сподіванням; послідовність у виробленні концептуальних підходів до законотворчості; удосконалення правового моделювання як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальна доцільність їх запровадження; удосконалення механізму народного обговорення законопроектів та оптимального врахування його результатів у нормотворчості державних органів; врахування світового

досвіду по запровадженню відповідних закладів у нормопроектуванні та вивченні юридичної техніки; на законодавчому рівні урегулювати питання законодавчої техніки тощо.

З метою вдосконалення правотворчості в Україні, адаптації законів й інших нормативно-правових актів до європейського законодавства необхідно розробити механізм забезпечення виконання цієї роботи. Мета механізму – поліпшити порядок розроблення, прийняття й реалізації нормативної продукції; виробити єдині правила адаптації правових норм з урахуванням вимог європейського законодавства.

Такий механізм повинен включати відповідні організаційно-правові, економічні та фінансові заходи. У літературі, зокрема, висловлюються практичні рекомендації на основі досвіду нових держав-членів Європейського Союзу щодо підвищення ефективності контролю правотворчого процесу для приведення у відповідність з правом ЄС проектів законодавства, що розробляються усіма суб'єктами законодавчої ініціативи.

Список використаних джерел

1. Алексеев С. С. Философия права. – М., 1997. – 336 с.
2. Грималюк П. О. Делегована правотворчість: теоретико-правові засади. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П. О. Грималюк. – К., 2013. – 20 с.
3. Мамардашвили М. К. Как я понимаю философию / Общ. ред. Ю. П. Сенокосова. – М., 1990. – 368 с.
4. Оніщенко Н. Співвідношення внутрішньодержавного і міжнародного права: наукові реалії сьогодення // Вісник Національної Академії правових наук № 1 (80) 2015, Харків: Право. – С. 29-35.
5. Плавич В.П. Проблеми зниження маргіналізму і злочинності в Україні // Правова держава. Випуск 23. – К.: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 165-170.
6. Плавич В. П. Проблеми сучасного праворозуміння: теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз: [монографія] / Володимир Плавич. – Одеса: Астропринт, 2011. – 232 с.
7. Плавич В. П. Програмна цільова система зниження рівня маргіналізму і злочинності в Україні / В. П. Плавич // Матеріали 66-ї наук. конф. професорсько-викладацького складу і наукових працівників

імені І. І. Мечникова (23-25 листопада 2011 р., м. Одеса). – Одеса: Астропринт, 2011. – С. 3-14.

8. Плавич В. П. Сучасна правотворчість: проблеми теорії і методології [монографія] / В. П. Плавич, С. В. Плавич. – Одеса, Астропринт, 2013. – 274 с.

9. Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості // Філософія і політологія в контексті сучасної культури. Науковий журнал, Вип. 1 (10), Дніпро (Дніпропетровськ), 2016. – С. 185.

10. Плавич В.П. Ціннісні орієнтири у правотворчій діяльності та її особливості в умовах трансформації суспільства / В. П. Плавич // Альманах права. Свобода, рівність і єдність особи в правовій теорії та юридичній практиці. Випуск 4. До 95-річчя створення Національної Академії наук України, К., 2013. – С. 62-65.

11. Політико-правові стандарти ЄС і напрями вдосконалення моделі модернізації сучасної України: Наукова записка / Відповідальний редактор В. П. Горбатенко. – К.: Інститут держави і права імені В. М. Коцюбинського НАН України, 2011. – 106 с.

12. Terrorism and the International Legal Order / Peter J. Krieken. – Hague: TMC Asser Press, 2005. – 187 p.

13. Філософія права: Навч. посібник / О. Г. Данільян, А. Л. Байрачна, С. Г. Максимов та ін. За заг. ред. О. Г. Данільяна. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 272 с.

14. Філософія права: Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / О. Г. Данільян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. За ред. доктора філос. наук, проф. О. Г. Данільяна. – Харків: Право, 2009. – 208 с.

15. Черниш М. О. Антисоціальна сутність та криміногенний характер маргіналізму: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.

16. Черниш М. О., Черниш О. М. Маргінальний синдром: Монографія. – Одеса: ВМВ, 2010. – 487 с.

ЧАСТИНА ДРУГА.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

РОЗДІЛ III. РОЛЬ НЕТРАДИЦІЙНИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА В ПРАВОТВОРЧИХ ПРОЦЕСАХ УКРАЇНИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

Сучасний процес розбудови державно-правових інституцій в Україні знаходиться в умовах трансформації багатьох сфер життєдіяльності суспільства. Це пояснюється поглибленням світових тенденцій глобалізації та міжнародної інтеграції, з однієї сторони, та внутрішніми національними особливостями становлення політичних і економічних традицій розвитку держави. Вказаний процес обумовлений трансформаційним періодом розвитку суспільства та ускладненням суспільних відносин, що вимагає не лише вдосконалення самих нормативно-правових актів, а і активізації наукових досліджень проблем формування права, правоутворення, правотворчості та інституту реалізації права¹.

Правоутворення відображає процес появи права як результату соціального розвитку суспільства, у зв'язку з потребою нормативного регулювання суспільних відносин, розробкою і прийняттям правового акта та веденням його в дію; визначає процес виникнення і становлення права у формі правосвідомості, формування права у результаті реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, що трансформуються у конкретні правовідносини, формує право у вигляді норм права, які у сукупності утворюють систему. Правоутворення живить правотворчість новими правовими ідеями, правилами поведінки, конкретними рішеннями, угодами, котрі досліджуються, узагальнюються, систематизуються

¹ Бошицький Ю.Л. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти : монографія / за заг. ред. проф. Бошицького Ю. Л.; Київський університет права НАН України. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2010/ – 592 с.// [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://kul.kiev.ua/images/science/Boshickiy/Boshickiy.html>

державою, формулюються в нормах права, виражених у нормативно-правових актах².

Правоутворення відіграє настільки суттєву роль у житті держави та суспільства, що вивчення закономірностей його виникнення, розвитку, функціонування та прояву стає об'єктивною потребою сучасної юридичної науки. Сьогодні значно актуалізується необхідність комплексного дослідження правоутворення як багатоаспектного явища, що обумовлено інтенсивністю правотворчого процесу в Україні, тенденціями глобалізації та уніфікації законодавчої бази, посиленням політичного фактору в сфері утворення права³.

Зазначені процеси трансформації держави і права спонукають науковців досліджувати проблематику особливостей сучасного правоутворення у різних сферах правового регулювання.

У сучасній юридичній літературі поняття «правоутворення» традиційно розглядається як тотожне правотворчості. У свою чергу останнє, як правило, зводиться до законодавчої діяльності. Водночас, виділення в системі джерел сучасного українського права із законодавчими актами договорів нормативного вмісту і юридичних звичаїв, дозволяє говорити про правотворчість як про ширшу за своїм змістом категорію⁴. Закони «з'являються на світ» та включаються до чинного законодавства внаслідок складної діяльності, яка загалом називається правотворчістю. Правотворчість – це складова частина ширшого процесу – правотворення, який об'єднує в собі всі форми й способи виникнення, розвитку та зміни права, в тому числі й правотворчість⁵.

Проблематика джерел права традиційно є однією з ключових для юридичної науки і привертає значну увагу дослідників. При цьому, незважаючи на існування значної кількості праць, що присвячені висвітленню різних аспектів джерел права, серед учених спостерігаються

² Міма І. В. Релігійні норми як соціально-правотворчі чинники суспільства / І. В. Міма // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 230.

³ Бошицький Ю. Л. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти: монографія / за заг. ред. проф. Бошицького Ю. Л.; Київський університет права НАН України. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2010/ – 592 с.// [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://kul.kiev.ua/images/science/Boshickiy/Boshickiy.html>

⁴ Душек Н. М. Юридично-правовий аналіз феномену правоутворення / Н. М. Душек // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 9-2 том 1. – С. 17.

⁵ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 185.

розбіжності по широкому колу питань. Не існує єдиного підходу до визначення переліку джерел права у формально-юридичному розумінні, їх сутності та змісту, ієрархічної побудови тощо⁶. Але у науковій юридичній літературі відчувається гострий дефіцит саме комплексних досліджень, які присвячені значенню нетрадиційних джерел права в правотворчих процесах України, та взагалі проблемам правоутворення як багатоаспектного самостійного явища. Перші наукові роботи, які безпосередньо або опосередковано іншими юридичними категоріями досліджували окремі аспекти правоутворення, розкривалися в роботах таких вчених як Н. Д. Абдуллаєв, С. С. Алексєєв, М. О. Голодний, Б. В. Дрейшев, Д. А. Керімов, Д. А. Ковачев, А. Нашиц, А. С. Піголкін, С. В. Полєніна, Р. О. Халфіна тощо. Наприкінці ХХ ст. значно підвищується інтерес до вивчення проблематики правоутворення, що пов'язано із трансформаційними процесами всередині суспільства та реформуванням державно-правових явищ в країнах, що утворилися на теренах Радянського Союзу, в тому числі і в Україні. Перш за все, це викликано необхідністю оперативного оновлення нормативно-правової бази. Вказаний період характеризується науковими розробками проблем правоутворення В. М. Карташева, В. В. Степаняна, А. А. Соколової, І. П. Лихолат, М. М. Марченка, О. Г. Мурашина, М. Г. Оношко. На початку ХХІ століття в юридичній науці проблематика правоутворення набуває статусу самостійного об'єкту наукового дослідження, що охоплює в собі окремі елементи наукових досліджень інших інститутів теорії права та держави, а саме проблематику формування права в контексті вивчення форм (джерел) права, теорії правового регулювання, питанням систематизації законодавства тощо. Проте, досить численні роботи вітчизняних та іноземних вчених на сьогодні не надають однозначної відповіді щодо методологічних, функціональних та практичних засад правоутворення і на сьогодні у вітчизняній юридичній науці виникла гостра потреба у науковому переосмисленні феномену правоутворення в контексті трансформації суспільних відносин. Розбудова державності в Україні вимагає також переосмислення і концептуалізації наукових ідей, які стосуються питань формування права, правотворчості, правореалізації тощо. Розібратися у складних процесах становлення демократичних інститутів, побудови громадянського суспільства, оновлення всіх сфер

⁶ Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні / І. В. Борщевський // Наука і правоохорона. – 2014. – №2(24). – С. 71.

суспільного розвитку можливо лише, маючи чітке уявлення про правоутворення як про явище, яке є об'єктом державно-правової трансформації, з однієї сторони, та засобом трансформації суспільства та держави, з іншої сторони⁷.

Більшість досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних вчених: С. Зівса, С. Кечек'яна, М. Марченко, Н. Пархоменко, П. Рабіновича, Р. Ромашова, В. Суботіна, В. Хропанюка та інших не містить змістовних положень щодо нетрадиційних джерел як факторів правотворення в Україні. Це зумовлено тим, що Україна належить до романо-германської правової сім'ї і основна увага дослідників приділяється аналізу правотворчої діяльності органів державної влади та ефективності дії нормативно-правового акту у сфері соціально-правового регулювання суспільних відносин⁸.

Але розвиток та вдосконалення джерел (форм) права будь-якої держави безпосередньо пов'язується із явищем правоутворення, що являє собою складний соціальний інститут (процес) створення права як системи загальнообов'язкових правових норм, що знаходять свій прояв у правовій свідомості та правовій культурі як всього населення, так і окремих громадян⁹. Важливість дослідження форми (джерел) права визначається, також, і змінами міжнародного правопорядку, світовими глобалізаційними процесами, що вимагають творчого розвитку концепції панування та верховенства закону, визнання множинності джерел права, утвердження загальносоціальних цінностей, оновлення усталеного погляду на джерела права, їх розгляду як системно пов'язаних елементів¹⁰. Про джерела права говорять, перш за все, в сенсі факторів, що живлять появу і дію права. Такими виступає правотворча діяльність держави, воля народу і, в кінцевому рахунку, матеріальні умови життя суспільства. Про джерела права пишуть також в плані пізнання права і

⁷ Бошицький Ю.Л. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти: монографія / за заг. ред. проф. Бошицького Ю. Л.; Київський університет права НАН України. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2010/ – 592 с.// [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://kul.kiev.ua/images/science/Boshickiy/Boshickiy.html>

⁸ Міма І.В. Релігійні норми як соціально-правотворчі чинники суспільства / І. В. Міма // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 230.

⁹ Бошицький Ю.Л. Вказана праця. – Там само.

¹⁰ Борщевський І. В. Форма (джерело) права: теоретико-правова сутність поняття / І. В. Борщевський // Правова держава. – 2016. – № 21. – С. 6.

називають відповідно: історичні пам'ятники права, дані археології, чинні правові акти, юридичну практику, договори, праці юристів і т.д.¹¹.

Правотворчість у перехідному суспільстві є однією зі складних проблем, що стоїть перед вченими-правознавцями і юристами-практиками у країнах, що трансформуються від тоталітаризму до демократії, правова реальність становить комбінацію тоталітарної правової системи, що руйнується, і правової системи демократичного суспільства, що народжується. Іншою особливістю правотворчості в посттоталітарному суспільстві є те, що вона здійснюється в умовах хаосу чи дезорганізації перехідного суспільства та його правової системи. За таких умов частина суб'єктів суспільства виявляється здатною пристосовуватися до нових політико-правових цінностей і норм, дістати нового соціального статусу і місце в економічній і політичній структурах, що формуються. Інша частина не в змозі, чи не бажає приймати нові цінності, норми, зразки поведінки і поповнює лави маргіналів¹².

Правотворення є процесом природного зародження права, розвитку права, динамічність якого забезпечується за рахунок природних, соціальних, економічних, політичних та інших правотворюючих факторів, його метою є формування права. Правотворення пов'язане з виникненням об'єктивно обумовленої потреби у регулюванні суспільних відносин, тобто правотворюючих чинників. У сукупності ці чинники є передумовою виникнення права, визначають предмет правового регулювання, позиції суб'єктів правотворчості, стан правотворчого процесу. Зокрема, це соціально-економічні потреби населення та економічні трансформації у суспільстві. Ідеологічний чинник також є наявним у процесі формування права (пов'язаний з визначенням найбільш прийнятної моделі правового регулювання суспільних відносин). Крім того, соціально-правотворчими чинниками є звичаї, традиції та релігійні норми, що впливають на рівень правосвідомості та правової культури населення. Формуючись, право відображає потреби ефективного

¹¹ Борщевський І. В. Форма (джерело) права: теоретико-правова сутність поняття / І. В. Борщевський // Правова держава. – 2016. – № 21. – С. 9.

¹² Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 184.

регулювання різних суспільних відносин, тому право є динамічною системою, яка реагує на зміни соціальної дійсності¹³.

Правовтворчість у перехідний період має суттєві особливості, також зумовлені орієнтацією на ідеали нового правового розвитку. Із цією метою з боку влади нормативно закріплюються інші правові цінності, трансформуються, а то й відкидаються усталені правові погляди, впроваджуються у свідомість нові правові установки. З іншого боку, власне процес правотворчості зазнає глибоких змін під впливом змін у масовій правосвідомості, тим паче під впливом правосвідомості нової еліти, що перебирає на себе владу й рішення суспільно-значущих питань. Цей двосторонній взаємовплив відомий дослідникам проблем правотворчості. Так, В. С. Ковальський зазначає, що навіть не дуже глибокі дослідження однозначно свідчать про те, що правотворчість і право в цілому, окремі його інститути та навіть норми впливають на правосвідомість людини, примушують її до дії чи бездіяльності, тобто дотримання певних правил поведінки чи їх порушення. І навпаки, рівень правосвідомості та правової культури є впливовим фактором правотворчості. Більшість із цих досліджень орієнтована на розкриття проблематики правоутворення та правотворчості в, так би мовити, «спокійний» період правового життя суспільства¹⁴.

Правовтворчість – це завершальна стадія формування права. Через правотворчість правова система переважно наповнюється регулятивною енергією і повага до права у сфері його реалізації, на думку Плавича В. П., і з цим не можна не погодитись, характеризується намаганням не лише неухильно виконувати і дотримуватися приписів правових норм, узгоджувати свою поведінку із зразками, еталонами поведінки, які пропонуються правовими та моральними нормами, а й соціально-активними діями сприяти зміцненню законності та правопорядку у процесі правотворчої діяльності¹⁵.

В умовах суспільно-політичної трансформації українського суспільства особливого значення набуває створення ефективної правової

¹³ Міма І. В. Релігійні норми як соціально-правотворчі чинники суспільства / І. В. Міма // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 230.

¹⁴ Матвеева Л. Г. Соціальні фактори правоутворення та правотворчості в транзитивний період / Л. Г. Матвеева // Теория и практика : Национальный юридический журнал. – 2015. – № 4. – С. 18.

¹⁵ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 185.

системи, що включає в себе підвищення якості законів та інших нормативних правових актів, наближення їх до потреб українського суспільства. Практика засвідчила, що законодавство колишнього СРСР виявилось непридатним для його застосування в повному обсязі в незалежній українській державі. Тому в процесі державотворення в Україні постало питання про пристосування його основних положень і норм до нових суспільно-політичних та соціально-економічних умов та створення власної правової системи¹⁶.

Ефективний механізм формування права є основою стабільності та гнучкості законодавчої бази, що націлена на збереження гармонічного розвитку суспільних відносин, гарантування режиму непорушності прав і свобод людини, законних інтересів суб'єктів¹⁷. Але сьогодні, в умовах трансформації, сучасне українське суспільство характеризується багатьма різними суперечностями, серед яких спостерігається прийняття значної кількості нормативно-правових актів і водночас поширення тотального правового нігілізму. Причому, прийняті закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються і не цінуються. Економічна криза в країні породжує деформовану свідомість, бездуховність, свавілля в усіх сферах суспільного життя, що дуже небезпечно для подальшого розвитку правової держави і суспільства загалом¹⁸. Створена за роки незалежності правова база ще далека від досконалості. Для неї характерними є поверхове врегулювання тих чи інших питань, декларативність положень багатьох законів, суперечності між окремими нормами правових актів. Це є наслідком поспішного прийняття законів, недотримання загальних правил нормопроєктування, відсутності ефективного організаційно-правового механізму забезпечення законо-

¹⁶ Лебедь Н. В. Законотворча діяльність як правова категорія / Н. В. Лебедь // Державне управління: удосконалення та розвиток. – 2010. – № 9. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2010_9_15

¹⁷ Душек Н. М. Юридично-правовий аналіз феномену правоутворення / Н. М. Душек // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 9-2 том 1. – С.16.

¹⁸ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 186.

творчої діяльності, її регулювання, недостатнього рівня правової культури осіб, які беруть участь в законотворчому процесі¹⁹.

Вітчизняними науковцями, політиками та законодавцями постійно приділяється увага питанням створення надійної та дієвої системи законодавства, яка відповідала б положенням і нормам Конституції України, міжнародним стандартам та сучасним потребам українського суспільства²⁰. У зв'язку з переоцінкою цінностей відбувається поступове повернення до природно-правової доктрини і, відповідно до цього, слід зазначити, що право – це, передусім, система права, а не система норм. За своєю суттю право має соціальне, а не державне походження. Тому правотворчість не є привілеєм лише держави²¹.

Так, Т. О. Дідич стверджує, що в більшості наукових праць цієї тематики не досить чітко визначено аспекти взаємозалежності між рівнем розвитку суспільних відносин та їхнім впливом на правоутворення, а також між критеріями досконалості процесу правотворчості та якістю нормативно-правових актів держави. При цьому автор робить висновок про те, що феномен правоутворення одностайно визначається вітчизняними та зарубіжними вченими як соціальне явище, природою якого є суспільні відносини, а проблематика правоутворення має широкий спектр дослідження та являє собою окремі аспекти предмета дослідження теорії права, теорії джерел (форм) права, інституту правового регулювання, правотворчості, методології та філософії права.

О. В. Васильєв наголошує на специфіці взаємодії суб'єктивних і об'єктивних факторів під час формування права, що визначають весь процес правоутворення та характеризують його зміст, окреслюючи залежність якості нормативно-правової бази від співвідношення рівня впливу на правоутворення суб'єктивних і об'єктивних факторів, що, у свою чергу, обумовлює перехідний етап життєдіяльності суспільства.

О. Ф. Черданцев, визначаючи сутність факторів правоутворення, виходить із точки зору аналізу об'єктивних умов суспільного життя (структура економічних відносин, рівень розвитку економіки, система соціальних відносин, співвідношення соціальних і політичних сил, їх

¹⁹ Лебедь Н. В. Законотворча діяльність як правова категорія / Н. В. Лебедь // Державне управління: удосконалення та розвиток. – 2010. – № 9. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2010_9_15

²⁰ Там само.

²¹ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 185.

конфронтація чи порозуміння), які обумовлюють формування чи зміну правоутворюючого волевиявлення, націленого на ініціювання процесу правотворчості.

Досліджуючи питання правоутворення як умови забезпечення верховенства права, слід зазначити, що в літературних наукових джерелах акцентується на необхідності переосмислення сутності та значення права в контексті правоутворюючих факторів та процесів, а саме щодо:

- зміни ціннісних орієнтирів сучасного пострадянського суспільства, впровадження завдань щодо переходу до ринкових відносин, побудови правової держави тощо;
- оновлення політико-правових процесів у суспільстві;
- необхідності вирішення питань транснаціонального, планетарного характеру, у тому числі вирішення проблем охорони навколишнього середовища, встановлення світового порядку, уніфікації права, охорона прав і свобод людини тощо²².

Як справедливо зазначається в літературі, для правотворчого процесу характерні такі недоліки як безсистемність, хаотичність, неналежний рівень наукового та експертного забезпечення, недостатня спрямованість на вирішення пріоритетних довгострокових завдань держави і суспільства, його «перевантаження» законопроектами, що мають вузький предмет регулювання та незначне соціальне значення, і захищають корпоративні інтереси.

З ряду причин і, перш за все, внаслідок перегляду деяких теоретичних установок стосовно постперебудовних реалій України сфера дослідження ефективності права набуває особливого значення для вдосконалення правотворчої роботи²³, адже цілями правотворчості є створення якісного законодавства та забезпечення ефективності його

²² Душек Н. М. Юридично-правовий аналіз феномену правоутворення / Н. М. Душек // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 9-2 том 1. – С.17.

²³ Добродумов П. О. Проблеми ефективності правотворчості в умовах трансформації суспільства / П. О. Добродумов // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjkwYO3m4HUAhXrbZoKHc1DDxQQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fdspace.uabs.edu.ua%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F9414%2F1%2Feffectiv_1.doc&usq=AFQjCNF818SkH2-XOZqBxz_XnhibScP87g

реалізації у суспільних відносинах; забезпечення зрозумілості змісту нормативно-правового акту та його доступність для громадян та ін.²⁴.

Правотворча діяльність – явище складне та багатогранне, що забезпечує формування норм національного та міжнародного права, їх оновлення та вдосконалення. Водночас, правотворча діяльність є різновидом юридичної практичної діяльності, результатом здійснення якої є прийняття юридичних документів нормативно-правового характеру. Сучасне розуміння правотворчої діяльності має широкий характер, що надає змогу розглядати правотворчість як діяльність, яка здійснюється: – державою в особі уповноважених органів; – громадянським суспільством за допомогою інститутів безпосередньої та представницької демократії; – міжнародним співтовариством; – органами місцевого самоврядування; – громадськими організаціями тощо²⁵.

В сучасних умовах реформування державно-правових інституцій в Україні, що здійснюється в умовах посилення глобалізаційних та інтеграційних факторів розбудови державності і правової системи, проблема правотворчості набуває особливо актуального характеру в контексті належного розподілу правотворчих функцій між відповідними суб'єктами. Проте, з наукової точки зору, розмежування правотворчості та правотворчих функцій за ознакою належності суб'єктів правотворчості до державних інститутів або до інститутів громадянського суспільства не є виправданим. Це пояснюється тим, що правотворчість є комплексною діяльністю, до якої залучені як суб'єкти державної влади, так і населення держави, громадські організації, політичні партії тощо, тобто інститути громадянського суспільства. Не може бути правотворчості, що здійснюється закрито, без участі інститутів громадянського суспільства або без врахування офіційної правотворчої політики держави²⁶.

Зазначене багатоаспектне розуміння правотворчості відображає демократичний характер діяльності держави, високий рівень розбудови громадянського суспільства, що дає змогу поєднати державно-владну

²⁴ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 183.

²⁵ Дідич Т. О. Значення та роль держави в сфері правотворчої діяльності в сучасних умовах: постановка проблеми / Т. О. Дідич // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 156.

²⁶ Дідич Т. О. Поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства як передумова вдосконалення правотворчості в Україні/ Т. О. Дідич // Право і громадянське суспільство. – 2013. – №3. – С. 13.

діяльність у сфері правотворчості та правотворчу діяльність інституцій громадянського суспільства і міжнародної спільноти. Традиційно в радянській юридичній літературі правотворчість розглядалася як монопольна діяльність держави, результатом якої було право, його зміна та вдосконалення у вигляді системи нормативно-правових актів, яка становила в сукупності законодавчу базу. Проте, в сучасних умовах розбудови державності та громадянського суспільства, таке розуміння правотворчості виявилось обмеженим, оскільки не відображає ролі інститутів громадянського суспільства та міжнародної спільноти в цій діяльності. Це потребує розгляду правотворчої діяльності як особливої сфери юридичної практичної діяльності, що здійснюється уповноваженими суб'єктами, забезпечуючи формування норм національного та міжнародного права.

Однак слід відзначити, що перехід від вузького розуміння правотворчості, як державно-владної діяльності, до широкого розуміння правотворчості, як діяльності уповноважених суб'єктів держави, інститутів громадянського суспільства і міжнародної спільноти, вимагає переосмислення ролі та значення держави у правотворчості, особливостей її політики в сфері правотворчості на сучасному етапі розбудови правової системи України²⁷.

Розвиток незалежної України вимагає входження її у світове співтовариство на організаційно-економічних засадах правових взаємин за принципами рівноправності та поглибленням взаємної вигоди спільними зусиллями як громадян України, так і всієї політичної арени України, яка займається реформуванням всієї правової системи нашої країни. У сучасних умовах розбудови державності в Україні інтенсифікується процес реформування й оновлення національної законодавчої бази. Цей процес обумовлений трансформаційним періодом розвитку суспільства та ускладненням суспільних відносин, що вимагає вдосконалення самих нормативно-правових актів й активізації наукових досліджень проблем формування права, правоутворення, нормотворчості та інституту реалізації права. Розвиток і вдосконалення законодавчої бази будь-якої держави безпосередньо пов'язується з явищем правоутворення, що є складним соціальним інститутом (процесом) створення права як

²⁷ Дідич Т. О. Значення та роль держави в сфері правотворчої діяльності в сучасних умовах: постановка проблеми / Т. О. Дідич // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 156.

системи загальнообов'язкових правових норм, що знаходять свій прояв у правовій свідомості та правовій культурі як усього населення, так і окремих громадян²⁸.

Перейдемо до розгляду деяких нетрадиційних джерел права та їх ролі в правотворчих процесах України.

В умовах глибокого реформування правової системи України є необхідним переусвідомлення традиційних підходів до розуміння системи джерел права. А тенденція до підвищення ролі юридичної доктрини є характерною для всього сучасного права. Це обумовлюється практичною значущістю доктрини як джерела права. Юридична доктрина («дух права» та зміст законодавства) є центральною ланкою, свого роду стрижнем системи джерел права. Саме правові ідеї складають найглибшу основу правової матерії. Це має суттєве значення для тлумачення права та прийняття правових рішень в умовах численних правових прогалин²⁹.

У загальнотеоретичній юриспруденції існує поширена думка, що юридична доктрина – це документ, що містить концептуально оформлені правові ідеї, принципи, розроблені вченими з метою удосконалення законодавства та усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові³⁰.

У період становлення системи джерел права не виникало сумніву у віднесенні доктрини (наприклад, у вигляді праць учених-юристів) до джерел права. Еволюція національних систем права та розвитку права загалом зумовила певне зниження ролі правової доктрини в системі джерел права. Сьогодні правові доктрини знаходять втілення в рішеннях конституційних судів, мають значення на етапі розроблення законопроектів та їх прийняття. Законодавча практика України має приклад конкуренції правових доктрин при розробленні та прийнятті Цивільного

²⁸ Семененко Т. І. Реформування правової системи України в контексті світової глобалізації / Т. І. Семененко // «Державо- та правотворчі традиції українського народу» (до 150-річчя М. С. Грушевського): збірник тез доповідей III Всеукраїнської науково-практичної конференції / За заг. ред. А.Є. Шевченко. Державна фіскальна служба України, Університет державної фіскальної служби України. – Вінниця : ТОВ «Нілан-ЛТД», 2017. – С. 276.

²⁹ Борщевський І. В. Теоретико-правові аспекти застосування юридичної доктрини як допоміжного джерела права України / І. В. Борщевський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – №1. – Серія Право. – Випуск 37. – Том 1. – С. 10.

³⁰ Скаун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / О. Ф. Скаун – Х.: Консум, 2001. – С. 310.

й Господарського кодексів, коли їх прийняття супроводжувалось гострою дискусією представників правових шкіл Києва, Львова та Донецька. Як правило, змістом правової доктрини охоплюються проблеми державотворення і правотворення, формулюються відповідні правові концепції, ідеї, поняття і категорії. Особливого значення правова доктрина як джерело права набуває у країнах, де, з огляду на різні обставини, існують істотні прогалини у праві, оскільки саме правові ідеї є фундаментом права, його основою і мають велике значення для процесу тлумачення права, прийняття нормативно-правових актів³¹.

В юридичній науці в оцінці ролі й місця правової доктрини у вітчизняній правовій системі на сьогодні склалася суперечлива ситуація. З одного боку, у правознавців не викликає сумнівів те, що правова доктрина відіграє важливу роль у правовому житті суспільства, активно впливає на процеси формування права, правореалізацію. А з другого – феномен правової доктрини, як відзначають самі вчені, є одним із найменш досліджених питань у вітчизняній юридичній науці і практиці³². Окремі дослідження зазначеного явища, що проводилися вітчизняними науковцями, мають фрагментарний характер і не інтегруються в цілісне наукове знання. Більше того, серед науковців, які обґрунтовують необхідність підвищення ролі правової доктрини у правотворчій і правозастосовній практиці як одну з необхідних умов поліпшення якості нормативно-правових і правозастосовних актів, немає єдиного підходу до визначення самого поняття «правова доктрина». Якщо на важливість і актуальність використання правової доктрини у вітчизняній правотворчій, зокрема законодавчій практиці звертали увагу окремі вчені, то питання реалізації доктрини у правозастосуванні дотепер практично залишалися поза увагою представників наукової спільноти.

Тенденція до підвищення ролі правової доктрини є характерною для сучасного права. Вона стала проявлятися останніми роками і в Україні. Проблема правової доктрини в системі джерел права є комплексною та багатопланою. Її дослідження надає широкі можливості розкриттю потенціалу правотворчості. Це, своєю чергою,

³¹ Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: [монографія] / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 167.

³² Васильченко О. П. Перспективи розвитку правової доктрини в системі джерел конституційного права / О. П. Васильченко // Наук. вісн. Ужгород., нац. ун-ту. Сер. Право – 2007. – Вип. 8. – С. 81.

сприяє підвищенню ефективності механізму правового регулювання та здійснення його в демократичних формах.

Безумовно, без доктринального забезпечення функціонування права та його інститутів неможливе. Тому доктрини є необхідним елементом будь-якої правової системи, вони розробляються в усіх галузях права і застосовуються до всіх видів правових відносин. Проте, у вітчизняній юридичній літературі цьому, на жаль, досі мало вивченому феномену прискіплива увага на рівні загальнотеоретичних досліджень почала приділятися лише останнім часом³³.

Також слід враховувати специфіку судової практики в якості джерела права, яка є вагомим чинником не лише правореалізаційної, а й правотворчої діяльності законодавчих органів влади³⁴. На нашу думку, відхід від юридичного позитивізму, сучасне праворозуміння зумовлюють дослідження питання щодо можливості визнання судової практики джерелом права України.

Під судовою практикою теоретики права розуміють об'єктивований досвід індивідуально-правової діяльності судових органів, який формується в результаті застосування права при вирішенні юридичних справ³⁵. В даному визначенні розкривається зміст судової практики у широкому розумінні. На наш погляд, практична діяльність не усіх судових органів може претендувати на роль джерела права.

Так, Д. Ю. Хорошковська під судовою практикою розуміє взаємодіяльність діяльності судів і результатів цієї діяльності, виражених у нових правоположеннях, вироблених судовою владою та закріплених у рішеннях із конкретних справ і/чи в актах із сукупності однотипних конкретних судових справ³⁶. Таке визначення судової практики дозволяє

³³ Борщевський І. В. Теоретико-правові аспекти застосування юридичної доктрини як допоміжного джерела права України / І. В. Борщевський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – №1. – Серія Право. – Випуск 37. – Том 1. – С. 10.

³⁴ Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: [монографія] / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 317.

³⁵ Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Проспект, 2009. – С. 254.

³⁶ Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Д. Ю. Хорошковська. – К., 2006. – С. 8.

віднести останню до системи джерел права, оскільки автор звертає увагу на розробку нових правоположень суб'єктами судової влади, а не усіма судовими органами.

Закріплення принципу розподілу влади в Конституції України стало правовою передумовою для визнання судової гілки влади рівноцінною з законодавчою та виконавчою. У ст. 124 Конституції України зазначено, що судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції, а судові рішення є обов'язковими до виконання на території України. Як зазначає Л.А. Луць, становлення незалежної та самостійної судової влади супроводжується розвитком, поряд з іншими її функціями, і нормотворчої. Здійснення функцій судовою владою пов'язано з безпосередньою участю її органів у розв'язанні загальнодержавних справ, а можливість їх реалізації – з необхідністю визнання за ними права не лише на застосування та тлумачення юридичних норм, але й на їх творення³⁷.

Оскільки за сучасних умов основне джерело права в Україні – нормативно-правовий акт – недостатньо оперативно регулює динамічні суспільні відносини, у зв'язку із цим суду потрібно визначати правову політику на підставі нормотворення. Підґрунтям надання актам судової влади ознак нормативності, є необхідність забезпечення однаковості судової практики, дотримання принципу законності при здійсненні правосуддя, захисту прав та свобод людини і громадянина, реалізації норм Конституції України як норм прямої дії, подолання колізій і прогалін, які виникають у правовому регулюванні суспільних відносин.

На думку С.В. Шевчука, нормативний вплив актів судової влади помітний упродовж всієї історії людства. Серед історичних причин визнання нормативності актів судової влади виокремлюються: необхідність дотримання звичаїв, що визнавались у судових рішеннях; централізація державної влади, ієрархічність судової системи та відкритість судочинства. Крім того, дотримання судами принципу «аналогічні справи вирішуються аналогічно» сприяє підвищенню суспільної довіри до суддів та зміцненню поваги до їх рішень. Суд бере участь у процесі формування права у разі, якщо правова позиція, викладена в акті судової влади, має обов'язкове значення не лише для сторін у справі, а й для суддів при вирішенні наступних справ

³⁷ Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України // Вісник центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 9.

аналогічного характеру³⁸. Всебічне визнання нормативності актів судової влади у різних країнах призвело до вживання у науковому обігу терміна «судова правотворчість», що відображає явище нормативності актів судової влади у тих випадках, коли судді у процесі застосування, тлумачення норм права, заповнення прогалин, вирішення колізій формулюють нові правоположення (правові позиції) як частину мотивації акта судової влади.

Загальновідомо, що нормативність – це ключова ознака, що є підставою для визнання явища джерелом права. Для визнання нормативності кожному джерелу права необхідно щонайменше дві ознаки: компетентність, тобто видання акта з кола питань, регулювання яких віднесено до відання даного суб'єкта правотворчості; ієрархічний зв'язок з іншими елементами структури в системі джерел права, що знаходить вираження у відсутності суперечностей його приписів Конституції та іншим джерелам права, що мають вищу юридичну силу. Джерела права прийняті суб'єктами правотворчості в результаті правотворчої діяльності, спрямовані на встановлення нових норм права, зміну або скасування діючих, є нормативними³⁹.

На думку М. М. Марченко, за своєю юридичною природою рішення Конституційного Суду є не лише актами правозастосування, а й актами, що містять норми права. Рішення Конституційного Суду, що стосуються загальнозначущих питань, пов'язаних з розглядом справ про відповідність нормативно-правових актів та нормативних договорів Конституції, з тлумаченням Конституції, вирізняються тим, що містять не лише загальні, а й загальнообов'язкові норми, розраховані на багаторазове їх застосування і невизначене коло суб'єктів⁴⁰.

Так, нормативний зміст мають рішення Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших правових актів, офіційного тлумачення Конституції і законів України та конституційності законопроектів про внесення змін до Конституції України. Рішення

³⁸ Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 26.

³⁹ Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: [монографія] / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 93.

⁴⁰ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / Московский гос. ун-т им. М.В.Ломоносова. Юридический факультет. – М.: Проспект, 2008. – С. 225.

Конституційного Суду України формулюються найвищим судовим органом держави, виносяться в особливому порядку на підставі спеціальної, передбаченої законом юридичної процедури, вони є обов'язковими та підлягають офіційному опублікуванню.

Імперативний характер рішень Конституційного Суду України визначено ст. 69, 70 Закону України «Про Конституційний Суд України», а саме: рішення і висновки Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання; Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні, висновку порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні органи обов'язки щодо забезпечення виконання рішення, додержання висновку; Конституційний Суд України має право зажадати від державних органів письмового підтвердження виконання рішення, додержання висновку Конституційного Суду України; невиконання рішень та недодержання висновків Конституційного Суду України тягнуть за собою відповідальність.

Поділяючи точку зору М. М. Марченка про нормативність актів Конституційного Суду⁴¹, слід підкреслити що його рішення мають загально-обов'язковий характер, розраховані на багаторазове застосування і є джерелами права.

Таким чином, державно-владне веління про неконституційність закону чи його окремих положень, його тлумачення, видане Конституційним Судом України за своєю природою є нормативним приписом з прямою дією та може визнаватись джерелом права в Україні.

Стосовно актів Верховного Суду, то слід зазначити, що за радянських часів судова практика, викладена у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР визнавалась джерелом права, оскільки в судових рішеннях допускалось посилання на них, як на правову підставу вирішення справи. На сьогоднішній день, урахуваючи сучасний стан законодавства, бачимо, що наша країна крокує вперед до визнання судових рішень джерелом права (зокрема в рамках адміністративного права), але ще досі відсутнє системне бачення цього питання⁴².

⁴¹ Марченко М.Н. Источники права. Учебное пособие. – М.: Проспект, ТК Велби, 2005. – С. 399.

⁴² Цуркаленко Ю. В. Визнання судових рішень джерелом адміністративного права як необхідність забезпечення принципу верховенства права / Ю. В. Цуркаленко// Форум права. – 2015. – № 4. – С. 300.

На думку сучасного російського ученого В. М. Жуйкова, постанови Пленуму Верховного Суду, в яких роз'яснюється судова практика, заповнюють прогалини у законодавстві і є джерелами права⁴³. Інший дослідник С.І. Іванов, зазначає, що постанови Верховного Суду забезпечують однакове застосування закону, проте вони не мають пріоритету перед останнім. Визнання правотворчої функції за Верховним Судом ніколи не складе конкуренцію законодавчому органу влади, оскільки обмежується заповненням прогалин, яких багато і які законодавець не може, а то й не встигає заповнювати у зв'язку із швидким розвитком суспільних відносин⁴⁴.

Вітчизняні науковці теж підтримують тезу про те, що практику Верховного Суду України слід визнавати джерелом права⁴⁵. Так, О.В. Капліна зазначає, що акти правозастосовного нормативного тлумачення, винесені Верховним Судом України, постанови його Пленуму, а також опублікована практика Верховного Суду України в конкретних справах, може розглядатись як джерело права. Постанови Пленуму Верховного Суду України є зразком правильного розуміння норм права, вони мають велике значення для забезпечення однакового розуміння законів, містять важливі принципи рекомендації з питань, що виникають при розгляді судових справ. Роз'яснення даються на підставі вивчення та узагальнення судової практики, аналізу судової статистики. Реалізація повноважень Пленуму Верховного Суду стосовно надання роз'яснень з питань судової практики впливає на формування практики усіх судів загальної юрисдикції. У своїх постановах Верховний Суд неодноразово звертав увагу судів на необхідність урахування в їх діяльності положень чинних постанов його Пленуму, в яких даються рекомендації щодо правильного застосування законів при відправленні правосуддя, а також на те, що вони приймаються з метою забезпечення правильного й однакового застосування процесуального законодавства, що підкреслює обов'язковість їх урахування в судовій практиці. Рішення

⁴³ Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права / Жуйков В. М. // Судебная практика как источник права. – М.: Юрист, 2000. – С. 84.

⁴⁴Иванов С. А. По поводу судебных постановлений как источниках трудового права /С. А. Иванов // Судебная практика как источник права. – М.: Юрист, 2000. – С. 118.

⁴⁵ Шевчук С. В. Рішення Верховного Суду України як джерело права (деякі аспекти дії прецедентного права в Україні) /С. В. Шевчук // Вісник центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 17.

суддів, що ігнорують сформульоване Пленумом положення, повинні бути скасовані судом вищої інстанції у зв'язку з неправильним застосуванням закону⁴⁶.

Окремо слід розглядати Акти Європейського суду з прав людини, які мають нормативний характер. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. визнає, що практика Європейського Суду є джерелом права в Україні. У ст. 1 даного Закону встановлено, що під практикою Суду слід розуміти як усі рішення Європейського суду з прав людини, так і Європейської комісії з прав людини відносно всіх країн-учасниць Конвенції. Відповідно до ст. 17 цього Закону вітчизняні суди при вирішенні справ повинні застосовувати Конвенцію і практику Суду як джерело права.

Проте, на думку вітчизняних науковців, суди не мають чіткого і однозначного уявлення про те, як застосовувати практику Європейського Суду з прав людини. Так, на думку П. П. Андрушко, у діяльності вітчизняних судів має місце абстрактне посилання на практику Європейського Суду з прав людини без вказівок на конкретні рішення цього органу, а нерідко навпаки – у рішеннях вітчизняних судів робиться посилання на конкретне рішення Європейського Суду, але без зазначення його співвідносності з нормами національного права й обставинами конкретної справи⁴⁷. Тому існує необхідність у розробці чітких рекомендацій для судів загальної юрисдикції щодо застосування практики Європейського Суду з прав людини. Методичну допомогу судам нижчої інстанції може забезпечити тільки Верховний Суд України як найвищий судовий орган в системі судів загальної юрисдикції.

Таким чином, вітчизняні суди зобов'язані у своїй судовій практиці використовувати не тільки положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, але й рішення та практику Європейського суду з прав людини у якості джерела права. Як зазначає С. В. Шевчук, в актах Конституційного Суду України вже містяться посилання на Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод і на рішення

⁴⁶ Капліна О. В. Правотворча роль судової практики у кримінальному судочинстві / О. В. Капліна // Проблеми законності: респ. міжвідом. наук. зб. – 2009. – № 100. – С. 351.

⁴⁷ Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види / П. П. Андрушко // Адвокат. – 2011. – №8 (131). – С. 12.

Європейського суду з прав людини, що є, по суті, визнанням їх нормативного змісту. Крім того, виходячи з європейських прагнень України, що вже закріплені в українському законодавстві, при адаптації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу слід враховувати нормативний зміст актів Європейського Суду з прав людини⁴⁸.

Отже, на основі вищевикладеного можна зробити висновок, що до системи джерел права України слід включити також судову практику, яка стає джерелом права у випадку, коли у нормативно-правових актах містяться прогалини, їх текстуальне викладення є неоднозначним, суперечливим та породжує проблеми під час правозастосування. Нормативний зміст мають рішення Конституційного Суду України щодо конституційності правових актів та законопроектів про внесення змін до Конституції України, акти офіційного тлумачення Конституції і законів України та рішення Європейського суду з прав людини⁴⁹.

Аналізуючи питання, пов'язані із визначення місця звичаю в системі джерел сучасного права України, насамперед нагадаємо, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках⁵⁰. В теоретичній науці під формою (джерелом) права найчастіше розуміють форму висловлювання державної волі, форму, в якій міститься правове рішення держави. За допомогою форми право набуває свої невід'ємні риси і ознаки: загальнообов'язковість, загальновідомість і т.д. Це поняття джерела має значення ємності, в яку укладені юридичні норми⁵¹.

Аналіз проблем визначення звичаю як джерела права в Україні та його місця в сучасній правовій системі продовжує перебувати в центрі уваги наукової спільноти, однак значна їх частина дотепер залишається остаточно не вирішеною, а окремі з них є предметом дискусій. Увагу

⁴⁸ Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 26.

⁴⁹ Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні / І. В. Борщевський // Наука і правоохорона. – 2014. – №2(24). – С. 76.

⁵⁰ Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А. Б. Гриняк, В. В. Проценко // Приватне право і підприємництво. – 2015. – Вип. 14. – С. 98.

⁵¹ Теория государства и права (учебник для юридических вузов и факультетов) // Под ред. Корельского В. М., Первалова В. Д. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Инфра-М, 2002. – С. 287.

привертають роботи таких учених, як В. Авер'янова, О. Беяневич, С. Галунський, О. Івановської, В. Копейчикова, О. Києвець, М. Марченко, П. Музиченка, П. Недбайло, І. Новицький, Ю. Оборотова, Н. Толкачової, І. Усенко, та ін.

Правова традиція та звичасві норми є невід'ємними елементами етнонаціональної культури. На думку В. Озель (і з цим важко не погодитись), будь-які процеси розвитку українського права повинні відбуватися з урахуванням власних правових традицій, усталених норм моралі, принципів, а особливо – звичасвого права як джерела правового регулювання суспільних відносин.

Після набрання Україною незалежності, у процесі глибинного реформування всіх галузей права звичасве право знову набуває все більшого значення у національній системі права⁵². У зв'язку з цим, увага до нього і серед дослідників сьогодні дуже активізувалася. Причиною цьому є те, що, по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права і багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. А по-друге, деякі регіони України заселені представниками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції. І даний факт потрібно враховувати для того, щоб зберегти їхню самобутність та забезпечити мир і злагоду в багатонаціональній державі. Безперечно, такі елементи правової системи, як традиції та звичаї, несуть на собі відбиток автентичності певної нації. Вони неодмінно повинні зберігати свою чинність як джерела права з можливістю їх практичного використання у повсякденному регулюванні суспільних правовідносин, а судді повинні мати можливість посилається на норми звичасвого права, обґрунтовуючи свої рішення. Проте, сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування⁵³.

Але, серед українських юристів спостерігається досить незначна увага до проблеми застосування звичасвого права як невід'ємної частини української правової системи. Проте, якщо ми вже кажемо про обрання Україною європейської моделі розвитку, то треба підкреслити, що одним з основних аспектів демократії є децентралізація всіх сфер суспільного життя. Саме на принципах саморегулювання суспільних відносин і ґрунтується сьогодні визнання звичаю джерелом права. Такий принцип

⁵² Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 201.

⁵³ Там само. – С. 204.

набуває чинності тільки у разі відсутності відповідної норми матеріального або процесуального права, закріпленої відповідним нормативно-правовим актом. Водночас, в українському праві існує певна колізія у питанні правозастосування норм звичаєвого права. Так, Конституція України не надає правовому звичаю статусу джерела права. Водночас, незважаючи на це, окремі законодавчі акти містять такі норми.

Тобто, сучасне законодавство України закріплює можливість застосування звичаю у різних галузях права (цивільній, цивільно-процесуальній, господарській, сімейній, кримінальній, трудовій, тощо). Проте, водночас існує певна невизначеність як у застосуванні термінології, так і у встановленні практичної можливості застосування саме звичаєвого права для регулювання тих чи інших суспільних відносин. У сучасній науковій літературі поняття «правовий звичай» (звичаєво-правова норма) традиційно трактується як загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти стосовно всіх її членів, які об'єднані змістом цих правил, таких, що усвідомлюються як правомірні й обов'язкові, відповідають і безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, виступають як результат тривалої, однакової і постійної практики вирішення правових ситуацій, що виникають на основі типових відносин у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист з боку державних органів влади та суду⁵⁴.

Так, стаття 7 Цивільного кодексу України визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. В цій же статті надається визначення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується⁵⁵.

Крім того, в цій ж статті вказується на те, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Таким документом може бути, наприклад, постанова Пленуму Верховного Суду України або постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду, Кодекс торговельного

⁵⁴ Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 202.

⁵⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

мореплавства України. Проте, фіксація звичаю в актах законодавства або в будь-якому документі не є правилом. У більшості випадків звичаї не фіксуються, а носять характер, так званих, правових аксіом⁵⁶.

При цьому, слід наголосити на тому, що у випадках, коли звичай суперечить договору або актам цивільного законодавства, він не застосовується для врегулювання цивільних відносин. Норми ЦК України також містять загальне поняття звичаю, яке виявляється в його різновидах (наприклад, звичаї національних меншин, ст. 28; місцеві звичаї, ст. 333) і трансформується в юридичні формулювання, які регулюють спеціальні види відносин. Так, у ст. 673 ЦК України встановлено, що в разі відсутності в договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується⁵⁷. Дана норма свідчить про можливість врегулювання суспільних відносин на основі звичаїв ділового обороту.

Приблизно так само звичаї ділового обороту знайшли своє втілення і в окремих нормах Господарського кодексу України (далі – ГК України). Наприклад, у ч. 3 ст. 268 ГК України передбачено, що в разі відсутності в договорі умов щодо якості товарів, остання визначається відповідно до мети договору або до звичайного рівня якості для предмета договору, чи загальних критеріїв якості. З огляду на це, не є вдалою ст. 7 ГК України, яка до джерел регулювання господарських відносин включає лише нормативно-правові і нормативні акти⁵⁸.

Закріплення звичаю як джерела права відслідковується і в нормах Сімейного кодексу України, наприклад, врегулювання сімейного спору можливе за допомогою звичаю (ст. 11); надання права складення більше двох прізвищ під час укладення шлюбу у випадках, коли цього вимагає звичай національної меншини, до якої належить наречена і (або) наречений (ст. 35).

Також можливість застосування звичаю притаманна і кримінальному законодавству, наприклад, встановлення кримінальної відповідаль-

⁵⁶ Чорномаз О. Б. Правовий звичай як джерело адміністративного права / О. Б. Чорномаз // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 45.

⁵⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

⁵⁸ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.

ності за порушення звичаїв війни (ст. 438), проте без уточнення меж застосування звичаю. Ця норма є одним із проявів легалізації звичаєвого права. Але, якщо ми кажемо про звичаї війни, то тут на перше місце виступають не національні звичаї, а міжнародно-правові.

Стислий огляд законодавчого закріплення права громадян України застосовувати правовий звичай у суспільних відносинах дає змогу дійти висновку, що норми звичаєвого права завжди залишаються нормальними. Вони є досить визначеними і традиційними, їх можна сприймати як найяскравіший виразник правової культури того чи іншого рівня суспільного розвитку, і на відміну від законодавства саме норми звичаєвого права можна вважати дуже динамічним віддзеркаленням усіх перетворень у суспільно-правовому житті⁵⁹. Система норм, створених суспільством, в порівнянні з системою норм, прийнятих державою, є більш стійким утворенням, більш природним для цього суспільства⁶⁰.

Правовий звичай є одним з найбільш старовинних джерел права, під яким розуміється правило поведінки, яке виникло в процесі його фактичного застосування протягом довгого часу. Підставою санкціонування державою звичаїв є відповідність спрямованості їхнього регулятивного впливу на суспільні відносини цілям, завданням, інтересам держави. Санкціонування державою звичаю обумовлює придбання ним таких ознак, як загальнообов'язковість, охорона державою від порушень. Ці ознаки правових звичаїв властиві й нормам права, безпосередньо встановленим державою⁶¹. При цьому, звичаї продовжують відігравати певну роль у регулюванні суспільних відносин в Україні, про що свідчить те, що багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І даний факт дає нам підстави вважати звичай одним із джерел сучасного права в Україні⁶².

Суперечки про те, чи можна визнати судовий прецедент джерелом права, у нашій країні ведуться багато років, однак дискусії не привели до розв'язання проблеми. В Україні ідею про можливість і допустимість

⁵⁹ Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 204.

⁶⁰ Корунчак Л. А. Формування правового звичаю: історично-синергетичний погляд / Л. А. Корунчак // Право і суспільство. – 2013. – № 6.2. – С. 32.

⁶¹ Мельник А. Доповнюючі джерела українського права / А. Мельник // Юридична Україна. – 2013. – № 11. – С. 34.

⁶² Борщевський І. В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні / І. В. Борщевський // Прикарпатський юридичний вісник. – 2016. – №5(14). – С. 6.

судового прецеденту підтримують ряд учених, зокрема Л. Петрова, О. Константи́й, Л. Корчевна, І. Овчаренко, А. Осетинський, Л. Петрова, О. Скакун, Р. Тополевський, В. Трофименко, С. Шевчук та інші. У сучасній юридичній науці точиться активна дискусія щодо доцільності визнання рішень судів судовими прецедентами⁶³ і нині, коли в Україні відбувається правова реформа і вдосконалюється вся правова система, а проблема визнання судового прецеденту джерелом права стає особливо актуальною⁶⁴.

Щодо нашої держави, то судовий прецедент нормативно ніколи не визнавався джерелом українського права, що відповідає традиції визнання закону основною формою фіксації норми права, але в Україні спостерігається рух до визнання судового прецеденту в ролі субсидіарного джерела права⁶⁵.

У вітчизняному праві судовий прецедент лише в останнє десятиріччя в юридичній науці став предметом глибокого аналізу як нового джерела права, і досі триває дискусія про доцільність його впровадження у вітчизняну правову дійсність⁶⁶. Також у сучасній юридичній літературі нерідко обґрунтовується позиція про те, що судова практика вже є джерелом права⁶⁷, про що вже йшлося вище.

Прихильники такого підходу вважають, що до числа судових актів, які містять нормативні приписи, можуть бути віднесені рішення Конституційного Суду України; нормативне тлумачення Пленуму Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів; рішення судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів; рішення

⁶³ Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України / Р. Майданик // *Юридична Україна*. – 2012. – № 12. – С. 42.

⁶⁴ Завидняк В. Судовий прецедент як джерело права / В. Завидняк // *Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право)*. – 2013. – № 2. – С. 165.

⁶⁵ Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчої (законотворчої) діяльності в Україні / О. Скакун // *Юридична Україна*. – 2003. – № 1. – С. 29.

⁶⁶ Майданик Р. Вказана праця. – С. 42.

⁶⁷ Турчак І. Правове регулювання договорів поставки в умовах ринкових реформ в Україні (цивільно-правовий аспект) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Турчак ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2009. – С. 48.

судів за аналогією закону та права, а також на основі норм права, що містять оціночні поняття; рішення Європейського суду з прав людини⁶⁸.

У сучасних умовах немає підстав для заперечення регуляторної функції актів вищих судових інстанцій та їх ролі у вирішенні колізій у чинному законодавстві⁶⁹, і це можна вважати лише однією з умов для визнання таких актів джерелом права і нормативно обов'язковими. Але, щоб визнати ці правові акти повноцінним джерелом права, необхідно, щоб такі правові акти мали нормативний характер та були обов'язковими для всіх учасників цивільних відносин, а не лише для учасників спору.

Зокрема, рішення найвищих судів за аналогією закону та права за певних умов можна визнавати нормативними та обов'язковими як для учасників спору, так і для будь-яких третіх осіб під час вирішення в майбутньому інших подібних справ з питань права.

Але в літературі неоднозначно сприймається питання щодо пропозиції визнання рішень судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів судовими актами, які містять нормативні приписи. Опоненти «нормативності» такого роду рішень зазначають відсутність у судів права скасовувати нормативний правовий акт, визнаний таким, що не відповідає закону. Вони стверджують, що «скасування нормативного правового акта (як і його ухвалення та зміна) – це прерогатива правотворчих органів, а не суду. Суд же вправі давати лише юридичну кваліфікацію (правову оцінку та характеристику) розглядуваного нормативного правового акта в сенсі його відповідності чи невідповідності закону. Рішення судового органу про невідповідність розглядуваного нормативного правового акта закону – лише підстава для скасування цього акта компетентним правотворчим органом, а не саме скасування. Таке рішення є також лише підставою (юридичним фактом), з яким законодавець пов'язує певні наслідки (втрата чинності акта, його незастосування судами тощо). Але ці наслідки – це вже заздалегідь

⁶⁸ Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? / Д. Кирилюк // Юридичний журнал. – 2006. – № 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2221>

⁶⁹ Турчак І. Правове регулювання договорів поставки в умовах ринкових реформ в Україні (цивільно-правовий аспект) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Турчак ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2009. – С. 49.

встановлені законодавцем правові норми, а не норми права, створювані самим судом»⁷⁰.

Є думка науковців, що в судових рішеннях не повинно міститися правових норм, тобто їх наявність є порушенням законів і суперечить українській правовій системі, оскільки такі рішення повинні мати суто роз'яснювальний, а не нормативний характер. Важко не погодитись, що такі аргументи є обґрунтованими і будуються на українському законодавстві. Ні в Конституції України, ні в інших законах, що регламентують діяльність судів, не говориться про те, що вони наділені правом законотворчості. У зв'язку з цим виникає питання: як судова влада може брати участь у вдосконаленні законотворчості? Але ця обставина в сучасний період не є перешкодою для визнання прецеденту джерелом права. А необхідність того, що Верховному Суду України як найвищому судовому органу доцільно надати нові можливості для подальшого вдосконалення своєї практики, уже назріла, бо в умовах переходу до ринкових відносин потреба в цьому постійно зростає. І надання можливості Верховному Суду України в цьому аспекті офіційного статусу щодо права тлумачення законів і визнання судової правотворчості позитивно вплине на імідж держави в цілому⁷¹.

Між судовим прецедентом та наявною практикою як сумарним результатом розгляду конкретних справ не можна ставити знак рівності, оскільки окреслена проблема термінологічної розбіжності цих понять вимагає не тільки оцінки конкретності застосування логічних правил диференціювання, а й урахування особливостей об'єктів права⁷². На відміну від судового прецеденту, судова практика не може бути сформована на підставі одного судового рішення, як вже зазначалося вище. І якщо зовнішньою формою закріплення судового прецеденту є конкретне судове рішення, на яке можна посилається, то судова практика такої форми зовнішнього закріплення не має. У конкретних судових рішеннях можуть знаходити відображення вироблені нею положення права. Проте, висновок про їх сформованість можна зробити лише у тому

⁷⁰ Нерсесянц В. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. Нерсесянц / Судебная практика как источник права. – М. : Юристь, 2000. – С. 111.

⁷¹ Завидняк В. Судовий прецедент як джерело права / В. Завидняк // Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2013. – № 2. – С. 168.

⁷² Гураленко Н. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект / Н. Гураленко // Львів, 2009. – С. 12.

разі, якщо наявна ознака повторюваності, тобто те чи інше правило, вироблене судовою практикою, щоб набути статусу правоположення, має виступити юридичною основою вирішення цілої низки справ. Така поступовість формування судової практики може забезпечувати легітимність тих правил поведінки, що формуються судовою практикою⁷³.

Але перші кроки до офіційного визнання судового прецеденту джерелом права в Україні вже зроблено. Джерелами права вважаються прецеденти, створені в результаті судової практики Європейського суду з прав людини. Відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (зі змінами, внесеними згідно з Протоколом № 11)⁷⁴, рішення Європейського суду з прав людини є обов'язковими для держав-учасниць Конвенції. При цьому Україна офіційно визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції та протоколів до неї⁷⁵.

Згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику цього Суду як джерело права⁷⁶.

Таким чином, українським судам необхідно враховувати у своїй діяльності прецедентну практику Європейського суду з прав людини. Прецедентне право Європейського суду стає особливим джерелом права і для України, яка закріпила це положення на законодавчому рівні⁷⁷.

Є підстави вважати, що саме судовий прецедент може і здатний усунути такі проблеми правозастосування, як дуалізм правових норм і

⁷³ Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1(64). – С. 37.

⁷⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, зі змінами, внесеними Протоколом № 11, ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁷⁵ Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>

⁷⁶ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

⁷⁷ Бовсуновська І. Розвиток наукових поглядів на визнання судового прецеденту (судової практики) як джерела права в Україні / І. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 1. – С. 58.

прогалини в законі. Нерідко судовий прецедент ототожнюють зі звичайним рішенням суду, що в принципі є неправильним. Але й у самій науці теорії права немає єдності щодо поняття прецеденту. Вбачається, що його розуміння не може бути уніфікованим, єдиним для різних правових систем. Правові системи різних країн, об'єднані за спільними ознаками в певний тип правової системи, не виключають їхніх національних особливостей, зумовлених історичним розвитком, національними традиціями, культурним рівнем, рівнем праворозуміння тощо.

Зважаючи на сучасний стан розвитку національної правової системи, можна стверджувати, що питання про наявність чи відсутність судового прецеденту серед офіційних джерел права вже категорично не стоїть. Неформально судовий прецедент в Україні існував та існує, кроки до його законодавчого закріплення зроблені, тому актуальним є питання не «бути чи не бути прецеденту в Україні?», а «яка його правова природа, сутність і значення?»⁷⁸.

Для повноцінного впровадження інституту судового прецеденту в українське право необхідно визначити суб'єктів створення прецеденту (зокрема вищі судові інстанції, апеляційні суди, перша інстанція з найбільш важливих справ), нормативно обов'язкову і необов'язкову частини судового прецеденту, умови його дії в часі, серед кола осіб, порядок застосування, зміни і скасування тощо. А для повноцінного виконання судовою владою своїх задач, які полягають у здатності вирішення правових конфліктів, у разі відсутності відповідних норм закону в сьогоденні постає гостра необхідність у створенні судом норм права, щоб більш повноцінно врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець, і надати захист тим правам людини, які не дістали свого закріплення⁷⁹.

Досвід державотворення в незалежній Україні переконливо довів, що неможливо швидко й кардинально змінити чинну систему законодавства відповідно до реальних економічних і політичних умов, сформувані повноцінну національну правову систему, адаптувати її до європейського законодавства й гармонізувати з міжнародно-правовими

⁷⁸ Бовсуновська І. Розвиток наукових поглядів на визнання судового прецеденту (судової практики) як джерела права в Україні / І. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 1. – С. 59.

⁷⁹ Борщевський І. В. Теоретико-правові аспекти судового прецеденту в контексті формування сучасного національного права України / І. В. Борщевський // *Visegradjournalonhumanrights*. – 2016. – №2/1. – С. 15.

нормами, виробити надійні механізми реалізації ухвалених законів. Оновлення системи національного законодавства не може зводитися лише до прийняття нових нормативно-правових актів, бо саме життя, соціальна практика довели, що зростання їх кількості ще не свідчить про належну якість, про підвищення рівня та ефективності правового регулювання суспільних відносин, зміцнення законності та правопорядку⁸⁰.

Сучасний трансформаційний характер розвитку суспільства в Україні безпосередньо визначає специфіку всіх соціальних і політичних явищ, які існують у суспільстві, в тому числі визначає особливості розбудови держави і громадянського суспільства. Становлення держави та громадянського суспільства в Україні насамперед пов'язується із становленням незалежності України, проведення системи реформ в правовій, соціальній, адміністративній та судовій сфері. Подолання будь-яких соціальних трансформацій у суспільстві визначається характером політики держави, що забезпечується шляхом оновлення та зміни законодавчої бази держави, реформування системи органів державної влади та місцевого самоврядування тощо⁸¹. На наш погляд, становлення України як правової держави неможливе без утвердження в ній режиму конституційної законності як у сфері правотворчості, так і в сфері державотворення⁸².

На сучасному етапі свого розвитку українська держава, що зіткнулася з важкими випробуваннями як на внутрішньому, так і на зовнішньо-політичному рівні, як ніколи раніше потребує впровадження та зміцнення ефективних механізмів побудови правової держави та належного захисту прав і свобод громадян. Процеси формування в Україні сучасного демократичного громадянського суспільства, запозичення іноземного позитивного досвіду, удосконалення дієвих, підтверджених практикою факторів щодо зміцнення верховенства права та законності, у майбутньому, безперечно, матимуть позитивний вплив

⁸⁰ Нагребельний В. Прогнозування в законодавчій діяльності / Наукова бібліотека. – 2010. – №13. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2092/>

⁸¹ Дідич Т. О. Поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства як передумова вдосконалення правотворчості в Україні/ Т. О. Дідич // Право і громадянське суспільство. – 2013. – №3. – С. 16.

⁸² Плавич В.П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 186.

на розвиток держави в цілому⁸³. В той же час, розбудова правової держави та громадянського суспільства в Україні обумовлюється ускладненням факторів, що на них впливають, а саме: надмірна політизація життєдіяльності суспільства, глобалізаційні процеси розвитку державно-правових інституцій, інтеграційний характер розвитку держави, тощо. На сьогодні відчувається гостра потреба у переосмисленні концепцій правової держави та громадянського суспільства не лише як ідеального типу держави чи суспільства, але і як засобу розвитку трансформаційних процесів у суспільстві та протидії кризовим процесами у різноманітних сферах життєдіяльності суспільства⁸⁴.

Основними напрямками удосконалення правотворчої діяльності та подальшого розвитку законодавства України є оперативне реагування на зміни у суспільному житті з боку законодавця та своєчасне оновлення законодавства; підготовка та реалізація концепції змін (реформування) певних галузей (підгалузей) законодавства; постійний соціально-правовий моніторинг нормативно-правової бази; послідовність у виробленні концептуальних підходів до законотворчості; удосконалення правового моделювання як ефективного засобу нормативно-правової уніфікації у правотворчій діяльності; наукова обґрунтованість законодавчих актів та соціальної доцільності їх запровадження; удосконалення механізму народного обговорення законопроектів та оптимального врахування його результатів у нормотворчості державних органів; урахування світового досвіду по запровадженню відповідних заходів у нормопроектванні тощо⁸⁵.

З проведеного дослідження можна зробити висновок, що багато нетрадиційних джерел права знайшли своє закріплення в правових нормах нашої держави, але їхня роль значно вужче, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, і, за юридичною силою, нетрадиційні джерела поступаються останнім та можуть застосовуватися лише, якщо вони не суперечать законодавству, договору та моральним засадам суспільства.

⁸³ Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 204.

⁸⁴ Дідич Т. О. Поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства як передумова вдосконалення правотворчості в Україні/ Т. О. Дідич // Право і громадянське суспільство. – 2013. – №3. – С. 17.

⁸⁵ Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 183.

Список використаних джерел

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, зі змінами, внесеними Протоколом № 11, ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004

2. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>

3. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

4. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р.// Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

5. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.

6. Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Проспект, 2009. – 254 с.

7. Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види /П. П. Андрушко // Адвокат. – 2011. – №8 (131). – С. 10-22.

8. Бовсуновська І. Розвиток наукових поглядів на визнання судового прецеденту (судової практики) як джерела права в Україні / І. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 1. – С. 55-60.

9. Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні / І.В. Борщевський // Наука і правоохорона. – 2014. – №2(24). – С. 71-77.

10. Борщевський І. В. Форма (джерело) права: теоретико-правова сутність поняття / І. В. Борщевський // Правова держава. – 2016. – №21. – С. 6-11.

11. Борщевський І. В. Теоретико-правові аспекти застосування юридичної доктрини як допоміжного джерела права України / І. В. Борщевський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – №1. – Серія Право. – Випуск 37. – Том 1. – С. 7-10.

12. Борщевський І. В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні / І. В. Борщевський // Прикарпатський юридичний вісник. – 2016. – №5(14). – С. 3-6.

13. Борщевський І. В. Теоретико-правові аспекти судового прецеденту в контексті формування сучасного національного права України / І. В. Борщевський // *Visegradjournalonhumanrights*. – 2016. – №2/1. – С. 11-16.

14. Бошицький Ю. Л. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти : монографія / за заг. ред. проф. Бошицького Ю. Л.; Київський університет права НАН України. – К.: Видво Європейського ун-ту, 2010/ –592 с.// [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://kul.kiev.ua/images/science/Boshickiy/Boshickiy.html>

15. Васильченко О. П. Перспективи розвитку правової доктрини в системі джерел конституційного права / О. П. Васильченко // *Наук. вісн. Ужгород., нац. ун-ту. Сер. Право* – 2007. – Вип. 8. – С. 78-83.

16. Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А. Б. Гриняк, В. В. Проценко // *Приватне право і підприємництво*. – 2015. – Вип. 14. – С. 98-102.

17. Гураленко Н. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект / Н. Гураленко // Львів, 2009. – 21 с.

18. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // *Вісник Академії правових наук України*. – 2011. – № 1(64). – С. 34-41.

19. Дідич Т. О. Значення та роль держави в сфері правотворчої діяльності в сучасних умовах: постановка проблеми / Т. О. Дідич // *Альманах права*. – 2012. – Вип. 3. – С. 156-160.

20. Дідич Т. О. Поглиблення взаємодії державита громадянського суспільства як передумова вдосконалення правотворчості в Україні/ Т. О. Дідич // *Право і громадянське суспільство*. – 2013. – №3. – С. 11-20.

21. Добродумов П. О. Проблеми ефективності правотворчості в умовах трансформації суспільства / П. О. Добродумов // [Електронний ресурс].

Режим

доступу:https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjkwYO3m4HUAhXrbZoKHc1DDxQQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fdspace.uabs.edu.ua%2Fjspsui%2Fbitstream%2F123456789%2F9414%2F1%2Feffectiv_1.doc&usq=AFQjCNF818SkH2-XOZqVxz_XnhibScP87g

22. Душек Н. М. Юридично-правовий аналіз феномену правотворення / Н. М. Душек // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Сер.: Юриспруденція. – 2014. – № 9-2, том 1. – С.16-19.

23. Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права / Жуйков В. М. // Судебная практика как источник права. – М.: Юристь, 2000. – С. 84.

24. Завидняк В. Судовий прецедент як джерело права / В. Завидняк // Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2013. – № 2. – С. 164-169.

25. Иванов С. А. По поводу судебных постановлений как источниках трудового права /С. А. Иванов // Судебная практика как источник права. – М.: Юристь, 2000. – С. 117-118.

26. Капліна О. В. Правотворча роль судової практики у кримінальному судочинстві /О. В. Капліна // Проблеми законності: респ. міжвідом. наук. зб. – 2009. – № 100. – С. 351-352.

27. Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? / Д. Кирилюк // Юридичний журнал. – 2006. – № 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2221>

28. Корунчак Л. А. Формування правового звичаю: історично-синергетичний погляд / Л. А. Корунчак // Право і суспільство. – 2013. – № 6.2. – С. 29-32.

29. Лебедь Н. В. Законотворча діяльність як правова категорія / Н. В. Лебедь // Державне управління: удосконалення та розвиток. – 2010. – № 9. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2010_9_15

30. Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України // Вісник центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 9-12.

31. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2012. – № 12. – С. 41-50.

32. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / Московский гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. Юридический факультет. – М.: Проспект, 2008. – С. 225-226.

33. Марченко М. Н. Источники права. Учебное пособие. – М.: Проспект, ТК Велби, 2005. – 399 с.

34. Матвеева Л. Г. Соціальні фактори правоутворення та правотворчості в транзитивний період / Л. Г. Матвеева // Теория и практика : Национальный юридический журнал. – 2015. – № 4. – С. 16-20.
35. Мельник А. Доповнючі джерела українського права / А. Мельник // Юридична Україна. – 2013. – № 11. – С. 30-36.
36. Міма І. В. Релігійні норми як соціально-правотворчі чинники суспільства / І. В. Міма // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 230-233.
37. Нагребельний В. Прогнозування в законодавчій діяльності / Наукова бібліотека. – 2010. – №13 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://www.viche.info/journal/2092/>
38. Нерсесянц В. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. Нерсесянц / Судебная практика как источник права. – М. : Юристь, 2000. – 220 с.
39. Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 201-205.
40. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: [монографія] / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К.: Юридична думка, 2008. – 335 с.
41. Плавич В. П. Філософсько-правове дослідження сучасної правотворчості / В. П. Плавич // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – № 1. – С. 181-188.
42. Семененко Т. І. Реформування правової системи України в контексті світової глобалізації / Т. І. Семененко // «Державо- та правотворчі традиції українського народу» (до 150-річчя М. С. Грушевського): збірник тез доповідей III Всеукраїнської науково-практичної конференції / За заг. ред. А. Є. Шевченко. Державна фіскальна служба України, Університет державної фіскальної служби України. – Вінниця : ТОВ «Нілан-ЛТД», 2017. – 324 с.
43. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2001. – 656 с.
44. Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчої (законотворчої) діяльності в Україні / О. Скакун // Юридична Україна. – 2003. – № 1. – С. 18-29.
45. Теория государства и права (учебник для юридических вузов и факультетов) // Под ред. Корельского В. М., Перевалова В. Д. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Инфра-М, 2002. – 616 с.

46. Турчак І. Правове регулювання договорів поставки в умовах ринкових реформ в Україні (цивільно-правовий аспект) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Турчак ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2009. – С. 48-49.

47. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Д. Ю. Хорошковська. – К., 2006. – 20 с.

48. Цуркаленко Ю. В. Визнання судових рішень джерелом адміністративного права як необхідність забезпечення принципу верховенства права / Ю. В. Цуркаленко // Форум права. – 2015. – № 4. – С. 297-301.

49. Черномаз О. Б. Правовий звичай як джерело адміністративного права / О. Б. Черномаз // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 43-46.

50. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 26-27.

51. Шевчук С. В. Рішення Верховного Суду України як джерело права (деякі аспекти дії прецедентного права в Україні) / С. В. Шевчук // Вісник центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 16-19.

РОЗДІЛ IV. СУТНІСТЬ, ЗМІСТ І ФОРМИ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

Починати аналіз сутності категорії «юридична практика», на наш погляд, необхідно з визначення того, що із себе представляє така категорія як «соціальна практика», тому що в підсумку юридична практика виступає родовим поняттям стосовно даного типового поняття.

Будучи однією зі сторін людської активності, *соціальна практика* дозволяє людині ставити нові цілі, відкривати нові прогресивні можливості, створювати умови для того, щоб абстрактні можливості перетворилися в реальні й були здійснені. Соціальній практиці властива творчо-перетворююча роль, тому що її здійснення здатне «створювати особливу реальність, змінювати якості існуючих матеріальних систем, руйнувати або створювати нові»¹.

Категорія «практика» широко використовується в соціальних науках², а пошукові системи інтернету видають близько 13 мільйонів посилань на запити про соціальну практику.

При цьому необхідно відзначити, що розуміння терміну «практика» у тих або інших філософських напрямках відбувається по-різному. Так, «для неопозитивізму практика – це почуттєвий досвід; для екзистенціалізму – почуттєві сприйняття, відірвані від об'єктивної реальності; і тільки для матеріалізму практика – це доцільна, чуттєво-предметна діяльність людського суспільства, спрямована на перетворення об'єктивної дійсності»³. Хоча втілення ідей матеріалізму сьогодні зазнає досить відчутної критики з боку вчених⁴.

Аналізуючи семантичні зв'язки, можна вбачати в соціальній практиці діяльнісну, досвідну й результативну складові.

¹ Палагіна Е. Н. Функции юридической практики : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Саратов : Сарат. гос. акад. права, 2003. – С. 3.

² Шугальский С. С. Социальные практики: интерпретация понятия / С.С. Шугальский // Знание. Понимание. Умение. – М. : Изд-во МГУ, 2012. - №2. – С. 279.

³ Основы современной философии / Под ред. М. Н. Росенко. – СПб. М.: Гардарики, 2001. – С. 191.

⁴ Див.: Плавич В. П. Проблеми сучасного право розуміння : Теоретико-методологічний та філософський аналіз / В. П. Плавич. – Одеса : Астропринт, 2011. – 232 с.; Плавич В. П. Проблеми сучасного право розуміння / В. П. Плавич. – Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. – 216 с.

Що стосується *діяльничної складової* соціальної практики, її сутнісні характеристики у філософії були в цілому сформульовані в такий спосіб. Практика – це «почуттєво предметна діяльність людей, їх вплив на той або інший об'єкт із метою його перетворення для задоволення історично сформованих потреб»⁵. Або так, практика – це «матеріальна, чуттєво-предметна діяльність людини, зміст якої становить освоєння й перетворення природних і соціальних об'єктів і яка становить загальну основу, рухову силу пізнання»⁶.

У цілому, зазначені підходи дозволяють говорити про те, що соціальна практика – це пізнавальна людська діяльність, у процесі якої досягається перетворення (зміна) навколишньої дійсності, залежно від поставлених цілей.

При цьому ми вважаємо, що таку діяльність треба розглядати, як діяльність, що характеризується високим рівнем свідомості, упорядкованості й послідовності (постановка мети – здійснення дій – одержання результату).

Що стосується *досвідної складової* соціальної практики, то тут соціальну практику можна розглядати як певний прояв саморегуляції суспільства. Адже на початковому рівні дію індивіда в суспільстві не можна розцінювати як прояв соціальної практики, таким вона стане тільки тоді, коли почне повторюватися, пройде так звану стадію «узвичаєння»⁷, тобто закріпиться як зразок поведінки (соціальний досвід).

Що стосується результативної складової, то істотною відмінністю соціальної практики від будь-якої іншої людської діяльності є те, що практика спрямована на перетворення (зміна) соціуму, а не на його просте споглядання й споживання його благ. При цьому, не останнє слово тут, на наш погляд, має фактор зв'язку результату й суспільного прогресу.

Класичним прикладом соціальної практики можна вважати вироблену водіями дорожню мову жестів і сигналів (зокрема, миготіння фарами).

⁵ Спиркин А. Г. Философия. – М.: Гардарики, 2000. – С. 53.

⁶ Философский энциклопедический словарь / Редкол.: Аверинцев С. С., Араб-Оглы Э. А., Ильичёв Л. Ф. и др. – М.: Сов. Энциклопедия, 1989. – С. 290.

⁷ Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. – М.: МЕДИУМ, 1995. – С. 89.

Підводячи невеликий підсумок, необхідно відзначити, що в нашій розумінні соціальна практика отримала поняття заснованої на життєвому досвіді, свідомої людської діяльності, спрямованої на перетворення навколишньої дійсності.

Одні вважають, що практика характеризується такими компонентами, як: «свідомість дій, задум плану дій і визначення мети дій, універсальність дій, передбачуваний і досягнутий результат»⁸.

Автори класичного університетського підручника по філософії розкладають «практику» на такі елементи, як «суб'єкт практики, ціль (ідеальна модель), засоби, предметна діяльність суб'єкта, результат цієї діяльності»⁹, підкреслюючи, що всі ці елементи проникають один в одного так, що їх визначення в чистому виді утруднене.

Треті, у свою чергу вважають практику «цілісною системою, складовими частинами якої виступають: а) ціль людини, б) засоби, в) результат, г) сам процес діяльності. При цьому, жоден елемент, який становить зміст практики, сам по собі, поза зв'язком з іншими компонентами, не є практикою й не наділений її функціями»¹⁰.

Узагальнюючи запропоновані точки зору, зробимо висновок про те, що змістовними елементами соціальної практики є: суб'єкт практики; дії суб'єкта (його діяльність); мета цих дій; засоби, якими оперує суб'єкт; результат його діяльності. Важливим моментом є те, що зазначені елементи перебувають у взаємозв'язку й у певній послідовності один одному (1 – суб'єкт ставить мету; 2 – суб'єкт діє, використовуючи засіб; 3 – суб'єкт досягає результату).

Необхідно відзначити, що об'єктом соціальної практики можна вважати будь-яку межу матеріальної й духовної дійсності, яка оточує суб'єкта практики. При цьому суб'єкт володіє активною «свідомістю» особистості (волею), а об'єкт наділений власною пасивною «природою»¹¹.

⁸ Керимов Д. А. Методология права. – М.: Аванта, 2001. – С. 325-330.

⁹ Алексеев П. В. Философия / П. В. Алексеев, А. Ф. Панин. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – С. 274.

¹⁰ Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М. : Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – С. 115.

¹¹ Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2006. – С. 24.

У свою чергу спірним представляється твердження про те, що результати практичної діяльності проявляються у двоякій формі: зміна форми й/або змісту об'єкта, а також зміна модельних бачень суб'єкта.

Безсумнівним є те, що в наслідок цілеспрямованого впливу суб'єкта практики на її об'єкт, останній зазнає перетворення. Твердження ж того, що в результаті перетворення об'єкта практики відбувається зворотна трансформація свідомості її суб'єкта, може бути висловлене тільки на тлі сформованого ще в радянський час принципу «взаємозв'язку теорії й практики» у цілому.

Що ж стосується результату соціальної практики, то правильним було б тут вважати таким тільки перетворення її об'єкта, внаслідок цілеспрямованих дій суб'єкта. При цьому ми згодні з тим, що отриманий результат (придбаний досвід) безсумнівно вплине на свідомість суб'єкта практики й стане основою для корекції старого напрямку (а може й стане основою для вибору зовсім нового напрямку) його дій наступного разу, але наступний раз буде вже новим проявом соціальної практики зі своїми цілеспрямованими діями суб'єкта практики для перетворення її об'єкта. Тому, вважати результатом соціальної практики зміну свідомості (мислення) суб'єкта практики, нам вбачається не зовсім логічно-послідовним, тому що такі цілі в конкретному випадку суб'єктом практики не ставляться.

Юридична практика, як родова категорія, являє собою структурну ланку соціальної практики, як типової категорії, залучену в правову систему суспільства й в процес правового регулювання. Юридична практика сприяє інтеграційним процесам у правовій системі суспільства, зв'язує суб'єктивні права і юридичні обов'язки, нормативні приписи й прийняті на їхній основі рішення. Юридична практика відіграє істотну роль у забезпеченні розвитку й функціонування правової системи, сприяє юридичній зміні існуючих суспільних відносин. Юридичну практику слід бачити там, де люди ухвалюють рішення щодо прав і обов'язків.

Оскільки за своїм значенням для держави, юридична практика безсумнівно займає більш високу позицію, ніж багато інші різновидів соціальної практики, то й вимоги до її сутності, змісту й форми повинні бути більш суворими.

Юридична практика по своїй природі охоплює такі стадії, як пізнання правової дійсності і її перетворення на основі отриманої інформації, накопиченого досвіду. У ході юридичної практики

здійснюються пізнавальні процеси, спрямовані на розуміння й пояснення змін, що відбуваються при регулюванні реальних суспільних відносин.

Юридична практика вбирає в себе, а потім видає, поставляє об'єктивну інформацію про різні сторони правової дійсності. Ці відомості дозволяють підвищити якість і ефективність регулювання суспільних відносин, забезпечують динамізм права. Юридична практика розвиває здатність прогнозувати можливі зміни в правовій сфері, виявляючи тенденції й закономірності розвитку й функціонування правової системи суспільства.

Незважаючи на величезний соціально-корисний потенціал юридичної практики, дотепер у науковій літературі відсутня єдина точка зору із приводу сутнісно-змістовних характеристик даної категорії.

Так, одні автори¹² зводять кількість даних точок зору до трьох.

Суть першої точки зору в тому, що одні вчені ототожнюють юридичну практику з юридичною діяльністю в цілому. Говорячи про те, що «юридична практика охоплює всю предметно-практичну діяльність суспільства й держави по створенню норм права і їх переводу на рівень конкретних правовідносин»¹³.

Іншої точки зору дотримуються ті, які розмежовують ці два поняття, відносячи до юридичної практики тільки *певні підсумки, об'єктивний досвід правової діяльності*. Вони говорять про те, що необхідно «суворо розрізнати практику як конкретну організаторську діяльність в області права й практику як підсумок, результат цієї діяльності. Перша – це сфера фактичного життя права, основа наукового пізнання, що надає йому зміст і цінність; друга – один зі специфічних правових феноменів, що включається в правове регулювання. Хоча об'єктивний досвід реалізації права й відображає практику в першому із зазначених значень, – це все-таки не сама по собі діяльність, а її підсумок, результат»¹⁴.

¹² Див.: Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1989. – С. 43-44; Карташов В. Н. Юридическая практика // Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юрист, 2001. – С. 497; Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – С. 115.

¹³ Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – С. 115.

¹⁴ Алексеев С.С. Общая теория права. – М.: Юрид. лит., 1981. Т. 1. – С. 341.

Даної точки зору дотримується й ті, хто вважає втіленням такого досвіду устояні результати юридичної діяльності¹⁵.

Третя точка зору – це коли будь-який вид юридичної практики розглядається в нерозривній єдності *правової діяльності й сформованого на її основі соціально-правового досвіду*¹⁶.

У цьому ж зв'язку юридична практика визначається як «діяльність компетентних суб'єктів по прийняттю (тлумаченню, застосуванню й т.п.) юридичних приписів, узятя в єдності з накопиченим соціально-правовим досвідом»¹⁷ і як «єдність юридичної діяльності й результату (досвіду) цієї діяльності»¹⁸.

Критика двох перших точок зору очевидна, тому що помилковість цих позицій впливає з їхньої категоричності.

У першому випадку, з поняття юридичної практики виключається такий важливий її елемент, як юридичний досвід, що суперечить розглянутому вище філософському сприйняттю соціальної практики в цілому. До того ж, для юридичної діяльності структурно характерна мета діяльності, а не її результат¹⁹, що суперечить змістовному наповненню практики.

У другому – результати й досвід відмежовуються від самої юридичної діяльності, без врахування того, що перетворення правової сфери відбувається в процесі як раз діяльності, при здійсненні конкретних правових дій і операцій. До того ж, «розглядаючи юридичну практику тільки як певний досвід або результат, ми не маємо змоги побачити зміст функцій такої практики»²⁰.

Дані критичні зауваження дозволяють нам виділити такі важливі сутнісні компоненти юридичної практики, як юридична діяльність і соціально-правовий досвід.

¹⁵ Малишев Б. В. Судова практика: поняття, ознаки, структура / Б. В. Малишев // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2005. №2. – С. 23.

¹⁶ Палагіна Е. Н. Функции юридической практики : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Саратов : Саратов. гос. акад. права, 2003. – С. 8.

¹⁷ Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах. – М.: Юристъ, 2002. – С. 197.

¹⁸ Зміївська С. С. Судова практика як джерело формування та розвитку права (загальнотеоретичний аналіз): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х. 2012. – С. 22.

¹⁹ Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні дослідження : автореф. дис... д-ра юрид. наук : 12.00.01. – К., : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2007. – С. 16.

²⁰ Зміївська С. С. Вказана праця. – С. 21.

Соціально-правовий досвід являє собою певний навик здійснення юридичних операцій і застосування юридичних засобів.

Юридична діяльність як виконання певних юридичних операцій і застосування певних юридичних засобів, є не менш важливим і більш об'ємним сутнісним компонентом юридичної практики, чим соціально-правовий досвід, який являє собою лише її концентроване й узагальнене вираження.

За визначенням діяльність розуміється як «співвідношення (взаємозв'язок, взаємодія) людини з навколишнім світом»²¹, як «прояв фізичних здатностей людини пристосовуватися, творити, змінювати, використовувати й перетворювати природне й соціальне середовище свого проживання»²².

У філософській, соціологічній і психологічній літературі діяльність людини розглядається в самих різних площинах, але по-різному. Про неї говорять, як про якийсь реальний процес, що складається із сукупності дій і операцій; як про взаємозв'язок протилежних, але, що передбачають одна одну акцій (дій); як про силу, що створює культуру²³.

Специфічними рисами людської діяльності є: цілеспрямованість (досягнення свідомо поставленої мети); усвідомлення (аналіз ситуації, вибір засобів і способів досягнення мети, планування, продуманість).

Юридична діяльність, яка одночасно є «і трудовою, і політичною, і моральною»²⁴, являє собою складну, високоорганізовану, динамічну людську діяльність, органічно включену в соціально-політичний і правовий механізм суспільства.

По своїй суті юридична діяльність є прояв волі суб'єктів прав чи обов'язків, яка спрямована на досягнення правової мети²⁵.

Юридична діяльність націлена на створення й реалізацію права, в чому вона й відрізняється від інших видів діяльності людини. У правотворчості її сфера обмежується встановленням нормативних

²¹ Беляев В. П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. – 2004. – №6. – С. 6.

²² Атаманчук Г. В. Управление: сущность, ценность, эффективность: Учебное пособие для вузов. / Г. В. Атаманчук. – М. : Акад. Проект: Культура, 2006. – С. 13.

²³ Антонов А. С. Юридическая деятельность: понятие, структура и содержание // Юридическое образование и наука. – 2002. – №1. – С. 42.

²⁴ Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1989. – С. 4.

²⁵ Беляев В. П. Вказана праця. – С. 11.

приписів. На стадії реалізації норм права юридична діяльність являє собою предметно-практичну діяльність громадян і інших осіб, здійснювану в процесі виникнення, зміни або припинення правовідносин.

Юридична діяльність є динамічним постачальником досвіду, фундаментальним наповнювачем юридичної практики.

Однак не будь-яка юридична діяльність формує зміст юридичної практики. Такою, як ми вже бачимо, може бути тільки юридична діяльність, здійснювана на нормативній основі компетентним державним органом (посадовою особою), що передбачає позитивні соціальні перетворення, проведена на основі напрацьованого соціально-правового досвіду, вінцем якої є формально виражений результат.

У цьому зв'язку, вважаємо, що найважливішим сутнісним компонентом юридичної практики, поряд з вищевказаними, є і її результат.

Результат юридичної практики – це втілений підсумок відповідних дій і операцій її суб'єктів. Результат – це завершена й досягнута мета всієї діяльності, те, заради чого вона споконвічно починалася й до чого в остаточному підсумку була спрямована, те, заради чого формується соціально-правовий досвід. Починаючись із ідеального (формального) передбачення результату, юридична діяльність, збагачена соціально-правовим досвідом, закінчується одержанням фактичного результату (продукту), що вносить новизну в механізм правового регулювання й позитивні зміни в громадське життя, що й становить суть юридичної практики.

В зв'язку з тим, що юридична практика являє собою різновид соціальної практики, то їй властиві риси, характерні для практики взагалі, але при цьому юридична практика наділена цілим рядом відмінних ознак, що дозволяють розглядати її як відносно самостійний вид соціальної практики.

Насамперед, таким є здійснення юридичної практики тільки компетентною особою, наділеною державно-владними повноваженнями. Прості громадяни не можуть бути суб'єктами юридичної практики.

Крім того, юридична практика є нормативно врегульованою, офіційною юридичною діяльністю. Діючі правові приписи встановлюють компетенцію її суб'єктів, межі їх повноважень, перелік використовуваних засобів і прийомів, шляхи досягнення намічених цілей, способи закріплення отриманих результатів. Таке впорядкування нормативними

приписами робить юридичну практику більш стабільною, стосовно інших видів соціальної практики.

Також, юридична практика – це нормативно схвалювана, позитивна соціально-перетворююча діяльність. Вона тягне різноманітні матеріальні, політичні, духовні, соціальні зміни й завжди породжує певні юридичні наслідки. Юридична практика тією чи іншою мірою впливає на всі сторони життя суспільства, сприяючи розвитку процесів, що відбуваються в ньому, або гальмуючи їх. Це методологічно важливе положення слід мати у виді при формуванні й реалізації будь-яких планів і програм економічної, політичної, соціальної й іншої перебудови суспільства. На відміну від теоретичної (наукової) діяльності, де виробляються гіпотези, ідеї, поняття, юридична практика спрямована на об'єктивно-реальну зміну навколишньої дійсності.

Юридична практика відноситься до діяльності, що припускає збирання, нагромадження, аналіз, офіційне підтвердження й реєстрування необхідної інформації. У процесі здійснення юридичної практики відбувається оцінка чинного законодавства, фактичних обставин конкретних правовідносин, а також інших обставин, що дозволяє суб'єктам у сукупності правильно оцінити ситуацію й прийняти обґрунтоване і кваліфіковане рішення, що вносить новизну в механізм правового регулювання.

Юридична практика має процесуальний характер і являє собою систему взаємозалежних, спеціально впорядкованих, що впливають одна з одної дій і операцій, націлених на досягнення загальної мети, що й приводять за допомогою відповідних прийомів і засобів до певного результату.

Крім цього, специфічною рисою юридичної практики є те, що в сукупності із правом і правосвідомістю юридична практика є найважливішим компонентом правової системи будь-якої держави. Без неї неможливе виникнення, розвиток і функціонування правової системи. Юридична практика зв'язує воедино різні, іноді протилежні, юридичні категорії (суб'єктивні права і юридичні обов'язки в рамках правовідносин; правові ідеї й прийняті рішення в правотворчості й правореалізації і т.д.).

Виступаючи різновидом соціальної практики, юридична практика має значний ступінь колективності. Цьому сприяє також те, що «будь-яка юридична діяльність припускає відповідні форми співробітництва між її

суб'єктами й учасниками, обмін інформацією й результатами, а також те, що соціально-правовий досвід, що накопичується, є сукупним продуктом спільної діяльності»²⁶.

Аналіз відзначених рис і особливостей юридичної практики показує, що вона займає відносно самостійне місце в правовій системі суспільства й відіграє істотну роль у механізмі правового регулювання.

Таким чином, юридичну практику можна визначити, як опосередковувану правом, що породжує юридичні наслідки, офіційну діяльність компетентних органів і осіб, здійснювану на основі накопиченого соціально-правового досвіду й спрямовану на одержання формально вираженого результату, що вносить новизну в механізм правового регулювання й позитивні зміни в громадське життя.

Юридична практика тією чи іншою мірою повинна забезпечуватися заходами матеріального, організаційного, кадрового, наукового й іншого характеру.

Невід'ємною властивістю юридичної практики повинен бути професіоналізм її суб'єктів. Так, основні різновиди юридичної практики (правотворча, правозастосовна, судова, слідча й т.п.) являють собою специфічні провадження, відповідним чином організовані й сплановані, де є необхідні виробники й споживачі, засоби й методи, технології та інше. Тому, як і в будь-якому іншому виробництві, тут потрібен високий професіоналізм і ресурсозабезпеченість, що визначає наявність у суб'єктів юридичної практики відповідної професійної підготовки й кваліфікації.

Відзначимо, що юридична практика являє собою досить складне (поліструктурне) утворення, що складається з багатьох елементів і зв'язків, які забезпечують її цілісність. При цьому юридична практика піддається впливу багатьох факторів соціальної дійсності.

Конструктивними (структурними) елементами юридичної практики виступають її об'єкт, суб'єкт і зміст.

Об'єктом юридичної практики є те, на що спрямовані юридичні дії її суб'єктів. Прийнято виділяти «первинні й вторинні об'єкти»²⁷. Оскільки сама юридична діяльність «насамперед спрямована на суспільні

²⁶ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2001. – С. 498.

²⁷ Беляев В. П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. – 2004. - №6. – С. 17.

відносини»²⁸ з метою їх перетворення, регулювання, забезпечення, закріплення, охорони, відновлення, то ці відносини й будуть первинним об'єктом юридичної практики. З іншого боку, люди вступають у відносини один з одним з метою задоволення своїх потреб, у такий спосіб можна виділити й вторинні об'єкти юридичної практики – матеріальні й нематеріальні блага людини, процеси й стан природного середовища, інші предмети і явища, включені у відповідний юридичний процес.

Суб'єкт юридичної практики – це здійснююча юридичну діяльність особа (державний орган), що володіє спеціальною компетенцією. Від нього безпосередньо залежить ухвалення рішення про права й обов'язки (суддя, слідчий, нотаріус, правотворчий орган і т.д.). Дії суб'єктів юридичної практики суворо регламентовані.

Інших осіб, які, так чи інакше, сприяють суб'єктам у виконанні правових операцій можна називати *учасниками юридичної практики*. У якості таких можуть виступати, наприклад, свідки, поняті, експерти, потерпілі і т.д. У нормативних актах закріплені тільки їх права й обов'язку, дії ж учасників юридичної практики не є строго регламентованими й залежать від суб'єктів такої практики. Хоча остаточне рішення ухвалює суб'єкт юридичної практики (прокурор реагує на порушення закону, ревізор готує акт перевірки), учасники практики не відіграють роль статистів і, у визначених законом випадках, можуть не погоджуватися з рішенням суб'єкта по конкретній справі (народні засідателі можуть не розділяти позицію судді).

Необхідно відзначити, що поняття суб'єкта юридичної діяльності ширше, чим поняття суб'єкта юридичної практики. Наприклад, юридична діяльність здійснюється адвокатами, однак в силу її «усності»²⁹ і представницького характеру, не може бути розцінена як юридична практика. Також у число суб'єктів юридичної діяльності, як діяльності усвідомленої й цілеспрямованої, доцільно включати й дієздатних громадян (приватних підприємців, вчених і т.д.), діяльність яких у сфері права не представляється не корисною та безцільною.

Важливим конструктивним елементом юридичної практики виступає її зміст. У силу складної конструкції своєї сутності (сукупність

²⁸ Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1989. – С. 60.

²⁹ Норбер Р. Историческое введение в право. – М., NOTA BENE, 2005. – С. 195.

діяльності, досвіду й результату), зміст юридичної практики становить сукупність змістовних характеристик кожного з елементів її сутності.

Зміст юридичної діяльності становлять: юридичні дії й операції; ціль; методи; правові засоби.

Юридичні дії й операції прийнято співвідносити як частину й ціле³⁰.

Дії суб'єкта юридичної практики являти собою зовні виражені, соціально-перетворюючі та такі, що тягнуть певні правові наслідки, акти цих суб'єктів, які служать фундаментом, основою будь-якої юридичної діяльності (наприклад, забезпечення цивільного позову; проведення контрольної перевірки; оформлення спадщини у нотаріуса і т.п.).

Операції являють собою сукупність взаємозалежних між собою дій, об'єднаних локальною метою й спрямованих на вирішення якогось, відокремленого в рамках юридичного процесу, завдання (прийняття заяви про вжиття заходів забезпечення позову, видача керівником контрольного органу направлення на перевірку, підпис документу нотаріусом і т.п.).

Дії й операції дозволяють добитися поставленої мети за допомогою правових засобів, застосовуючи різні методи.

Мета являє собою те, до чого прагне суб'єкт – це майбутній результат (його модель), здатний задовольнити кінцеву потребу при наявних реальних можливостях, оцінених за результатами минулого досвіду. Метою дій і операцій суб'єктів юридичної практики виступає створення певних юридичних наслідків, які вносять зміну в громадське життя й механізм правового регулювання. Ціль у цьому випадку відрізняє максимальна конкретика за умовами місця, часу, способу її досягнення.

У якості правових засобів виступають, не заборонені законом інструменти і технології їх застосування (експертиза та процедура її призначення), за допомогою яких забезпечуються досягнення мети й необхідний результат. Вони становлять як би інструментальну частину практичної діяльності й використовуються для встановлення й фіксації фактів, аналізу юридичної «матерії», винесення й оформлення рішень, організації контролю над їхнім виконанням.

³⁰ Беляев В. П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. – 2004. – №6. – С. 17.

Методи, застосовувані в юридичній практиці, спрямовані на внутрішню організацію й регулювання юридичної діяльності по перетворенню того або іншого об'єкта. Метод, як правило, застосовується не ізольовано, сам по собі, а в комбінації, взаємодії з іншими методами. А це значить, що кінцевий результат юридичної практики багато в чому залежить від того, наскільки вміло й ефективно використовується евристичний потенціал кожного методу й усіх методів у їх взаємозв'язку. У своєму застосуванні будь-який метод модифікується залежно від конкретних умов (наявності тих або інших засобів), цілей дослідження, характеру вирішуваних завдань, особливостей об'єкта, тієї або іншої сфери застосування методу (правотворчість, правореалізація, тлумачення права). *Методи (методики)*, застосовувані в юридичній практиці, різні й численні (аналіз, синтез, дедукція, індукція, порівняння, аналогія, моделювання, експеримент, спостереження і т.д.).

Змістовну сторону результату юридичної практики становлять формальні наслідки видання, зміни, скасування, тлумачення, конкретизації, інтерпретації, використання, застосування нормативних приписів.

Під такими формальними наслідками й розуміється завершена та досягнута мета юридичної практики, те, заради чого вона замислювалася й до чого, в остаточному підсумку, була спрямована. Результат юридичної практики повинен мати належне формальне вираження. На відміну від результату звичайної юридичної діяльності, результат юридичної практики повинен певним чином формально фіксуватися. Така фіксація може бути різною. В одних випадках це можуть бути різні узагальнення (аналіз) практики – які мають більше інформативний характер. В інших – різні вказівки й роз'яснення з питань однакового застосування норм законодавства, які за визначенням вже мають певний ступінь нормативності. У виняткових випадках такий результат може виражатися у формі прецедентів і правових норм.

Що стосується змістовної сторони соціально-правового досвіду, то вона формується в процесі виділення в самих юридичних діях, операціях і досягнутих результатах чогось найбільш раціонального, доцільного, передового, загального й корисного, що має важливе значення для правового регулювання суспільних відносин і подальшого вдосконалювання юридичної практики.

Говорячи про форму юридичної практики, як спосіб організації й зовнішнього вираження її змісту, прийнято виділяти внутрішню й зовнішню форми юридичної практики³¹.

Зовнішньою формою тут виступають різноманітні юридичні акти-документи (нормативні й індивідуальні, судові й слідчі, нотаріальні та ін.) у яких закріплюються правові дії й операції, методи й засоби їх здійснення, винесені рішення.

До внутрішньої форми відноситься процедурно-процесуальне оформлення практики, яке визначає коло її суб'єктів, обсяги їх процесуальних прав і обов'язків, умови вступу в правовий процес і вибуття з нього, порядок оперування засобами й методами, строки й час здійснення дій, процесуальні гарантії, умови й процедуру прийняття й виконання рішень, порядок їх закріплення й опротестування (оскарження) і інші процедурні вимоги, що зв'язують у єдине ціле різноманітні властивості й елементи здійснюваної специфічної діяльності.

Функції юридичної практики – це відносно відособлені, засновані на узагальненому соціально-правовому досвіді, основні напрямки впливу юридичної практики на об'єктивну й суб'єктивну реальність, що припускають удосконалювання правової матерії й соціальної дійсності в цілому.

Саме у функціях юридичної практики проявляється й конкретизується її природа, творчо-перетворююча роль й соціально-правове призначення в житті суспільства.

Правознавцями виділяються різні функції юридичної практики. Не ставлячи метою глибокий аналіз і докладне вивчення цих функцій, обмежимося їх короткою характеристикою, беручи за основу класифікацію запропоновану деякими вченими³².

Гносеологічна функція юридичної практики забезпечує пізнання навколишньої дійсності, при якому досягнуті результати служать своєрідними критеріями істинності й ефективності роботи юридичних механізмів.

Здійснюючи сигнально-інформаційну *функцію*, юридична практика реалізує свої відображаючі здатності, сповіщаючи суспільство про

³¹ Оборотов Ю. М. Теория государства и права (прагматический курс). – Одесса: Юридична література, 2006. – С. 78.

³² Палагіна Е. Н. Функцию ридической практики : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Саратов : Саратов. гос. акад. права, 2003. – С. 4.

здобутки й недоліки правового регулювання, про різноманітні правові цінності, надаючи інформацію, що підтверджує або спростовує певні припущення, які усувають різного роду колізії й конфлікти.

У рамках функції, що орієнтує, юридична практика направляє поведінку суб'єктів по певному шляху з метою досягнення бажаних (з погляду перспективи суспільного розвитку) результатів, орієнтує законодавця й правозастосовувача на реальні соціальні цінності й інтереси, на оптимізацію змісту суспільних, групових і індивідуальних інтересів. Ця функція націлена на зниження гостроти протиставлення законності й доцільності правових актів, на здійснення нормативного й індивідуального впорядкування суспільних відносин для внесення в них необхідної погодженості, порядку й гармонії.

Прогнозування, здійснюване практикою, це теоретичний процес по вирішенню практичних завдань передбачення в правовій сфері. На основі передбачення можливих змін у правовій сфері й аналізу процесів, що відбуваються в ній, реалізуючи свої можливості зіставляти загальносоціальні і юридичні закономірності розвитку й функціонування правової системи суспільства, а також відслідковувати їхній прояв у навколишній дійсності, юридична практика робить висновки про тенденції й перспективи розвитку правових явищ.

У ході реалізації функції відновлення й коректування права юридична практика впливає на процес формування й розвитку права за допомогою втілення в закон правил, які склалися в діяльності суб'єктів практики.

Правоконкретизуюча функція юридичної практики припускає конкретизацію, деталізацію змісту діючого права й утворюючих його нормативних приписів, результатами яких виступають більш конкретні норми права, індивідуальні правила поведінки, індивідуальні й нормативні правоконкретизуючі положення.

У межах правозабезпечувальної функції юридичної практики здійснюються дії, спрямовані на правове, інформаційне, суспільно-політичне, виховне, соціологічне, матеріальне, економічне, організаційне, спеціально-юридичне забезпечення тієї або іншої юридичної діяльності, процесу правового регулювання в цілому.

Для правової системи суспільства характерно одночасне функціонування різноманітних типів, видів і підвидів юридичної практики.

Залежно від характеру, способу перетворення суспільних відносин вона буває: правотворчою, правозастосовною, інтерпретаційною. Залежно від суб'єктів: законодавчою, виконавчою, судовою, слідчою, нотаріальною і т.д. Залежно від функціональної ролі: регулятивною й охоронною³³.

Кожний з типів, видів і підвидів юридичної практики специфічний по своїй природі, елементах змісту й форми, функціям і іншим важливим аспектам. Усе це важливо враховувати як у науковому і навчальному пізнанні, так і в конкретній практичній діяльності.

Говорячи про судову практику в правовій системі України, необхідно зробити акцент на тому, що такий вид юридичної практики в цілому визначається вченими в якості основного.

Список використаних джерел

1. Алексеев П. В. Философия / П. В. Алексеев, А. Ф. Панин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – 608 с.
2. Алексеев С. С. Общая теория права. – М.: Юрид. лит., 1981. Т.1. – 361 с.
3. Антонов А. С. Юридическая деятельность: понятие, структура и содержание // Юридическое образование и наука. – 2002. – №1. – С. 42-46.
4. Атаманчук Г. В. Управление: сущность, ценность, эффективность: Учебное пособие для вузов. / Г. В. Атаманчук. – М.: Акад. Проект: Культура, 2006. – 543 с.
5. Беляев В. П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. – 2004. – №6. – С. 5-26.
6. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. – М.: МЕДИУМ, 1995. – 323 с.
7. Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні дослідження : автореф. дис... д-ра юрид. наук : 12.00.01. – К., : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2007. – 35 с.
8. Зміївська С. С. Судова практика як джерело формування та розвитку права (загальнотеоретичний аналіз): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х. 2012. – 208 с.
9. Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1989. – 218 с.

³³ Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах. – М.: Юристъ, 2002. – С. 197-198.

10. Карташов В. Н. Юридическая практика // Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2001. – 776 с.
11. Керимов Д. А. Методология права. – М.: Аванта, 2001. – 560 с.
12. Малишев Б. В. Судова практика: поняття, ознаки, структура / Б. В. Малишев // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2005. №2. – С. 22-27.
13. Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах. – М.: Юристъ, 2002. – 298 с.
14. Норбер Р. Историческое введение в право. – М., NOTA BENE, 2005. – 667 с.
15. Оборотов Ю. М. Теория государства и права (прагматический курс). – Одесса: Юридична література, 2006. – 184 с.
16. Основы современной философии / Под ред. М. Н. Росенко. – СПб. М.: Гардарики, 2001. – 331 с.
17. Палагина Е. Н. Функции юридической практики : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Саратов : Сарат. гос. акад. права, 2003. – 26 с.
18. Плавич В. П. Проблеми сучасного право розуміння : Теоретико-методологічний та філософський аналіз / В. П. Плавич. – Одеса : Астропринт, 2011. – 232 с.
19. Плавич В. П. Проблеми сучасного право розуміння / В. П. Плавич. – Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. – 216 с.
20. Спиркин А. Г. Философия. – М.: Гардарики, 2000. – 368 с.
21. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – 528 с.
22. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2001. – 776 с.
23. Философский энциклопедический словарь / Редкол.: Аверинцев С. С., Араб-Оглы Э. А., Ильичёв Л. Ф. и др. – М.: Сов. энциклопедия, 1989. – 815 с.
24. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2006. – 194 с.
25. Шугальский С. С. Социальные практики: интерпретация понятия / С. С. Шугальский // Знание. Понимание. Умение. – М.: Изд-во МГУ, 2012. – №2. – С. 276-280.

РОЗДІЛ V. ФЕНОМЕН ДУШІ АБО ЕНЕРГОІНФОРМАЦІЙНА СУТНІСТЬ В ПРЕДМЕТНОМУ ПОЛІ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОГО АНАЛІЗУ: В РАМКАХ РАЦІОНАЛЬНОГО ТА ІРРАЦІОНАЛЬНОГО

Відповідність екзистанційного та опредмечуваного в формах інформаційного осягнення духотворення в людині завжди замикається відкритою, актуальною і дискусійною, Глибокі підвалини права потребують дослідження цієї проблеми. І на сьогодні, ще не визначеним залишається феномен «Душі» в контексті її соціально-культурної концептуалізації.

Для юриспруденції управління природним самоконтролем суб'єкта, зокрема для кримінального процесу та криміналістики, максимальне використання природного самоконтролю має важливе значення¹.

Через поняття «душі» і «душевного» актуалізується духовне життя індивіда. Там, де є «дух» і «душа» починається активна мисленсва діяльність. Аналіз процесу самореалізації у сфері евристичного мислення показує, що воно задає стратегію творення нового, будує цілісний образ соціокультурної реальності. Потік мислення і образів завдяки своїм власним потенціям ускладнюється і спонтанно відбудовує себе: відбувається самозростання цілого з частин в результаті само ускладнення цих частин².

Актуальність феномену «душі» обумовлена тим, що в ньому зішлися інтереси класичної і некласичної філософії, психології, юриспруденції, етики, мистецтва і власне науки. Системний аналіз показує численні звернення до проблеми «душі» видатних мислителів різних епох, починаючи з античних філософів: Геракліта, Сократа, Платона, Парменіда, Аристотеля, Р. Декарта, Б. Спінози, Дж. Локка, Г. Гегеля, Павла Флоренського і багатьох інших. І в мистецьких пошуках

¹ Plavich V. P. Natural Sele control or the subjet: lunctioning and managent // The Genesis of genius, Geneva, Switzerland, March 2017, № 8. – P. 169-176; Плавич В. П. Управление природным самоконтролем субъекта и его максимальное применение. Правова держава. – Одеса: Фенікс, 2017. – С. 14-23.

² Іванова Н. В. Духовно-онтологічні стратегії мислення: соціально-філософський аналіз. Автореф. дис. на здобуття наукового ступеня доктора філос. наук. – Одеса, 2017. – С. 29; 30.

– її певна «візуалізація» є в роботах В. Кандинського, П. Філонова, П. Пікассо та інших митців.

Основи пропозицій концепту, який пов'язаний з пізнанням духовного, і, зокрема, «Душі», після його трактування у П. Абеляра, запропоновані в роботах Н. Д. Арутюнова, С. А. Аскольдова-Алексеева, С. Г. Воркачева, Д. С. Лихачева, С. Х. Ляпіна, В. П. Нерознака, М. В. Піменової, Н. В. Іванової, Ю. С. Степанова та інших.

Одна із проблем в пізнанні феномену «душі» пов'язана з методологією філософського пізнання в цілому, на що звертають увагу, зокрема Р. Рорті, П. Стросон, Г. Щедровицький та інші. Так, зокрема, Р. Рорті зазначає, що «ніхто повністю не впевнений являються чи питання, які обговорюються, необхідними питаннями, або просто випадковими побудовами»³. За думкою Р. Рорті, «ми повинні утверджувати себе через вираження порівняно кращих запитань, а не засобом порівняно кращих відповідей на вічні «глибокі», «фундаментальні питання», на які наші попередники відповідали погано»⁴.

Безумовно, мати таке бачення і вести такі судження, це великий ризик і ще більша відповідальність, бо існує же позиція, у якій твердо і безповоротно сказано – щось людина має знати, а щось їй не дано знати. Так, зокрема, Г. Щедровицький зауважує, що «...це взагалі не наша з Вами прерогатива, як там в об'єкті знає Господь Бог, але ніколи не говорить. В крайньому випадку цим може займатись такий інститут як Наука...»⁵. Актуальна думка і про соціальну природу пізнання феномену «душі» у Г. Щедровицького, що «...в ненормально організованому суспільстві, там абсолютний дух...співпадає з масовою культурою...І тезис мій тому більш невизначений – усвідомлено я роблю його більш невизначеним. Не «абсолютний дух», а «дух – і душа»⁶.

Так як питання «душі» фактично індивідуальне – особистісне, що слідує із історії її тлумачення, то фактично велика проблема суспільства сьогодення відображається в проблемі однієї людини, адже кожна людина – це частка всього і із часток складається вже цілісне людство. Іншими словами – високодуховне суспільство, це кожна високодуховна

³ Рорті Р. Историография философии: четыре жанра / Рорті Р. – М., 1998. – С. 114-115.

⁴ Там само. – С. 116

⁵ Щедровицький Г. П. На досках. Публичные лекции по философии / Щедровицький Г. П. – М., 2004. – С. 71.

⁶ Там само. – С. 72.

людина, і кожна високодуховна людина, об'єднуючись із іншими, створює високодуховне суспільство.

Але ж, як би там не було, які протилежні думки не були б, саме втрата традиції осмислення феномену «душі» спонукає до зворотнього спрямування роздумів людини в сторону відродження, реконструкції (змін, правок старих понять з метою відкриття і придання нових властивостей в майбутньому), деструкції (заперечення традиції з ціллю виявлення прихованого смислу), або ж деконструкції (розуміння засобом руйнування стереотипу або включення його в новий контекст) всього осмисленого надбання людства.

Процес формації самого поняття «Душі» доповнювався теорією анамнезу (пригадування того, що «Душа» знала до свого народження в Божественному світі), тобто природа «Душі» вже за часів Платона розглядалась теоретично із протяжністю у всьому можливому для людини часовому спрямуванні. Саме момент «мислення» «Душею» вже в Сократа є місцем зустрічі з істиною: «...душа стикається з істиною...коли вона пробує що-небудь разом із тілом, то воно, як видно, вводить її в оману»⁷.

Аристотель на початку своєї роботи «Про Душу» пише, що «признаючи пізнання справою прекрасною і гідною, але ставлячи одне значення вище другого або по ступені досконалості, або тому, що воно значення про більш високе і дивне, було б вірним по тій та іншій причині приділити дослідженню душі одне із перших місць»⁸. На питання про те, що таке моя «душа», відповідь Аристотеля звучить так: «Добитись про душу чого-небудь достовірного у всіх відношеннях і безумовно найважче всього»⁹. В цій відповіді присутня думка Аристотеля про внутрішню силу, що очевидно виходить із його слів: «...душа і що вона таке; ...відноситься чи вона до того, що існує, або, скоріше, є деяка ентелехія...»¹⁰.

В прагненнях, у стремліннях душі може бути представлено щось загальне, і в цій якості душа протистоїть тілу як чомусь окремому, одиничному.

⁷ Платон. Діалоги // Платон. – К.: «Основи», 1995. – С. 163.

⁸ Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 1. // Аристотель: Ред. В. Ф. Асмус. – М., «Мысль», 1975. – С. 229.

⁹ Там само. – С. 254-255.

¹⁰ Там само. – С. 260.

Аналіз проблеми «душі» у Платона пов'язаний з проблемою «ідеального», поставленої Сократом, і одержує космічний масштаб. Цей поворот в платонізмі визначив образ європейської культури і здійснив вплив на християнство. Вчення Платона, що «світ іде, з одного боку містить досконалі зразки речей, а з іншого – ідеали людської поведінки, доброчинності (добра). Потрібно уточнити, що можливість розмістити родову сутність речі в ідеальному світі вже міститься в існуванні особливих речей, створених людиною для людини, про які часто згадує Платон. Народження і побудова Всесвіту здійснилася за зразком, який заданий деміургом як першотворцем. Саме деміург, згідно Платону, створив живе тіло і душу світу, а також окремо небо, зірки, час, землю і чотири роди живих істот. Три – смертні, а четвертий рід – безсмертний, до якого відносяться боги. Люди намагаються бути схожими в своїй діяльності на діяльність богів.

«А чого б не дав кожен з вас за те, щоб бути з Орфеєм, Гесіодом, Гомером»¹¹, – говорить Сократ в своєму останньому слові в суді.

Потрібно розрізнити «кращі» і «гірші» душі. Згідно «Федону», гірші душі сходять в Аїд, а кращі в «істинну Землю», і часто там і залишаються, одержуючи воздаяння за заслугами. Долучення до ідей «занебесних» дозволяє душам, керуючись одержаним знанням, змінювати речі. Зрештою, у вченні Платона душа за рахунок згадування, («анамнезис») підносить, возвеличує людей в їх тілесності над речами. Душа людини рухлива, і вона є своєрідним посередником між двома світами, грань між якими вона намагається подолати за допомогою руху. Потрібно враховувати різницю між розумною і нерозумною душею. Розумна частина душі поміщається в душі людини. Місцем для нерозумної душі є тіло, а між головою і тілом боги створили перепону у вигляді ший. Розумна частина душі є безсмертна, а нерозумна душа смертна завдяки своєму зв'язку з тілом. Позбувшись тіла і його безрозсудності, ми здатні опинитися там, де можна споглядати «речі самі по собі самою по собі душею»¹².

Філософ вважає, що потрібно бачити в душі активне начало, яке зводиться до природних стихій і взагалі до чогось, що нагадує тіло.

¹¹ Платон. Парменид / Платон // Собрание сочинений в 4 т.: Т. 1. – М.: Мысль, 1990. – С. 314.

¹² Платон. Пир / Платон // Собрание сочинений в 4 т.: Т. 2. – М.: Мысль, 1993. – С. 18.

В душі присутня єдність, яка відрізняє її від стихії. Але при цьому душа, постійно повторяє Аристотель, не може бути чимось подібним до тіла. Інакше наявність душі в тілі буде означати присутність в одному і тому ж місці двох тіл. Душі не можуть складатися з тих чи інших природних начал. Душа не здатна до руху і саморуку і, відповідно, не може займати певне місце в просторі. Допустивши переміщення душі самою по собі, пише Аристотель, ми тим самим допускаємо, що, вийшовши з тіла, вона може потім повернутися в нього «З цього слідувало б, – вказує мислитель, – що живі істоти, померши, могли б ожити»¹³. Зважаючи на вищесказане, душа не може повідомляти тілу рухи ззовні, будучи в чомусь подібною йому. До неї не можуть бути застосовані ніякі тілесні характеристики. І, тим не менше, душа безпосередньо пов'язана з тілом. В першу, чергу, душа постає як ентелехія тіла. Тобто вона здійснює сутність живого тіла. Іншими словами, душа як здійснена сутність є сутністю живого тіла в дії. Структура і облаштування живого тіла несе в собі можливість життя, і душа перетворює її в дійсність. Звідси загальне визначення душі в Аристотеля: «Душа є перша ентелехія живого тіла, яке володіє органами»¹⁴.

«Мислячій душі, душі, яка розмірковує, – пише Аристотель в трактаті «Про душу», – уявлення ніби заміняють відчуття. Стверджуючи або заперечуючи благо чи зло, вона або уникає його, або прагне до нього; тому душа ніколи не мислить без уявлень, а подібно тому, як повітря певним чином діє на зрачок, а сам зрачок – на інше... (так само уявлення впливають на мислячу душу)». І далі він робить висновок: «Таким чином, мисляче мислить форми в образах... Іноді за допомогою образів, які містяться в душі, або мислячи розумом, начебто бачачи очима, міркує і приймає рішення про майбутнє, виходячи з теперішнього»¹⁵.

В трактаті «Про душу» мова йде про досягнення зовнішньої форми речей через відчуття, досягнення їх загальних властивостей через «загальне почуття» і, нарешті, про знання субстанціональної форми, котре пов'язане з розумом. «Тому праві ті, – пише в зв'язку з цим Аристотель, – хто говорить, що душа є місцезнаходження форм, з тією обстановкою, що не все душа, а мисляча частина, і має форми не в дійсності, а у

¹³ Аристотель. О душе / Аристотель // Сочинение: В 4-х т. – М.: Мысль, 1975. – Т. 1. – С. 221-223.

¹⁴ Там само. – С. 225.

¹⁵ Там само. – С. 438-439.

можливості... «Те, що ми називаємо розумом в душі, до того, як воно мислить, не є що-небудь дійсне з існуючого (я розумію під розумом те, чим душу мислить і судить про щось). Тому немає розумної основи вважати, що розум поєднаний з тілом»¹⁶.

Визнання, що душа, інтелект, мислення і існують окремо від тіла, виходить з розуміння душі як ентелехії, і, зрештою, й спрямоване на укорінення душі в самому живому організмі. Іншими словами, в аристотелівській трактовці життя і відчуття, властивих живому організму, домінує підхід до душі як способу життєдіяльності тіла. До цього ж відноситься наступне міркування Аристотеля: «Якщо мислення є певна діяльність уявлення або не може відбуватися без уявлення, то і мислення не може бути без тіла»¹⁷.

В цьому контексті Аристотель звертається до аналізу розуму, особливо до його діяльного виміру. Діяльний розум відтворює ті форми, які недоступні досвіду. Такий розум може користуватися образами уявлення. Але це не змінює його сутності як розуму (інтелекту) «самого по собі». Адже своєрідність діяльного розуму (інтелекту) полягає в тому, що він творить знання загального, спираючись не на зовнішнє джерело, а на свої внутрішні сили і можливості. Мова, по суті, йде про особливості теоретичної діяльності, яка здійснюється розумною душею за рахунок своїх власних можливостей, відкриваючи шлях до активної мисленнєвої діяльності.

На досвіді ґрунтується усе наше знання, від нього в кінці кінців воно виходить¹⁸. На цих засадах Дж. Локк трактує «Душу» як «*tabula rasa*». По відношенню питання про матеріальну і нематеріальну природу «Душі» він вважає, що «...немає настирливої необхідності вирішувати питання в той чи іншій бік. На мій погляд, це питання знаходиться за межами нашої свідомості...»¹⁹.

Для Лейбніца активність душі – це та ознака, а точніше, принцип, який дозволяє пояснити здатність людини до творчості і, отже, можливість наукового прогресу.

¹⁶ Аристотель. О душе / Аристотель // Сочинение: В 4-х т. – М.: Мысль, 1975. – Т. 1. – С. 433-434.

¹⁷ Там само. – С. 350.

¹⁸ Локк Дж. Опыт о человеческом разуме / Локк Дж. Избр. филос. произв. Т. 1. – М., 1956. – С. 128.

¹⁹ Там само. – С. 529.

Лейбніц намагається виробити таку метафізичну концепцію душі, яка дозволила б їй висловлювати нескінченне, залишаючись кінцевою. Метафізична концепція людської душі як субстанції у Лейбніца, як ми бачимо, стала наслідком спроби вирішити гносеологічну проблему: яким чином нашу свідомість, тобто свідомість кінцевих істот, може містити нескінченне число ідей і, в тому числі, ідею нескінченного? Мета, яку він при цьому переслідував, цілком очевидна: обмежити область дослідження ідей лише людською свідомістю, не вдаючись до допомоги Бога. Це, згідно Лейбніцу, можливо, якщо наша душа, будучи кінцевою, здатна виражати усе. Підставою для такого висновку він бачить в тому, що Бог, як причина, висловлює себе через слідство. Тому душа, як і будь-який наслідок, повинна виражати свою причину, тобто Бога, і бути також нескінченною. Однак робить вона це відповідно до ступеня своєї досконалості. Обмеження у Лейбніца стосується, таким чином, способу вираження, але не об'єкта пізнання. На відміну від божественних досконалостей, людські досконалості кінцеві.

Відповідно до теорії предвстановленої гармонії, душа спочатку створена панувати над тілами, якщо її прагнення супроводжується виразними сприйняттями, які змушують її підбирати відповідні засоби, коли вона чогось захоче. З іншого боку, вона також підпорядкована спочатку тілу, правда, тільки в тій мірі, в якій вона схильна до смутних сприйняттів. Залежно від ступеня досконалості душа прагне або до виразних, або до смутних сприйняттів. Згідно Лейбніцу, «усі душі по суті є відбитками, або живими дзеркалами всесвіту, в міру можливостей кожної душі і в залежності від її точки зору і, отже, також вічні, як сам світ»²⁰. І оскільки кожне тіло, в тому числі і наше, в якійсь мірі відчуває вплив всіх інших тіл, то і наша душа приймає в цьому участь. «Бог, – говорить Лейбніц, – як би створює стільки варіантів світу, скільки в світі є душ, або творить як би зменшені копії світу, на вигляд різні, але по суті подібні. Немає нічого багатіше цієї однакової простоти з її досконалим порядком»²¹. Гіпотеза предвстановленої гармонії, на його думку, «проливає також дивовижний світ» на безсмертя нашої душі. Оскільки власна природа індивідуума «дає йому повний порядок і робить

²⁰ Секундант С. Г. Епістемологія Лейбніца в її нормативно-критичних підставах / С. Г. секундант. – Одеса: Друкарський дім, 2013. – С. 393.

²¹ Там само. – С. 393.

недоступним для будь-яких зовнішніх випадковостей», то цілісність нашої індивідуальності ніщо не порушує і ми її завжди зберігаємо.

Пояснити взаємодії душі і тіла, не вдаючись до Бога, на думку Лейбніца, неможливо. Це визнавали і окказіоналісти. Однак у Лейбніца цей акт творіння відбувається лише один раз і назавжди. Відповідно до гіпотези предвизначеної гармонії, Бог не порушує закони тіл, щоб змусити їх підкоритися душі. Навпаки, «він з самого початку створив тіла такими, щоб, слідуючи своїм власним, природним законам і тенденціям руху, вони готові були б здійснити те, що зажадає душа, коли це знадобиться; а душі, в свою чергу, створив такими, що, слідуючи своїм природним прагненням, вони теж завжди готові відображати стан тіл»²².

Так як поняття матерії не здатне пояснити феномени життя і мислення, його не можна вважати повним, а матерію, як і протяг, – досконалою сутністю. «Тому, – робить висновок Лейбніц, – необхідно допустити крім матерії щось, що було б початком як сприйняття, тобто дії внутрішнього, так і руху, тобто дії зовнішнього»²³. Таким субстанціальним початком можуть бути, на думку Лейбніца, тільки первісна сила або «перша ентелехія». Ці початкові сили, зауважує він, повинні бути «чимось аналогічним свідомості і прагненню, і, отже, їх потрібно розуміти як зразок того, як ми уявляємо собі душі». Первісну силу (*vis primitiva*), яку він називає також «першою ентелехією», Лейбніц ототожнює з душею (*anima*). Для нього, як і для Платона, «душа є щось субстанціонально просте, що не має внеположних один одному частин». Звідси випливає, по-перше, що душа не є щось протяжне і матеріальне. Вона є щось привхідне в голу матерію (*aliquid materiam nudaе superraditum*²⁴). Початкові ентелехії, наділені активністю і сприйняттям, згідно Лейбніца, розсіяні в матерії. По-друге, оскільки будь-яке руйнування в природі полягає в роз'єднанні частин, то первинна ентелехія, або душа, не може природним чином (*naturaliter*) зруйнуватися.

Душа, будучи активним початком, в поєднанні з пасивним становить повну субстанцію²⁵. Матерія, в такому випадку, може розумітися тільки як щось похідне від цих ентелехій. А саме, матерію Лейбніц характеризує як агрегат того, що містять ентелехії. Таке можливо, згідно

²² Там само. – С. 410.

²³ Там само.

²⁴ Там само. – С. 415-417.

²⁵ Там само. – С. 420.

Лейбніца, тільки в тому випадку, якщо ці ентелехії не є чимось абсолютно відокремленим від протяжного, тобто від матерії. Лейбніц опиняється перед вибором: або визнати душі протяжними, або стати на позиції анімізму і визнати, що матерія одухотворена. Однак ні перший, ні другий член альтернативи визнати він не може. Душа для нього залишається повністю позбавленою протягу. Протяжним у Лейбніца може бути тільки тіла. Однак серед тіл він визнає субстанціальні відмінності. Завдяки цьому йому вдається уникнути і анімізму, оскільки живими у нього є тільки органічні тіла. Досконалі субстанції, таким чином, являють собою єдність душі і органічного тіла.

Оскільки ця єдність є нерозривною, досконала субстанція не є агрегатом. Але щоб ця єдність була дійсно нерозривною, Лейбніц змушений визнати нетлінним органічне тіло. Тому досконалими субстанціями Лейбніц називає і органічні тіла, так як вони, на його думку, завжди володіють душею і тому є нетлінними. Щоб підкреслити, що душа і від самого початку властиве їй органічне тіло, являють собою реальну єдність, Лейбніц називає досконали субстанцію монадой, тобто одиницею. Характер цієї єдності легше буде зрозуміти, якщо охарактеризувати монаду в термінах сили. Досконала субстанція являє собою первинну силу, яка може бути активною або пасивною. Душа відповідає активному стану цієї первинної сили, а матерія – пасивному. Тому досконалою субстанцією є саме монада, а душа і притаманне їй нетлінне органічне тіло – це тільки стан цієї первинної сили. Саме ця первинна сила виступає у Лейбніца як *ipsum per se* і отримує назву монади²⁶.

Г. Гегель помічає: «Отже, тією мірою, якою дух, упевнений у собі, – як прекрасна душа, – не має сили відчужити знання про себе, яке він тримає в собі, він не може досягнути будь-якої тотожності з відкритою свідомістю...»²⁷.

Спірітуалістична концепція «душі» «обґрунтовується» інтроспективним методом психологічного дослідження і «обґрунтовує» останній. Уявляючи «Душу» замкнутим світом, доступного тільки самостереженню, вони заперечують можливість об'єктивного дослідження в психології. Стверджуючи, що все пізнається «через призму нашого духа», Л. М. Лопатин робить висновок: саме тому те, що звершується в

²⁶ Секундант С. Г. Епістемологія Лейбніца в її нормативно-критичних підставах / С. Г. Секундант. – Одеса: Друкарський дім, 2013. – С. 422-423.

²⁷ Гегель Г. Собр. Сочинений / Г.Гегель Т.3. – М., 1956. – С. 60-61

самій «Душі», пізнається без всякої «посередницької призми», тобто інтроспективно²⁸.

Первинні поняття про феномен «Душі» виходили із емпіричних спостережень за життям, а конкретно за людинними його циклами – народженням, життям і смертю.

Традиційно феномен «Душі» вивчається не стільки розумовим осягненням, скільки з допомогою Віри або екзистенційного переживання Вічного, що створює картину соціальної причетності кожної людини і людства до чогось такого, що є водночас і суб'єктивним і об'єктивним для всіх. В кожен період формувалась своя гіпотеза бачень «Душі», яка в якійсь мірі задовольняла і набувала обрису традиційності. А так як людина почала формувати поняття про «Душу» з її властивостей, які спостерігала під час свого життя, то доцільно підкреслити, що взагалі мова про властивості «Душі», якими вона була наділена навмисно і ці властивості були поглядами та уявленнями самої людини. При такому розгляді за допомогою ідеалізації «Душі» в якийсь сталий об'єкт «Душі» проявляється гіпотетично в двох спрямуваннях в роздумах: перший – «Душа» як субстанція зі своїми властивостями з погляду людини, другий – «Душа» як субстанція істина і має властивості, які людина не може пізнати.

При використанні метафізичного підходу, «Душа» як субстанція розглядається статично у своїй статиці (без змін, розвиток не береться до уваги), і «Душа» є сталою наповненою силою, але не дієвою, тобто вона є, а не діє. Такий стан не діючої «Душі» зустрічається у людей, які не знають або забули про «Душу». І так відокремивши «Душу» від усього, не враховуючи суперечності, все ж за для пошуку абсолютної істини «Душі» спостерігається діалогічна недієвість, тобто «Душа» діє на «Душу» завжди, але «Душа» не включена на діалогічну дію з «Душею». Використання ж діалектичного методу дозволяє виявити, що «Душа» благодійна субстанційна форма.

Ближче до пізнання феномену «душі», до певної міри, еклетична методологія. Спроба використання елементів еклетики для пізнання феномену «душі» – це «довільне» поєднання різних і розрізнених фактів, ідей, концепцій, понять мало призвести до певних правдоподібних результатів. Цей метод при своїй удаваній і навмисній «дробленості»,

²⁸ Лопатин Л. М. Новые идеи в философии / Л. М. Лопатин. Сб. 8. – СПб, 1913. – С. 118.

мав окремі переваги, бо займав певні стереотипи, що формувалися на протязі історії пізнання феномену «душі». Потім він наповнювався певними структурованими твердженнями, набуває якості неоклектичного (як синтезований результат еклектики) – перехід до передбачуваної відносної істини судження. При цьому, усе зайве відкидається і залишається тільки залишкове істинне – структуроване для «Душі» – духовне і по змісту, і по сутності, що відповідає одному із завдань для людини – духовне гармонізувати з тілесним.

Таким чином, на основі історичних сходжень до пізнання феномену «душі», стало можливим об'єднати певні їх частини на основі установлення їх концептуальних елементів. При цьому, насамперед, потрібно спробувати підійти до розгляду питання «Душі» з розгляду духовної і соціальної вагомості. Науково-теоретичний розгляд спроможній зважено і точно, без «декоративності з її прикрасами», дати певний результат суджень. В доповнення слід враховувати, що тема «Д» має прекрасне висвітлення завдяки методам підходу до теми, органічного поєднання попередньої інформації, уваги до особливостей, уяви, стику протилежних точок зору і узагальнення.

Концепт – це акт «схватування» сенсу речей (проблеми) в єдності мовного вислову. Термін «концепт» введений у філософію П. Абеляром у зв'язку з аналізом проблеми універсалій, що потребували розщеплення мови і мовлення. В цілому, концепт – це певне уявлення про фрагмент світу або частини такого фрагменту, що має складну структуру, яка виражена різними групами ознак, що реалізуються різноманітними способами та засобами²⁹.

Вся істина при пізнанні «Душі» «закрита», а «відкрита» – до певних меж, тільки та її частина – «Духовний пласт», яка і потрібний людству в його пошуках сокровенного. При цьому характерно, що інформація про «Душу» взагалі настільки багатомірна, що розглядати її в подальшому якби то і немає сенсу, але саме інформація, що основана на екзистенційному – духовному рівні, і дає відповідь на основні запитання людини про «Душу», відкриваючи і певну методику її пізнання.

Варіанти різних проявів «Душі», виходять із спостережень, а саме: із добрих дій людини – саме тоді щось внутрішнє в людині радувалось і відображалось в сьайві очей; із того стану, коли життя покидало людину,

²⁹ Абеляр П. Дialeктика / В кн.: Абеляр П. Теологические трактаты. – М., 1995. – С. 121.

коли з тіла щось зникало, що ніколи не верталось тощо. Так, метод певної ідеалізації дає своєрідну відповідь у вигляді гіпотези, що «Душа» як об'єкт (субстанція) існує і вона трансцендентальна, і вона наділена властивостями.

«Душа» як субстанція діє через матеріальне тіло, одинично духовне та недуховне. Розглянувши дві ці основи «Д» стає безперечно зрозуміло, що «Д», це духовна основа, вона невидима простим зором, і шукати її обриси, вагу потрібно в духовних діях, адже вона присутня у всьому благому, і не проявляється в нечемному відношенні до неї, через нечемність до інших.

Традиційно феномен «душі» вивчається не стільки розумовим осягненням, скільки з допомогою Віри або екзистенційного переживання Вічного, що створює картину соціальної причетності кожної людини і людства до чогось такого, що є водночас і суб'єктивним і об'єктивним для всіх. У пізнанні «душі» проявляється певна символічна «ідеалізація», тому що «Душа» ззовні не проявлялась, і «душа» конструювалась як певна субстанція – субстанціональна структура, що наділена певними ознаками і властивостями – і все це розглядалось як спосіб її пізнання.

Існування методологічних засад і протиріч в пізнанні феномену «душі» сформувало уявлення про її екзистенційну субстанційність, що характерно відображено було вже при перших уявленнях і конструюванні первинних понять. Розгляд властивостей «душі» в структурі соціокультурного концепта дозволяє описувати субстанційну основу феномену «душі», що дає змогу у визначених межах теоретично прослідкувати субстанційні властивості «душі»³⁰.

Якщо Демокрит розглядає людину через призму речі, то Сократ дивиться на речі з точки зору людини. Не кості і сухожилля визначають сутність людських вчинків, а уявлення про «справедливе» і «найкраще». В людині є те «щось», яке керується цими уявленнями. Цим «щось» постає душа, для якої мають значення не стільки тілесні бажання, скільки розум і мислення³¹.

³⁰ Куба В. В. Соціально-філософське пізнання феномену «душі» як соціокультурного концепту / Наукове пізнання методологія та технологія. Випуск 1(34), 2015. – С. 112-113.

³¹ Мареева Е. В. Проблема души в классической и неклассической философии / Е. В. Мареева. – М.: Академический проект, 2003. – С. 18.

В прагненнях, у стремліннях душі може бути представлено щось загальне, і в цій якості душа протистоїть тілу як чомусь окремому, одиничному.

Аналіз проблеми «душі» у Платона пов'язаний з проблемою «ідеального», поставленої Сократом, і одержує космічний масштаб. Цей поворот в платонізмі визначив образ європейської культури і здійснив вплив на християнство. Вчення Платона, що «світ ідей», з одного боку містить досконалі зразки речей, а з іншого – ідеали людської поведінки, доброчинності (добра). Потрібно уточнити, що можливість розмістити родову сутність речі в ідеальному світі вже міститься в існуванні особливих речей, створених людиною для людини, про які часто згадує Платон. Народження і побудова Всесвіту здійснилася за зразком, який заданий деміургом як першотворцем. Саме деміург, згідно Платону, створив живе тіло і душу світу, а також окремо небо, зірки, час, землю і чотири роди живих істот. Три – смертні, а четвертий рід – безсмертний, до якого відносяться боги. Люди намагаються бути схожими в своїй діяльності на діяльність богів.

В епоху Відродження проблема розумної (мислячої) душі знаходить послідовний аналіз в філософії П. Помпонаці. В творах мислителя, серед яких важливе місце займає «Трактат про безсмертя душі», показано, як вчення Аристотеля можна використовувати і для обґрунтування, і для критики християнства. В центрі уваги трактату – природа розумної душі, а її взаємовідношення з тілами слугує задачі обґрунтування або заперечення безсмертя душі людини. Головна ідея П. Помпонаці – індивідуальна і надіндивідуальна душа в Аристотеля, смертна або безсмертна. Важливим є те, що мислитель не заперечує існування надіндивідуальної розумної душі і відповідної різновидності діяльного інтелекту і активного мислення.

Якщо в Аристотеля душа в якості ентелехії «проростає» з тіла, то Фома Аквінський розуміє душу як духовну форму, яка, маючи потребу в тілі і будучи актом тіла, здатна, тим не менше, до автономного існування. Уточнюючи Аристотеля, Аквінат навіть в розумній душі вбачає ентелехію тіла, і одночасно перетворює аристотелівську ентелехію із внутрішньої у зовнішню форму тіла (як у неоплатоніків)³².

³² Іванова Н. В. Духовно-онтологічні стратегії мислення: соціально-філософський аналіз [текст] : монографія / Наталія Володимирівна Іванова. – Луцьк: Вежа – друк, 2016. – С. 206.

Порівнюючи ідею душі з тілом, Д. Локк фіксує увагу на джерело їх руху. Тіло, як він зазначав, є просторова субстанція, рух якої повідомляється зовнішнім поштовхом. На протигагу тілу, душа здатна сама по собі збуджувати рух думкою і мисленням. А тому душу потрібно вважати мислячою субстанцією.

Безпосередній взаємозв'язок душі і тіла руйнується в міру того, як в людині прокидається дух. Саме життя духу, – вважає С. К'єркегор, – стаючи зосередженням індивідуальної душі, здатне піднести, «підняти» її над тілом. І тільки діяльність духу формує новий тип взаємовідношень, коли душа із залежної, такої, яку ведуть, стає ведучою, поводитирем. Зовнішня детермінація душі змінюється на її самоідентифікацію³³.

Християнство пов'язує душу з Богом-творцем світу, який наділяє безсмертною душею тільки людину. Особливість наступного підходу до проблеми душі полягає в тому, що вона одночасно смертна і безсмертна. Саме тут душа постає не безтілесною субстанцією, а унікальною єдністю дій і вчинків, які мають всезагальний духовний зміст і смисл. В цьому випадку світ культури концептуальним виразом якого є стратегії філософського мислення, набуває той субстанціональний зміст, який здатний увіковічити скінченне.

Завдяки поняттю «душі» і «душевного» актуалізується духовне життя індивіда. Там, де є «дух» і «душа», починається активна мисленнева діяльність. Різні розуміння проблеми «душі» активізують різні способи мислення, що концептуалізує проблему творчості в сучасних умовах.

«Досократики» визнають душу керівною інстанцією по відношенню до тіла, що, до речі, не суперечить міфу. Але характер душі для них перебуває в прямій залежності від її складу. І в цьому новий пункт розуміння природи душі, який свідчить про своєрідність точки зору «досократиків». Зокрема, Геракліт розрізняв душі людей за їх здатністю осмислювати і сприймати істину у формі Логосу. Для Геракліта Логос є космічним порядком і одночасно Словом, через яке промовляє сама сама істина про облаштування і порядок світу. Не людина відкриває тут істину зусиллям свого розуму і мислення, а навпаки, істина відкривається їй, точніше, оволодіває людиною, якщо вона має відповідну душу. До істини долучаються далеко не всі, оскільки володіють «варварськими душами», в силу чого нездатні сприймати Логос.

³³ К'єркегор С. Или-или / С. К'єркегор. – М.: Республика, 1991. – С. 37-38.

Причина «варварства» в душах людей Геракліт вбачав саме в змісті цих душ, тобто в їх речовинному (матеріальному) складі. Справа в тому, що душі людей, згідно з Гераклітом, народжуються з вологи. «Душам смерть – воді народження, – говорить він, – воді смерть – землі народження, із землі вода народжується, з води – душа»³⁴.

На відміну від «досократиків», які поведінку і рух душі людини пояснюють, виходячи з природних причин і наслідків, Сократ розриває вказаний взаємозв'язок і вилучає людину зі світу найближчих природних зв'язків, розглядаючи її дії через призму того, що називається «найкращим». Своєрідність точки зору Сократа полягає в тому, що поведінка людини виходить за рамки життєдіяльності організму. І знання про «найкраще» є розумінням причин вищого порядку, що виводить людей за межі природного світу. Якщо Демокріт розглядає людину через призму речі, то Сократ дивиться на речі з точки зору людини. Не кості сухожилля визначають сутність людських вчинків, а уявлення про «справедливе» і «найкраще». В людині є те «щось», яке керується цими уявленнями. Цим «щось» постає душа, для якої мають значення не стільки тілесні бажання, скільки розум і мислення»³⁵.

У вченні Арістотеля про «душу», як і у всій його філософії – енциклопедії античного знання, представлені паростки різних методологічних підходів. Саме у вченні Арістотеля, задовго до християнства, сформувався уявлення про безсмертну і безтілесну душу людини. Концепція Арістотеля відрізняється тим, що в ньому душа вперше репрезентована як ентелехія тіла. Під поняттям «ентелехія» розуміється певна життєва сила. Хоча це одне з багатьох, спрощених його тлумачень. Вважається, що у відповідності з поняття «ентелехії» Арістотель уперше ввів відмінність трьох різновидів душі: рослинної, тваринної і розумної. Питання про своєрідність індивідуальної душі вперше буде поставлена в неоплатонізмі. Стосовно Арістотеля, то він у вченні про «душу» хоче зрозуміти природу живого. Ознаками життя, говорить він у трактаті «Про душу», є оживлення, зростання, продовження роду, відчуття, прагнення до пізнання. І всі ці прояви життя Арістотель хоче пояснити за допомогою душі. Живе в Арістотеля тотожне одушевленому.

³⁴ Декарт Р. Рассуждения о методе / Р. Декарт // Сочинения в 2-х томах. – М.: Мысль, 1989. – Т. 1. – С. 250-296.

³⁵ Декарт Р. Сочинения. В 2 т. / Р. Декарт. – М.: Мысль, 1989. – Т. 1. – С. 329.

У сфері метафізики, згідно з Д. Юмом, ми маємо справу з багатьма примарними і недосконалими ідеями. Головна фікція – це субстанція. З одного боку, в якості субстанції вважають Бога, з іншого боку, в якості субстанції постають окремі речі. І відбувається це за рахунок «гри уявлення», здатного подати множину («пучок») вражень в якості єдиного «щось» з незмінними якостями. «Безсмертна» душа людини, яку також звично мислять в якості субстанції, також викликає сумнів. Суть ілюзії душі в непомітності переходів між враженнями. І на цій основі уявлення формує видимість, начебто ми маємо справу з чимось єдиним. В своїх міркуваннях Д. Юм висуває аргументи проти ідеї душі як нематеріальної субстанції. При цьому філософ заперечує не лише душу як щось єдине і неділиме, але і не визнає об'єктивності її змісту в загальноприйнятому смислі: співвіднесеність вражень між собою наявна, але ідея необхідного зв'язку вражень з об'єктивним матеріальним світом – чергова фікція.

У «Критиці практичного розуму» І. Кантом надано розуміння безсмертя душі, котре запропоновано приймати як постулат чистого практичного розуму. Характеристика цього постулату починається з визначення святості як повної відповідності волі і морального закону. В чуттєво-предметному світі така відповідність недосяжна, оскільки вона передбачає прогрес, який іде в безкінечність.

З точки зору теоретичного розуму, доводить І. Кант, душі як мислячої субстанції не існує, а є апіорна єдність самосвідомості. Об'єктивність такої самосвідомості безумовна, хоча і непізнана. З іншого боку, якщо перейти в практичну сферу, можна переконатися в істинності традиційних поглядів. Не логіка, а мораль схиляють нас до існування Бога і безсмертя душі. У своєму трактаті «Релігія в межах тільки розуму» І. Кант, заперечивши п'ять відомих теоретичних доказів буття Бога, розгортає свій «шостий», моральний доказ. Саме про це нагадує в романі М. Булгакова «Майстер і Маргарита» Воланд Берліозу: «Ви повністю повторили думку неспокійного старого Іммануїла Канта з цього приводу, – говорить Воланд. – Але от курйоз: він начисто зруйнував всі п'ять доказів, а потім, ніби в насмішку над самим собою, спорудив власний шостий доказ!»³⁶.

Душа як субстанція – це ілюзія, яку І. Кант впевнено розкриває. Але самодостатність морального абсолюту постає тією перепоною і

³⁶ Касавин І. Т. Познание как иносказание. Человек после крушения вавилонской башни / И. Т. Касавин // Вопросы философии. – 2001. – № 11. – С. 51-63.

об'єктивною видимістю, котра змушує його повернути повноваження безсмертній душі. Разом з тим, кантівська критика метафізики накреслює шлях до субстанціальності нового типу, про яку пізніше говоритимуть неокантіанці.

Послідовність: життя → душа → свідомість → самосвідомість можна уявити як певні етапи еволюції духу, його послідовного зосередження в самому собі, входження у внутрішнє самого буття (життя). Ця еволюція, з одного боку, передбачає поступове абстрагування, відволікання від зовнішнього тілесного, але, з іншого боку, вона супроводжується ускладненням, урізноманітненням цього зовнішнього, збагаченням форм тілесного буття та його зв'язків з буттям внутрішнім, духовним. «...дух може абстрагуватися від усього зовнішнього, як і від своєї власної зовнішності від свого наявного буття... Протилежність душі і тіла повинна, звичайно, бути встановлена. З цієї точки зору питання про можливість взаємозв'язку і спілкування душі і тіла постає цілком природним»³⁷, – писав Г. Гегель.

Разом з тим, в класичній традиції розгляду душі, вона постає в контексті загального. Увесь пафос західної філософії, починаючи вже з Платона, ставить завдання вивільнення духовного начала з тілесного, пафос, який є насправді лише вираженням потреби духу до власного розвитку і, отже, вивищення над суто природним органічним життям, над його формами. В неklasичній філософії акценти переносяться на одиничне, на конкретну людину. Але проблема «душі», при всіх змінах орієнтацій і напрямків філософських течій, душа залишається як предмет дослідження з певним, не редукованим змістом. І, що є найголовнішим, сьогодні відбувається перехід на нову систему мислення, оскільки класична і неklasична філософії – це не два етапи на шляху, який йде по висхідній, а два різних шляхи у філософії.

Світ підлягає як логічному, закономірному порядку, так і внутрішньому сприйняттю «душі», рефлексії життя «на самого себе», на чому зосереджували свій аналіз представники «філософії життя» – А. Шопенгауер, Ф. Ніцше, А. Бергсон, В. Дільтей, Г. Зіммель та інші. З введенням в культуру філософського мислення раціонально осмисленої категорії «життя», тісно пов'язаної з емпіричним суб'єктом, відбувається розширення мисленнєвої діяльності, що включає сферу раціонального,

³⁷ Кассирер Э. Философия Просвещения / Э. Кассирер. – М.: Российская политическая энциклопедия. – 2004. – С. 181-182.

введення його нових типів і понять, засобів концептуалізації, а також принципів переходу ірраціонального в раціональне і навпаки, виводячи суспільне та індивідуальне життя на новий, сучасний рівень.

В ренесансний період «душа» визначається не в якості одиничного феномену, а саме такого особливого, яке започатковує формування осмислення людини як особистості. Вона постає в якості специфічної єдності дій і станів, їх осмислення шляхом становлення власного «Я». Тим самим відбувається розвиток не лише філософського мислення, але і всієї духовної культури. Вчення про душу П. Помпонацці, Д. Бруно, а в ново часовий період Р. Декарта, Д. Локка, Д. Юма та інших зосереджуються на виясненні її «тіленої» або «безтілесної» природи, що є протиставленням емпіричного та раціонального методологічних підходів і способів мислення.

Завдяки методологічній рефлексії мислення (як і пізнання) спрямовується і перебудовується для того, щоб воно було «правильним», тобто відповідало запитам існуючої соціокультурної реальності. Особливістю мислення є те, що воно являє собою семіотичне утворення; в мисленні як діяльності утворюються знаки, схеми, символи; на їх же основі мислення функціонує і змінюється. Науково-технічний прогрес, економізація і технологізація всіх сфер життя призвів до втрати свого значення «науками про дух», до нівеляції смислів і призначення життя людини. Тому на заміну класичним філософським розмислам приходять «філософія життя» і герменевтичні дискурси. Відбувається перехід на новий рівень мислення, що характеризується інноваційністю, динамізмом, креативністю та продуктивністю.

В мисленні як діяльності утворюються знаки, схеми, символи; на їх же основі мислення функціонує і змінюється. В силу подібної символічної тотожності речей та ідей, аналогії форми і смислу в систему духовно-практичного світу, концептуалізованою через стратегії мислення, безпосередньо вбудовується структура розуміння та інтуїції. Смысл також є соціокультурний феномен, який представляє собою комбінацію змістовного мислення та його інтенційності. Інтерпретація виступає як мисленнєве моделювання, як спосіб мисленнєвих інтенцій на ту чи іншу систему знання для наділення її смыслом. Завдяки методологічній рефлексії мислення (як і пізнання) спрямовується і перебудовується для того, щоб воно було «правильним», тобто відповідало запитам існуючої соціокультурної реальності, хоча на різних

етапах і циклах існування та розвитку мислення його «правильність» задається по-різному³⁸.

Проблема душі розкриває глибинні основи людського існування – метафізичні, ірраціональні, софійні, ноосферні. Філософський розгляд виокремлює поняття «розумної душі», «безсмертної душі», душі як «мислячої субстанції» тощо. Через поняття «душі» і «душевного» актуалізується духовне життя індивіда; душа є суб'єктом духовності, а не її самістю.

Екзистенція соціального вибору відбувається в дискурсивних практиках когнітивного поля мисле діяльності та надає безмежні можливості для розвитку евристичного потенціалу мислення.

Сутність продуктивного мислення розкривається в евристично-пошуковому, творчому процесі «живого» оновлення думки при зустрічі з «тим, що ще не мислиться»; воно спонукає до «проживання» таких феноменів як інтуїція та інсайт, в способах бачити в структурованому об'єкті внутрішні глибинні зв'язки; продуктивне мислення передбачає результат, ефективність можливостей і меж тих ресурсів, якими володіє суб'єкт.

Отже, «Душа» – це духовна основа, вона невидима простим зором, і шукати її обриси, вагу потрібно в духовних діях, адже вона присутня у всьому благому, і не проявляється в нечемному відношенні до неї, через нечемність до інших. Існування методологічних засад і протиріч в пізнанні феномену «Душі» сформувало уявлення про її екзистенційну субстанційність, що характерно відображено було вже при перших уявленнях і конструюванні первинних понять. Розгляд властивостей «Душі» в структурі соціокультурного концепта дозволяє описувати субстанційну основу феномену «Душі», що дає змогу у визначених межах теоретично прослідкувати субстанційні властивості «Душі». Після розгляду «Душі» як субстанційної форми (критично, гнучко та дуже послідовно, із увагою звернення на всі зміни, що відбуваються, на ті події, які стали причиною цих змін) можливо ставити питання про розвиток «Душі». На мій погляд, повнота розгляду «Душі», як субстанції, має формуватись в межах сучасних відомостей про субстанцію, хоча і існує варіант під час досліду розширити це поняття і створити нову гіпотезу.

³⁸ Іванова Н. В. Духовно-онтологічні стратегії мислення: соціально-філософський аналіз: монографія. – Луцьк: Вежа-Друк, 2016. – С. 228-229.

Список використаних джерел

1. Абеляр П. Диалектика / В кн.: Абеляр П. Теологические трактаты. – М., 1995. – 359 с.
2. Аристотель. О душе / Аристотель // Сочинение: В 4-х т. – М.: Мысль, 1975. – Т. 1. – 550 с.
3. Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 1. // Аристотель: Ред. В. Ф. Асмус. – М., «Мысль», 1975. – 550 с.
4. Гегель Г. Собр. сочинений / Г. Гегель. Т. 3. – М., 1956. – 372 с.
5. Декарт Р. Рассуждения о методе / Р. Декарт // Сочинения в 2-х томах. – М.: Мысль, 1989. – Т. 1. – 654 с.
6. Декарт Р. Сочинения. В 2 т. / Р. Декарт. – М.: Мысль, 1989. – Т. 1. – 654 с.
7. Іванова Н. В. Духовно-онтологічні стратегії мислення: соціально-філософський аналіз [текст] : монографія / Наталія Володимирівна Іванова. – Луцьк: Вежа – друк., 2016. – 420 с.
8. Іванова Н. В. Духовно-онтологічні стратегії мислення: соціально-філософський аналіз. Автореф. дис. на здобуття наукового ступеня доктора філос. наук. Одеса, 2017. – С. 29; 30.
9. Касавин И. Т. Познание как иносказание. Человек после крушения вавилонской башни / И. Т. Касавин // Вопросы философии. – 2001. – № 11. – С. 51-63.
10. Кассирер Э. Философия Просвещения / Э. Кассирер. – М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. – 400 с.
11. Куба В.В. Соціально-філософське пізнання феномену «душі» як соціокультурного концепту / Наукове пізнання методологія та технологія. Випуск 1(34), 2015. – С. 112-113.
12. Кьеркегор С. Или-или / С. Кьеркегор. – М.: Республика, 1991. – 420 с.
13. Локк Дж. Опыт о человеческом разуме / Локк Дж. Избр. филос. произв. Т. 1. – М., 1956. – С. 60-61.
14. Лопатин Л. М. Новые идеи в философии / Л. М. Лопатин. Сб. 8. – СПб, 1913. – 156 с.
15. Мареева Е. В. Проблема души в классической и неклассической философии / Е. В. Мареева. – М.: Академический проект, 2003. – 400 с.
16. Платон. Диалоги // Платон. – К.: «Основы», 1995. – 395 с.

17. Платон. Парменид / Платон // Собрание сочинений в 4 т.: Т. 1. – М.: Мысль, 1990. – 865 с.
18. Платон. Пир / Платон // Собрание сочинений в 4 т., Т. 2. – М.: Мысль, 1993. – 539 с.
19. Plavich V. P. Natural Sele control or the subjet: lunctioning and managent // The Genesis of genius, Geneva, Switzerland, March 2017, № 8. – P. 169-176; Плавич В. П. Управление природным самоконтролем субъекта и его максимальное применение. Права держава. – Одеса: Фенікс, 2017. – С. 14-23.
20. Рорти Р. Историография философии: четыре жанра / Рорти Р. – М., 1998. – 176 с.
21. Секундант С. Г. Епістемологія Лейбніца в її нормативно-критичних підставах / С. Г. Секундант. – Одеса: Друкарський дім, 2013. – 554 с.
22. Щедровицкий Г. П. На досках. Публичные лекции по философии / Щедровицкий Г. П. – М., 2004. – 196 с.

ЧАСТИНА ТРЕТЯ. ОСОБЛИВОСТІ І ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

РОЗДІЛ VI. ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСОВНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ НОРМ

Становлення громадянського суспільства та побудова демократичної правової держави, зміцнення правових засад, піднесення прав людини і громадянина як найвищої цінності зумовлюють необхідність комплексного дослідження актуальної на сьогодні проблеми правозастосовного процесу та ефективного застосування правових норм як важливого питання відносно дотримання прав і свобод людини і громадянина.

Однією із найбільш важливих умов розвитку Української держави є подальше зміцнення її правових засад. Реформи, що проводяться в нашій країні, вимагають вдосконалення її правової системи в цілому і правозастосовної діяльності зокрема. Ефективність перетворень, що здійснюються, знаходиться в прямій залежності від якості застосування нормативно-правових приписів. Тому проблеми реалізації права, застосування його норм виходять на перший план, привертаючи до себе пильну увагу юридичної науки і практики¹, адже сталий розвиток сучасного суспільства неможливий без дієвого правового регулювання відносин, що виникають в соціумі. При цьому важливе місце в механізмі правового регулювання займає правозастосовна діяльність, адже від неї головним чином залежить своєчасна та ефективна реалізація нормативно-правових приписів².

Питанням правозастосування присвячена досить велика кількість наукових праць. Зокрема, дану сферу досліджували М. Александров, Є. Бонк, Д. Бочаров, С. Глубоченко, В. Головченко, В. Горшеньов,

¹ Дума В., Цимбалюк В. Правозастосування та форми його здійснення / В. Дума, В. Цимбалюк // Журнал «Правова інформатика». – 2006. – № 3(11). – С. 59.

² Калюжний Р. А., Шапенко Л. О. Правозастосовна діяльність як соціокультурне явище / Р. А. Калюжний, Л. О. Шапенко // Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія : «Юридичні науки». – 2017. – № 1. – С.11.

М. Гнатюк, В. Дума, Є. Додін, І. Дюрягін, В. Козлов, Д. Манько, Т. Мартянова, П. Недбайло, Н. Оніщенко, С. Поленіна, П. Рабінович, А. Старостюк, В. Федосова, Є. Шикін, О. Черданцев, О. Уварова, О. Юхимюк, тощо. Однак, не применшуючи значення наукових ідей, що дістали теоретичне обґрунтування, проблема правозастосування потребує подальшого теоретико-правового осмислення та представляється недостатньо вивченою і дискусійною саме проблема ефективного застосування норм права.

Метою цієї роботи є аналіз проблем правозастосовного процесу та виявлення основних вимог до ефективного застосування норм права.

Потреби розвитку сучасного суспільства, гармонізації правових відносин у різних сферах його життя ставлять перед юриспруденцією проблеми, які неможливо розв'язати без аналізу сучасного стану та ймовірних майбутніх змін правової системи. Це пов'язано, передовсім, зі зростанням уваги до юридичної практики, до проблеми ефективності права у процесах його реалізації й застосування. В зв'язку з цим можна поставити низку питань, а саме:

- Чому можливості, що відкриваються новоприйнятими нормами права, не використовуються в дійсності?
- Чому низькою є результативність діючих норм?
- Чому деякі норми активізують такі можливості, які не були передбачені законодавцем?

Пошук відповіді на ці та багато інших питань спонукає поглянути на правозастосування через вказані категорії³.

Як зауважувалося вище, правова реформа, що проводиться в Україні, передбачає, з-поміж інших важливих напрямів, саме підвищення ефективності правозастосовної діяльності. Децентралізація державної влади, демократизація законодавства, зростання ролі диспозитивності норм права та гуманізація права загалом⁴ зумовлюють потребу переосмислити проблему вдосконалення правозастосовного процесу.

Спочатку необхідно розглянути питання про співвідношення понять «правозастосування», «застосування норм права» і «правозастосовна

³ Палій О. М. Співвідношення можливості та дійсності у правозастосуванні : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.12 / О. М. Палій; кер. роботи Л. М. Сумарокова; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2014. – С. 1.

⁴ Мартянова Т. С. Розсуд суб'єктів правозастосовної діяльності : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. С. Мартянова; наук. кер. І. Ю. Настасяк; Нац. ун-т «Львівська політехніка». – Л., 2013. – С. 1.

діяльність», яке нерідко піднімається в юридичній літературі і вказується на неможливість їх ототожнення. Так, на думку О. О. Ушакова і В. Б. Реутова, ці категорії співвідносяться як загальне і окреме, частина і ціле⁵: «правозастосування» вказує на специфічну форму правореалізації, пов'язану з реалізацією владної компетенції⁶; «застосування норм права» означає процес повної реалізації норми самим актом її застосування, а «правозастосовна діяльність» або «правозастосовчий процес» позначають більш складні випадки, які потребують послідовного здійснення численних актів застосування норм права⁷, чи забезпечення кожного окремого акту застосування норм аналогічними попередніми чи подальшими актами⁸. Подібне розрізнення не має принципового значення для нашого дослідження, оскільки вимоги, що висуваються до правозастосовця, є однаково важливими для їх дотримання та їх роль не змінюється в усіх зазначених випадках⁹.

Хотілося б більш детально розвинути поняття й природу правозастосування, його глибинну внутрішню суть, яку намагалися з різних позицій розкрити відомі вчені-юристи, але в науковій літературі до сьогодні не існує загального, єдиного трактування зазначеного правового явища. Правозастосування в юридичній літературі традиційно розглядається як організаційно-владна діяльність компетентних суб'єктів, що складається з розгляду юридичних справ і винесення з них рішень, у результаті яких у відповідних суб'єктів правовідносин виникають суб'єктивні права та юридичні обов'язки¹⁰. Це правомірна, організаційна діяльність, що підпорядковується певним вимогам і здійснюється за певним планом. Тобто суб'єкт правозастосовчої діяльності має пройти

⁵ Мандрікова К. О. Розумність у системі принципів застосування норм права [Електронний ресурс] / К. О. Мандрікова // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/6.pdf. – Заголовок з екрана.

⁶ Барандич С. Правозастосування в сучасному вимірі юридичної науки / С. Барандич // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 4. – С. 3.

⁷ Мандрікова К. О. Вказана праця.

⁸ Барандич С. Вказана праця. – С. 3.

⁹ Вказана праця.

¹⁰ Онищук І. І. Теоретичні та прикладні засади моніторингу правозастосування / І. І. Онищук // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : збірник наукових праць. – 2016. – № 837. – С. 162.

всі існуючі стадії реалізації норм права з метою прийняття законного, обґрунтованого, доцільного, справедливого, ефективного рішення по справі. Діяльність з застосування норм права має юридично значимий характер, оскільки, відносини, що виникають, змінюються бо припиняються мають форму взаємних юридичних прав та обов'язків суб'єктів, що є учасниками даних правовідносин¹¹.

Дума В. В., аналізуючи різноманітні підходи до праворозуміння вважає, що в узагальненому вигляді під правозастосовною діяльністю слід розуміти юридичну цілісну систему послідовних, упорядкованих дій по реалізації права, що здійснюється особливим колом суб'єктів (державними органами та деякими недержавними організаціями, їх посадовими особами), наділеними владними повноваженнями і відбувається у певних процесуально – процедурних формах, що забезпечують належне застосування права.

Таким чином, визначається, що застосування права здійснюється у суворо визначених законом процесуальних формах¹².

Правозастосування як процес переслідує певну мету, яка є чітко визначеною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. У ст. 3 Конституції України закріплений принцип, згідно якого людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Цей конституційний принцип-мета визначає загальну ціннісну спрямованість правозастосовного процесу. Він одночасно кореспондується із основоположними принципами права: справедливістю, рівністю, свободою, гуманізмом. Зазначені принципи складають основу права, є його ідейним наповненням, а також головними цінностями – цілями. Завданням суб'єкта правозастосування є, перш за все, дотримання основних принципів права¹³. Виходячи з цього, можна стверджувати, що принципи правозастосовної діяльності – це система

¹¹ Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного процесу / М. С. Небеська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2016. – № 1. – С. 40.

¹² Мельничук С. М. Правозастосовна форма здійснення функцій держави та публічне адміністрування: взаємозв'язок змісту правових категорій / С. М. Мельничук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право. – 2015. – № 35. – Вип. 35. – Ч. 1. – Т. 1. – С. 38.

¹³ Перепелюк А. М. Принципи та вимоги права як основоположні засади правозастосовної діяльності / А.М. Перепелюк // Альманах права. –2012. – Вип. 3. – С. 245.

вимог до належної та можливої поведінки людей, які відображають визнані у суспільстві цінності і утворюють спрямовану на регулювання суспільних відносин єдність. Будь-яке рішення по справі, перш за все, повинно бути справедливим та ґрунтуватись як на основоположних принципах права (верховенство права, свобода, рівність, гуманізм) так і на спеціально-юридичних, які становлять основні критерії (вимоги) правозастосовчої діяльності¹⁴.

У свою чергу, правозастосовний процес є специфічною діяльністю уповноважених органів держави, громадських організацій, посадових осіб із розгляду та вирішення найрізноманітніших індивідуальних справ, що мають юридичне значення¹⁵. Якщо розглядати правозастосовчий процес більш ретельно, то це явище правової реальності, яке належить до сфери юридичного процесу та являє собою сукупність послідовних, упорядкованих дій суб'єктів, наділених державно-владними повноваженнями, що включає в себе процедури відповідного характеру, які забезпечують належне застосування права¹⁶. Традиційно, у юридичній літературі під правозастосовним процесом (у часовому вимірі) розуміють складний процес, який включає в себе декілька стадій: встановлення фактичних обставин справи, вибір та аналіз правової норми, яка буде застосовуватись, прийняття рішення у юридичній справі та його документальне оформлення¹⁷.

У залежності від юрисдикційності правозастосовний процес можна розділити на юрисдикційний та неюрисдикційний.

Юрисдикційний процес є формою втілення юридичних моделей, що містяться у внутрішньому і міжнародному законодавстві, у реальну систему правовідносин. До основних видів юрисдикційного процесу

¹⁴ Перепелюк А. М. Принципи та вимоги права як основоположні засади правозастосовчої діяльності / А.М. Перепелюк // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 248.

¹⁵ Слинко Д. В. Правова форма діяльності держави як критерій класифікації юридичного процесу / Д.В. Слинко / «Jurnalul juridic national: teorie si practica» О.О.О. : «National law jurnal: teory and practice» L.L.C. – № 6 (22). – Republica Moldova, 2016. – С. 19.

¹⁶ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – С. 15.

¹⁷ Погрібний І. М. Особливості помилок у застосуванні права залежно від стадії правозастосовного процесу / І. М. Погрібний // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія: Юридична. – 2010. – № 4. – С. 98.

пропонується віднести адміністративний, господарський, конституційний, кримінальний, цивільний.

Неюрисдикційний процес є формою звичайної правореалізації за участі владного суб'єкта, тобто передбачає відсутність спору про право. Він заснований на концепції саморегуляції та свободи волевиявлення моделі поведінки суб'єктів, метою яких виступає захист законних інтересів. Вибір варіантів поведінки сторін у неюрисдикційному процесі із забезпечення законного інтересу визначає характер саморегулювання¹⁸.

Стосовно понять «правозастосовчий процес» і «процедура правозастосовчої діяльності» необхідно відзначити, що вони характеризують лише один із аспектів такого складного явища, як правозастосовча діяльність, а саме – її процедурно-процесуальна форма, тобто формалізовані процесуально-правовими нормами умови, порядок і етапи проведення правозастосовчої діяльності¹⁹. Правозастосовча діяльність як процес являє собою систему різнорідних правозастосовчих дій основного і допоміжного характеру. Іноді правозастосовча діяльність створює складний багаторівневий процес, на кожному рівні якого відбуваються відносно завершені правозастосовчі дії, які здійснюються шляхом прийняття тих чи інших рішень компетентними органами²⁰. Тобто, правозастосовча діяльність – це здійснювана на засадах законності, доцільності, обґрунтованості, справедливості діяльність компетентних суб'єктів, що полягає у виданні конкретизованих і індивідуальних владних приписів та забезпечення їх реалізації²¹.

При цьому, необхідно пам'ятати про відмінність правозастосовчої діяльності як процесу від процедурно-процесуальних форм цієї діяльності. Тут необхідно відзначити, що юридичний процес і юридична процедура – це споріднені, але не тотожні поняття. Процес є ширшим

¹⁸ Слинко Д. В. Правова форма діяльності держави як критерій класифікації юридичного процесу / Д.В. Слинко / «Jurnalul juridic national: teorie si practica» О.О.О. : «National law jurnal: teory and practice» L.L.C. – № 6 (22). – Republica Moldova, 2016.– С. 19.

¹⁹ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – С. 10.

²⁰ Там само. – С. 11.

²¹ Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного процесу / М. С. Небеська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2016. – № 1. – С. 40.

поняттям за обсягом, ніж процедура. Юридичний процес може розглядатися як сукупність послідовно здійснюваних дій і постановлених актів і включає в себе як різноманітні правові процедури, так і судові процеси. Спільною рисою процедури і процесуальної форми виступає їх організуюча роль відносно конкретного результату, на досягнення якого вони спрямовані, а також їх забезпеченість правовими санкціями. Відмінність правозастосовчої діяльності як процесу від процедурно-процесуальних форм цієї діяльності знаходить вияв у регламентованому правовому порядку вчинення правозастосовчих дій, що забезпечують належне застосування права²².

Вперше ввів в обіг поняття процедурно-процесуальної форми правозастосовної діяльності О. Д. Бочаров, розуміючи під нею «результат об'єктивації вимог процедурного характеру в фактичній діяльності суб'єктів правозастосування». На думку автора, попри певну свою тавтологічність таке визначення дає можливість об'єднати в рамках єдиного поняття форми юрисдикційної та «позитивної» правозастосовної діяльності з урахуванням спільного для них «процедурного» характеру. Крім того, вчений зробив спробу розв'язати проблему розмежування процедури та процесу у правозастосуванні та наголосив на процедурному характері правозастосування як виді юридичної діяльності²³.

Важливим питанням для розуміння сутності та значення процедури правозастосування є необхідність з'ясування підстав вчинення правозастосовних дій, тобто тих юридичних фактів, що визначають початок процедури правозастосування. Серед таких підстав можна виокремити такі:

- необхідність конкретизації або засвідчення суб'єктивних прав, без чого не можуть виникнути реальні правовідносини з приводу реального використання даного суб'єктивного права;
- у разі наявності спору про право, в якому сторони самостійно не можуть винайти погоджене рішення щодо вирішення зазначеного спору, а також з метою усунення перешкод для використання даного суб'єктивного права;

²² Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Київ., 2007. – С. 11.

²³ Николина К. В. Особливості процедурних засад правозастосовної діяльності / К. В. Николина // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 67.

- за необхідності засвідчення правомірного характеру правочину або інших юридично значущих дій суб'єктів права;
- з метою відновити порушене суб'єктивне право в результаті правопорушення, притягнути порушника до юридичної відповідальності;
- за необхідності стимулювати особу до належного виконання юридичного обов'язку²⁴.

У контексті встановлення особливостей процедурних засад правозастосовної діяльності можна дійти висновків, що правозастосовна процедура є основою результативності та ефективності застосування права, яка потребує відповідного наукового забезпечення. Саме тому в сучасних умовах трансформаційного суспільства є об'єктивна необхідність у науково-теоретичному обґрунтуванні процедурності правозастосовної діяльності, що дасть змогу практичного вдосконалення окремих процедур застосування права²⁵.

Елементами (стадіями) правозастосовної діяльності є відносно незалежні дії, спрямовані на реалізацію завдань, що являються метою такої діяльності²⁶. Виділення цих стадій у їх логічній послідовності надало змогу науковцям розробити загальнотеоретичну модель правозастосування, яка за загальним визнанням включає в себе три основні етапи: 1) встановлення фактичних обставин справи; 2) вибір і аналіз норми права (юридична кваліфікація фактичних обставин); 3) прийняття рішення по справі і його документальне оформлення (О. Ф. Скакун, М. М. Марченко)²⁷.

У науковій літературі зустрічаються різні погляди щодо мети правозастосовної діяльності і мети самих норм, які підлягають застосуванню. Так, наприклад, існує погляд, згідно з яким про ефективність правозастосування можна говорити, оскільки воно має свою, цілком визначену мету, яка відрізняється від інших засобів правового впливу. Якщо застосування правових норм використовується в силу необхідності – це означає, що на нього розраховують, від нього

²⁴ Николина К. В. Особливості процедурних засад правозастосовної діяльності / К. В. Николина // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 68.

²⁵ Там само. – С. 70.

²⁶ Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного процесу / М. С. Небеська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2016. – № 1. – С. 40.

²⁷ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – с. 11.

чекають цілком визначеного ефекту. Звідси випливає, що застосування норм права виступає в багатьох випадках як необхідна ланка в механізмі правового регулювання, виконує свої лише йому властиві функції. Головним для застосування є забезпечення дії права, а не якісь інші, хоча б і дуже важливі завдання. Воно використовується в процесі правового регулювання завжди, коли в цьому виникає необхідність²⁸.

Діяльність щодо застосування норм права необхідно розглядати як засіб для досягнення тієї мети, яка стоїть перед нормою права. Мета застосування визначається вже самою нормативною основою механізму правового регулювання. Іншими словами, у застосування норм права не може бути іншої, не передбаченої правом мети. У випадках, коли в суб'єктів застосування норм права з'являється своя власна мета, яка відрізняється від мети, характерної для норми, що застосовується, це свідчить про те, що здійснюється спроба обійти закон. Якщо це знаходить своє реальне втілення в акті застосування норм права, то такий акт є неправомірним²⁹.

Цікаву спробу систематизувати критерії ефективності правозастосування зробив Е. Шикін, зокрема він обґрунтував певну модель ефективного правозастосування, яка містить: фактор оптимальної норми права (якість законодавства); фактор управління (рівень наукової організації праці правозастосовника); фактор мікроклімату (відносини між правозастосовником та членами колективу); суб'єктивний фактор (особистісні характеристики правозастосовника); фактор середовища (знання, розуміння, повага до права та правозастосування населенням); матеріально-технічний фактор (забезпечення правозастосовника всіма необхідними засобами); фактор естетики (зовнішнє оформлення оточення правозастосовника). Отже, ця схема, запропонована Е. Шикініним є досить розгорнутою і в загальному вигляді більшою мірою обумовлює ефективність управлінської сфери правозастосування³⁰.

Будь-який процес застосування правових норм завершується прийняттям рішення у справі в загальному плані, хоча вони мають різні види і

²⁸ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал.- 2015.- №2(98). – ч.2. – книга 2. – С. 68.

²⁹ Там само.

³⁰ Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 2016. – С. 171.

назви. Перш ніж розглянути питання ефективності правозастосовних актів, потрібно підкреслити, що в теорії і практиці можна зустріти три види різноманітних актів, які мають правовий характер. Всі ці акти охоплюються одним поняттям «правовий акт». У правовій системі до них відносяться: нормативно-правові акти (закони і підзаконні нормативні акти), інтерпретаційні акти (акти тлумачення правових норм) і індивідуальні акти застосування правових норм³¹. Крім того, термін «правовий акт» включає, на думку професора Алексєєва С.С., правомірну дію (поведінку), тобто юридичний факт, який являється основою тих чи інших правових наслідків. Крім актів застосування правових норм він також виділяє акти реалізації прав і обов'язків (договори, інші акти – документи, які виражають автономні рішення окремих осіб, правомірні дії, які завершують дію механізму правового регулювання)³². Таким чином, існує два види нормативно-правових актів і два види індивідуальних актів застосування і реалізації правових норм, які можна віднести до однієї групи – індивідуальні акти реалізації і застосування правових норм³³.

Необхідно вказати на подвійну правову функцію правозастосовного акту: 1) юридична констатація, тобто визнання існування певних фактів, їх правомірності (неправомірності), визнання того чи іншого права за даною особою чи констатація щодо даної події факту правопорушення; 2) встановлення нового юридичного обов'язку, тобто після винесення рішення необхідною є додаткова діяльність, новий обов'язок компетентних органів по виконанню рішення³⁴.

На підставі аналізу думок, які зустрічаються в науковій літературі, можна виділити наступне визначення акту застосування норм права: це формально-обов'язкове правило поведінки, яке має державно-владний індивідуальний характер і спрямоване на конкретизацію правового регулювання (зміну, припинення, встановлення або підтвердження

³¹ Гринь О.Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 65.

³² Алексєєв С. С. Теория права / С. С. Алексєєв. – М.: Издательство БЕК, 1995. – С. 57.

³³ Гринь О.Д. Вказана праця. – С. 65.

³⁴ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – С. 11.

юридичних прав і обов'язків) правовідносин персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації³⁵.

У процесі правозастосовної діяльності приймається надзвичайно багато актів застосування правових норм. Отже, ефективність правозастосовних актів може оцінюватися лише з позицій досягнення тієї ж соціальної мети, що і ефективність норм права, які підлягають застосуванню³⁶.

Фактично за допомогою застосування норм права забезпечується виконання ряду юридично значущих дій: конкретизуються суб'єктивні права і обов'язки, здійснюється контроль за їх дотриманням, вирішуються спори та застосовуються санкції. За висловом Д. Бочарова, «державні органи безпосередньо, а інші компетентні суб'єкти – опосередковано та різною мірою реалізують владні функції, що полягають у контролі (нагляді) за суспільними явищами й процесами, їх авторитетному засвідченні й управлінні ними, а в разі потреби й за наявності підстав – у застосуванні легального примусу». Тому не випадково, будучи особливою формою реалізації норм права, дане правове явище породжує значний науковий інтерес³⁷.

Між тим, застосування норм права досягає ефекту у разі виконання правозастосовними органами відповідних вимог. Вимоги до застосування норм права – це юридичні правила (умови), за допомогою яких правозастосовний орган втілює в життя принципи права. Систему вимог, які складають основу правильної реалізації правозастосовних актів, утворюють: законність, обґрунтованість, доцільність і справедливість.

Вимога законності полягає в тому, що застосування норм права здійснюється лише компетентними органами держави і посадовими особами, а в деяких випадках, які передбачені законом – громадськими організаціями; на основі норм права, які містяться у системі нормативно-

³⁵ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 66.

³⁶ Там само. – С. 68.

³⁷ Пугач С. С. Суб'єкти застосування норм права: загальнотеоретичний аспект / С. С. Пугач // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. – 2013. – Випуск 6. – Том 1. – С. 10.

правових актів; лише у випадках, які передбачені законом; згідно з процедурою, яка закріплена в нормах права³⁸.

Тобто, процес виконання норм права має відбуватися у відповідності до законодавчо встановленої компетенції, процедури та у межах, встановлених законом. Правозастосовний орган, вирішуючи справи, має керуватися нормою (сукупністю норм) права, які безпосередньо торкаються певної справи, діяти в межах своєї компетенції, не ухилятися від застосування норми, а також не зупиняти дію норми довільно з певного приводу (застарілість, невідповідність місцевим умовам тощо), або під впливом особи (органу), не уповноваженої на те законом, а у разі порушень встановленого порядку, нести юридичну відповідальність. Вимога законності стосується як процедури правозастосовного провадження (строки, порядок, повноваження суб'єкта правозастосування), так і відповідності закону самого результату правозастосування (зміст, форма правозастосовного акту) і вказує на неприпустимість зловживання суб'єктами правозастосування своїми повноваженнями, а також виходу за межі своєї компетенції³⁹.

В підтвердження цього можна привести вислів С. Лисенкова, який вважає, що застосування норм права буде правильним та ефективним лише тоді, коли цей процес буде законним та обґрунтованим⁴⁰.

Вимога обґрунтованості полягає в тому, що рішенням у справі повинно повністю відповідати обставинам справи, ґрунтуватися на вичерпному дослідженні та об'єктивній оцінці зібраних доказів⁴¹. На нашу думку, обґрунтованість є одним з визначальних принципів здійснення правозастосовної діяльності та є передумовою винесення законного рішення по справі.

Правозастосовний орган, вирішуючи будь-яку справу, повинен виявити всі причетні до неї факти, всебічно та об'єктивно дослідити всі істотні обставини справи, ретельно та неупереджено вивчити їх, визначити достовірні та відкинути сумнівні й сторонні. А потім, на

³⁸ Гринь О.Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 67.

³⁹ Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 2016. – С. 175.

⁴⁰ Там само. – С. 176.

⁴¹ Гринь О. Д. Вказана праця. – С. 67.

основі зроблених висновків винести законне рішення по справі. Обґрунтованість передбачає підтвердження правильності всіх висновків, що містяться в конкретному правозастосовному акті, посиланням на відповідні норми права, сукупністю доказів та взаємопов'язаних із ними переконливих доводів.

Крім того, обґрунтованість ухвалених рішень є необхідною умовою, яка вможливує не лише його законність та справедливість, але й здійснення опротестування неправосудних рішень. Так, наприклад, у ст. 309 Цивільного процесуального кодексу України в якості підстав для скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового рішення або зміни рішення є: неповне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи; недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд вважав встановленими; невідповідність висновків суду обставинам справи.

Таким чином, обґрунтування є невід'ємною динамічною складовою правозастосовної діяльності, а обґрунтованість – її засадничою вимогою. Обґрунтованим має бути не лише акт правозастосування, але й сама діяльність правозастосовника⁴².

Вимога доцільності передбачає можливість вибору одного з можливих варіантів рішення у межах відносно визначеної норми права. Можливість вибору того чи іншого варіанту поведінки і є тією свободою, яка поставлена законом у вузькі рамки, а саме: а) свобода вибору варіанта рішення обмежена нормою, яка підлягає застосуванню; б) рішення повинно ґрунтуватися на достатніх доказах, які дають можливість винести обґрунтований акт застосування норм права; в) воно повинно бути доцільним, спрямованим на найбільш ефективну реалізацію норми права, вирішення справи без затягування, даремного виклику свідків тощо⁴³.

Принцип доцільності полягає у відповідності діяльності правозастосовних органів конкретним умовам місця й часу, враховуючи характерні риси особи, щодо якої приймається рішення, специфіку (особливість) ситуації. Правозастосовний орган повинен у межах норми

⁴² Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Київ. – 2016. – С. 176.

⁴³ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 67.

обрати рішення, яке найповніше відображає зміст закону. Прикладом доцільності може слугувати термін «трансформація юридичної відповідальності», тобто законодавець передбачає, що за наявності достатніх підстав міри юридичної відповідальності більш суворого характеру можуть бути замінені на міри менш суворого характеру, а за інших обставин замінено заходом суспільно-виховного впливу, ще в інших – заходи юридичного впливу зовсім не застосовуються, тобто це може бути у вигляді усного зауваження⁴⁴.

Вимога справедливості полягає у тому, що в процесі застосування норм права відбувається співставлення того, що було вкладено, здійснено і того, що було одержано. Цей принцип містить в собі вимогу відповідності між практичним значенням індивідів або соціальних груп у житті суспільства і їх соціальним становищем, між їх правами і обов'язками, злочином і покаранням⁴⁵. У правозастосуванні принцип справедливості передусім розкривається в категоріях, які характеризують діяльність суб'єкта правозастосування: неупередженість, об'єктивність, всебічність, надання рівних можливостей сторонам – учасникам процесу правозастосування, розсудливість, своєчасність, добросовісність (неприпустимість зловживання правом), пропорційність (розмірність, адекватність, яка полягає у розумному співвідношенні між цілями державного впливу і засобами їх досягнення, баланс приватних та публічних інтересів)⁴⁶.

Також до системи вимог, які складають основу правильної реалізації правозастосовчих актів можна віднести вимогу гуманізму, яка характеризується тим, що в процесі застосування норм права має відбуватися гуманне людяне ставлення суб'єктів, які наділені владою до тих осіб, щодо яких здійснюються владні функції⁴⁷.

До конкретизуючих принципів правозастосовних актів належать такі принципи, як всебічність, повнота, об'єктивність, істинність⁴⁸.

⁴⁴ Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 2016. – С. 177.

⁴⁵ Гринь О.Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 67.

⁴⁶ Перепелюк А. М. Вказана праця. – С. 175.

⁴⁷ Гринь О.Д. До Вказана праця. – С. 67.

⁴⁸ Там само.

З позицій юридичного підходу наголошується, що відступ від цих засад, заперечення їх при правотворенні та правозастосовній діяльності загрожують руйнацією права як такого, дестабілізацією суспільного життя, державно-владної діяльності, нищенням демократичних цінностей тощо⁴⁹.

Застосування права має місце там, де є владне рішення компетентного органу з приводу конкретної життєвої ситуації. Владність рішення означає певну взаємодію між суб'єктами права, в якому присутній елемент управління вчинками людей та інших суб'єктів права, що здійснюється в імперативній формі. Ця форма завжди передбачає: а) односторонність волевиявлення органу, наділеного владними повноваженнями, хоча у ряді випадків ініціатором видання акту застосування виступає не сам цей орган; б) категоричність передбаченого цим актом веління; в) обов'язковість владних рішень для виконавців, підкорення їх волі; г) забезпеченість і охорона таких рішень примусовою силою держави⁵⁰.

Аналізуючи стан останніх досліджень та публікацій, необхідно зазначити, що формування теоретичного базису з аналізу проблем ефективності правових норм активізувалось ще із середини минулого століття. Проте на такому фоні достатньо широко розповсюджених та сталих знань із визначення поняття норми права та її структури науковці недостатньо приділяють увагу питанню ефективності окремої правової норми, системності зворотного зв'язку окремої норми з різними підсистемами права⁵¹. Норми права є ефективними, якщо вони діють, тобто реалізуються, що безумовно є результатом сукупності дій суб'єкта правозастосування. Якщо уповноважений суб'єкт правозастосовчої діяльності діє на підставі закону, а не керується власними

⁴⁹ Осадчук С. С. Застосування принципів права у правотворчому та правозастосовному процесах / С. С. Осадчук // Наше право. – 2012. – №3. – Ч. 3. – С. 7. – Режим доступу : <http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/8897/1/7.pdf> – Заголовок з екрана.

⁵⁰ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – С. 9.

⁵¹ Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 19.

інтересами, то в державі забезпечується режим законності, діють гарантії прав та свобод громадян⁵².

Потрібно також звернути увагу на питання співвідношення понять «ефективність права», «ефективність правових норм» та «ефективність законодавства». Термін «ефективність» походить від латинського «*efficientia*» (у перекладі – продуктивний, дієвий, результативний). Ефективність взагалі – це абстрактне поняття, яке означає тільки здатність застосовуваного засобу сприянню досягнення бажаної мети⁵³. Юридичною наукою зміст зазначеного поняття використовується в правовій сфері для означення політико-правових явищ⁵⁴, а ефективно застосування (на думку німецького конституціоналіста У. Карпена) означає розсудливе співвідношення між цілями та засобами в дійсності⁵⁵.

Літературні джерела містять значну кількість різних за формою викладу визначень, але всі вони тією чи іншою мірою зводяться до того, що ефективність права – це конкретна міра результативності правового регулювання, яка знаходить свій прояв у співвідношенні між цілями, що стояли перед правовими нормами та фактичними результатами їх дії⁵⁶.

Також в юридичній літературі нема єдиної думки стосовно поняття «ефективність правових норм». Так, на думку Ф. Н. Фаткуліна і Л. Д. Чулюкіна під ефективністю правових норм треба розуміти їх здатність із найменшими витратами позитивно впливати на суспільні відносини й на установки їх учасників у заданому напрямку при тих соціальних умовах,

⁵² Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного процесу / М. С. Небеська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2016. – № 1. – С. 40.

⁵³ Нікітін Ю. В., Рощина І. О. Ефективність норм кримінального права у попередженні злочинів : монографія – К.: ВНЗ «Національна академія управління», 2014. – С. 29.

⁵⁴ Корнієнко В. В. Розмежування понять "ефективність права", "ефективність законодавства" та "ефективність застосування права" / В. В. Корнієнко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2015. – Вип. 20. – С. 33.

⁵⁵ Мандрікова К. О. Розумність у системі принципів застосування норм права [Електронний ресурс] / К. О. Мандрікова // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2. – С. 7. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/6.pdf. – Заголовок з екрана.

⁵⁶ Корнієнко В. В. Розмежування понять "ефективність права", "ефективність законодавства" та "ефективність застосування права" / В. В. Корнієнко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2015. – Вип. 20. – С. 33.

які реально існують у період їх дії в країні⁵⁷. Ефективність правових норм визначають як співвідношення між фактичним результатом їхньої дії і тими соціальними цілями, для досягнення яких ці норми були прийняті⁵⁸.

Необхідно враховувати, що сам характер дії правових норм щодо досягнення відповідної мети може бути різний, а саме: так званий інформаційний, ідеологічний, загально-виховний вплив на індивідуальну, групову та суспільну свідомість; реалізація норм права шляхом їх дотримання, виконання і використання; державно-владна діяльність компетентних органів та посадових осіб щодо застосування норм права. Отже, в одних випадках ефективність норми забезпечується лише шляхом її власної дії, а в інших – результатом дій щодо її застосування⁵⁹.

Ефективність права була предметом багатьох наукових праць різних авторів щонайменше протягом останніх десятиліть. Проте, без вагань можна констатувати невичерпаність означеної проблематики й на сучасному етапі розвитку національного українського правознавства. До того ж не менш гостро стоїть ця проблема у сучасній юридичній практиці, оскільки докорінні зміни, що відбуваються останнім часом у правовій системі викликають появу багатьох факторів, котрі суттєво впливають як на рівень ефективності права, так і на рівень ефективності законодавства. Насамперед, маємо на увазі ситуацію, коли починає діяти той чи інший новий нормативний акт і ще не була накопичена практика його застосування⁶⁰.

Розкрити зв'язок між поняттями «ефективність права» та «ефективність законодавства»ми спробуємо за допомогою відмінних та спільних рис. Відмінні риси ефективності права та ефективності законодавства можна виділити, зокрема, за допомогою аналізу основних характеристик права і закону. Серед них головними є: 1) ефективність

⁵⁷ Нікітін Ю. В., Рощина І. О. Ефективність норм кримінального права у попередженні злочинів : монографія. – К.: ВНЗ «Національна академія управління», 2014. – С. 29.

⁵⁸ Легка О. В. Реалізація норм права: теоретико-правові аспекти / О. В. Легка // Право і суспільство. – 2012. – № 1. – С. 32.

⁵⁹ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 67.

⁶⁰ Корнієнко В. В. Розмежування понять "ефективність права", "ефективність законодавства" та "ефективність застосування права" / В. В. Корнієнко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2015. – Вип. 20. – С. 32.

права завжди відображає втілену в життя правову норму, у той час, коли ефективність закону може мати своїм змістом реалізоване протиправне положення, свавілля; 2) шляхом ефективно реалізованої норми права у будь-якому разі досягається мета, яка відповідає вимогам соціального прогресу та соціальним очікуванням, а положення законодавства (за умови невідповідності фундаментальним правовим положенням і цінностям) можуть стримувати розвиток суспільства, або взагалі порушувати природні права людини; 3) констатувати наявність ефективності права можна навіть, якщо ті або інші його норми не закріплено у законодавстві; 4) результат правового регулювання, як обов'язковий елемент ефективності законодавства, досягається, як правило, завдяки сприянню державної влади; коли ми говоримо про ефективність права, то можливі випадки, коли норми права не оформлені у законі, а результат забезпечується високим рівнем правосвідомості без участі держави; 5) цілі правового регулювання, як обов'язковий елемент ефективності законодавства, у всіх випадках співпадають з інтересами держави, але за певних обставин можуть розходитися з інтересами населення або навіть суперечити їм (йдеться про авторитарні режими), щодо ефективності права, то цілі повністю співпадають з інтересами населення.

Спільними рисами ефективності права та ефективності законодавства слід вважати: 1) наявність двох обов'язкових елементів – результату правового регулювання і цілей, що стояли перед нормою чи нормативним актом; 2) досягнення результату правового регулювання, яке забезпечується державою та (або) належним рівнем правосвідомості тощо; 3) співвідношення відповідних цілей і досягнутого шляхом регулювання суспільних відносин результату⁶¹.

Цікаву думку висловлює і А.О. Нечипоренко, коли уточнює, що ефективність законодавства виявляється не лише в юридичному (фактичному) або соціальному (здатність врегулювати суспільні відносини) впливі, а, насамперед, являє собою вплив на формування моральності, правосвідомості та на її основі правової культури народу (як

⁶¹ Корнієнко В. В. Розмежування понять "ефективність права", "ефективність законодавства" та "ефективність застосування права" / В. В. Корнієнко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2015. – Вип. 20. – С. 34.

посадових і службових осіб, так і різних прошарків населення, окремих громадян)⁶².

При дослідженні ефективності правових норм, перш за все, необхідно виявити методи, які можуть бути використані у практичних дослідженнях. Під методами вивчення ефективності правових норм розуміють конкретні способи, застосування яких дає позитивні результати при дослідженні ефективності правових норм. Іншими словами, методами вивчення ефективності правових норм є всі ті конкретні способи, які дозволяють визначити об'єкт (норму), встановити об'єктивно існуючий стан ефективності правових норм, що вивчається, а також виробити певні рекомендації з приводу шляхів і засобів підвищення їх ефективності⁶³ (логічні методи, психологічні методи, метод наукової соціології (опитування та вивчення документів), статистичні методи дослідження, математичні методи вимірювання та порівняння, метод моделювання, кібернетичні методи, соціальний експеримент).

Ефективність правозастосовної діяльності проявляється в ситуаціях, коли норма права не цілком досконала і вимагає обмеженого або розширеного тлумачення, застосування аналогії закону і т.п. За таких умов відповідне рішення щодо застосування норм права творчо впливає на соціальний ефект правового регулювання в цілому⁶⁴.

У практичній діяльності існує досить багато норм, які містять імперативні веління і зобов'язують суб'єктів застосування до прийняття однозначних рішень. У таких ситуаціях роль суб'єктів застосування норм права обмежується пасивним проведенням у життя волі законодавця. Ніяких власних, творчих елементів в механізм правового регулювання процес застосування норм не вносить, оскільки можливості суб'єктів застосування норм права, чітко детерміновані змістом норми. Тому, в зазначених випадках, застосування норм права може лише забезпечити юридичну ефективність відповідних норм. Удосконалюючи процес застосування можна оптимізувати юридичну ефективність таких норм

⁶² Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 20.

⁶³ Стащенко А. До питання про методи вивчення ефективності права // Підприємництво, господарство, право. – 2009. - №10. – С.53.

⁶⁴ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 69.

права, але не можна вплинути на їх ефективність соціальну, тобто ступінь досягнення соціальної мети норм. І в подібних випадках не можна говорити про соціальну ефективність актів застосування норм права. Застосування норм права тут в основному співпадає з такою формою реалізації права як виконання. Відмінність полягає лише в тому, що застосування передбачає видання правозастосовних актів⁶⁵.

Норми права застосовуються й у випадку, коли мова йде про правомірні дії суб'єктів права щодо реалізації їхніх прав і обов'язків, і у випадку здійснення правопорушення. Причому, останнє також припускає застосування охоронних норм права як форми забезпечення їхньої реалізації⁶⁶.

Інша ситуація складається в процесі застосування норм, які дають можливість суб'єктам застосування обрати один з варіантів рішення з числа тих, які допускаються нормою права. Тут результати індивідуального регулювання, яке здійснюється суб'єктом правозастосування, можуть значною мірою вплинути на ступінь досягнення мети норм, які застосовуються і відповідно зробити свій «внесок» щодо ефективності правового регулювання. Ефективність правозастосовних актів досить чітко проявляється, наприклад, при застосуванні диспозитивних правових норм. Так, закон про кримінальну відповідальність встановлює перелік покарань та межі санкцій, а також містить перелік обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання. Що ж стосується конкретизації санкцій, індивідуалізації покарання – це завдання діяльності щодо застосування норм права⁶⁷.

Питання ефективності діючої в країні системи нормативних правових актів нерозривно зв'язане з проблемою контролю за їх якістю і подальшим удосконаленням. Шляхом оцінки ефективності нормативно-правового акта визначається ступінь урегульованості відповідних суспільних відносин, виявляються прогалини, усуваються колізії і суперечності між нормами права і нормативно-правовими актами, що сприяє розробці пропозицій щодо вдосконалення законодавства, його

⁶⁵ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 68.

⁶⁶ Легка О. В. Застосування норм права як спосіб організації реалізації норм права / О. В. Легка // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – №5. – С. 14. – Режим доступу : lsei.org.ua/5_2016/4.pdf – Заголовок з екрана.

⁶⁷ Гринь О. Д. Вказана праця. – С. 68.

оновленню і, в кінцевому підсумку, забезпечує внутрішню узгодженість правової системи в цілому⁶⁸.

Таким чином, доцільне застосування правових норм, яке містить відповідні можливості щодо власного розсуду суб'єкта застосування норм права, значною мірою впливає на досягнення мети норм права. Досліджувати ефективність правозастосування, як і ефективність норм, потрібно, співставляючи їх з метою відповідних правових приписів. Чим в більшій мірі буде проявляти себе ступінь досягнення мети норм за рахунок найбільш доцільного їх застосування, тим в більшій мірі буде проявлятися й ефективність процесу застосування норм права⁶⁹.

Розгорнуте розуміння ефективності правової норми запропонував В. Ф. Сіренко, який вказував на те, що загальним мірилом ефективності є ступінь відповідності реальних відносин тій типовій вимозі, яка міститься в конкретній нормі чи законодавчому акті. Для вимірювання ефективності законодавства дослідник пропонував вивчати інтереси суб'єктів, які становлять залежність між необхідністю задовольняти потреби тих чи інших соціальних груп, класів чи окремих верств населення та можливостями задоволення цих потреб через діяльність таких суб'єктів. До основних елементів ефективності автор відносить: соціальні потреби, які намагаються задовольняти за допомогою конкретного нормативно-правового акта, правові засоби, їх якість і кількість; спроможність правових засобів задовольняти соціальні потреби, закріплені в нормативно-правовому акті; перспективність напрямів удосконалення законодавства з метою задоволення соціальних потреб за допомогою правових засобів. Такий підхід, на думку Сіренко, можна визначити як аксеологічний. Так, на такий критерій виміру дієвості правового регулювання, як цінність правового регулювання вказує П. М. Рабінович. Зокрема, учений зазначає, що цінність правового

⁶⁸ Добродумов П. О. Роль правового моніторингу в процесі вдосконалення законодавства [Електронний ресурс] / П. О. Добродумов // Режим доступу : http://dspace.uabs.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/11275/2/monitor_1.pdf – Заголовок з екрана.

⁶⁹ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 69.

регулювання визначається як здатність бути засобом для задоволення потреб та інтересів як суспільства в цілому, так і окремої людини⁷⁰.

О. С. Рогачова, яка, досліджуючи ефективність правових норм, зазначає, що ефективність правової норми передбачає виявлення її цілі та ступеня досягнення, тобто співвіднесення результатів дії норми з наміченою метою. Важливе значення на цьому етапі надається телеологічному аналізу норми, під час якого з'ясовується воля законодавця, уточнюються всі соціальні цілі. Автор приходять до висновку, що поняття та категорії ефективності для наповнення їх реальним змістом мають бути переведені у форму, доступну для емпіричних спостережень, у тому числі й для кількісних розрахунків. Тут специфіка методики вивчення ефективності правових норм визначається структурою та змістом самих норм. Крім того, важливою проблемою, яка ставиться перед ученими, є проблема виокремлення ролі правового чинника⁷¹.

На думку відомих науковців, до числа загальних передумов ефективної дії норм належать: формування правової держави (М. І. Байтин), високий рівень правосвідомості (В. А. Тархов), співвідношення виконання законів із суспільно важливим зв'язком «інтереси-цінності» (А. В. Малько), рівень правової культури населення та ін.⁷².

Несвоєчасність внесення змін і доповнень до чинних нормативно-правових актів, у разі об'єктивної необхідності, стали поширеною причиною низької ефективності норм законодавства України. Зазначимо, що позитивний потенціал кожного закону поступово знижується, якщо в нього не вносити певні зміни. Сам процес підготовки законодавчих актів має відповідати ряду принципів: відповідності, необхідного різноманіття методів виконання та соціально-економічної можливості виконання.

До іншої групи критеріїв ефективності належать внутрішні властивості норм. Вони визначають «якість» закону. Останнє поняття слід розуміти як правовий зміст (сутність) нормативно-правового акта, соціальну адекватність його установ, досконалість юридичних форм і, як

⁷⁰ Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 20.

⁷¹ Там само.

⁷² Гуменюк І. О. Зміст поняття «ефективність» норм законодавства про соціальний захист / І. О. Гуменюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – С. 81. – Режим доступу : www.apdr.in.ua/v39/14.pdf – Заголовок з екрана.

наслідок, – здатність за відповідних умов забезпечити правовий характер діяльності суб'єктів, здатність конструктивно досягати фактичних результатів, що впливають з його цілей⁷³.

Із цього приводу доречно зауважує М. Г. Кравченко, який вважає що в результаті реалізації закону мають бути досягнуті ті цілі або вирішені ті завдання, що ставилися під час його створення. Однак, сам закон створюється не просто для автономного буття, а для реального функціонування, для активного впливу на суспільні відносини, які є об'єктом його регулювання. Саме норма права є безпосереднім регулятором суспільних відносин, а не наміри, ідеї або дії суб'єктів правотворчості. Тому доречне зауваження надала С. В. Поленіна, яка стверджує, що ефективність дії правової норми можна проаналізувати лише після того, як її реалізовуватимуть. Крім того, О. С. Лустова акцентує увагу, що ефективність дії правових норм залежить від певних суб'єктивних та об'єктивних умов, які відносяться як до самого права, так і до сфери його реалізації. Характер взаємозв'язку правової норми з різними сторонами суспільного життя й визначає ті умови, які забезпечують ефективність її дії⁷⁴.

В юридичній літературі існують самі різноманітні комбінації умов ефективності правозастосовних актів.

Так, наприклад, Лазарев В. В. поділяє усі умови щодо ефективності правозастосовної діяльності на загальні та спеціальні. До загальних він відносить: економічні, політичні, культурні. А до числа спеціальних – соціальну значимість, обґрунтованість, досконалість правових норм, досконалість процесуальних норм щодо здійснення правозастосовної діяльності, встановлення законодавцем самої необхідності та меж правозастосування, законність, належну організацію правозастосовних органів, їх матеріально-технічне забезпечення⁷⁵. Такий поділ має як свої переваги, такі певні недоліки. До переваг можна віднести наявність чіткого поділу умов ефективного застосування норм права на загальні та

⁷³ Гуменюк І. О. Зміст поняття «ефективність» норм законодавства про соціальний захист / І. О. Гуменюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – С. 82. – Режим доступу : www.apdr.in.ua/v39/14.pdf – Заголовок з екрана.

⁷⁴ Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 20.

⁷⁵ Общая теория права и государства : учебн. / под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристь, 2001. – С. 49.

спеціальні. Що ж стосується недоліків, то це проявляється в тому, що вони подані в неповному об'ємі (наприклад, відсутні умови щодо характеристики особи суб'єкта застосування норм права) й не зрозумілим залишається те, за яким принципом автор їх відбирав⁷⁶.

Тому, на нашу думку, більш вдала спроба щодо систематизації умов ефективності застосування норм права представлена Шикінім Є. П. За основу він взяв модель оптимального управління: мета – план – рішення – зворотний зв'язок, побудувавши на базі цього саму модель умов ефективного застосування норм права, яка складається з наступних факторів: фактор оптимальної норми права (якість законодавства); фактор управління (рівень наукової організації праці суб'єкта застосування норм права); фактор мікросередовища (відносин між суб'єктом застосування норм права та членами колективу); суб'єктивний фактор (особисті риси суб'єкта застосування норм права); фактор середовища (знання, розуміння, схвалення права і правозастосування населенням, пропаганда права і т.д.); матеріально-технічний фактор (забезпечення суб'єкта застосування норм права приміщенням, транспортом і т.д.); фактор естетики (зовнішня оформлення та облаштування приміщення, естетична привабливість суб'єкта застосування норм права і т.д.)⁷⁷.

Однак, і дана модель умов ефективності процесу застосування норм права не дає можливості побудувати чітку систему умов щодо ефективності правозастосування. Причиною цього є відсутність єдиної основи⁷⁸.

Досить цікаву та доцільну класифікацію видів ефективності правових норм надав А.В. Жинкін. Він звертає увагу, що насамперед науковці виділяють юридичну та соціальну ефективність правових норм. Потенційна ефективність правових приписів залежить від чинників, що знаходяться у сфері правотворчості. Проте, на процес досягнення запланованого законодавцем результату діє широкий спектр факторів (економічних, соціальних, юридичних тощо), у чому можна прослід-

⁷⁶ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 69.

⁷⁷ Шикин Е. П. Основные условия эффективного применения права / Е. П. Шикин : дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. – М., 1971. – С. 76.

⁷⁸ Гринь О. Д. Вказана праця. – С. 69.

кувати комплексність його підходу. Тому автор пропонує таку класифікацію видів ефективності норм права:

1. Соціальна ефективність. Вона впливає з відповідності юридичних приписів соціальним потребам. Це й потреби соціального розвитку в цілому, і потреби окремих соціальних груп.

2. Політична ефективність. Вона залежить від того, наскільки норми права сприяють досягненню цілей і завдань держави, забезпечують виконання ними своїх функцій.

3. Спеціально-юридична ефективність. Спеціально-юридичні чинники, що впливають на ефективність юридичних норм, означають і реальну забезпеченість відповідних приписів санкціями або заохоченнями, і правильний вибір предмета регулювання, і дотримання вимог юридичної техніки в правотворчості та правозастосуванні.

4. Формальна ефективність. Ефективність норм права залежить також від того, у яку форму вони вдягнулися, у якому джерелі права виражені.

5. Процедурна ефективність. Цей вид ефективності можна розглядати у двох аспектах. По-перше, тут мається на увазі дотримання процедур підготовки та прийняття правових норм. Ці процедури стають перешкодою для правотворчих помилок, підвищують якість прийнятих нормативних актів, а отже, і їх ефективність. По-друге, прийняті норми повинні бути забезпечені процедурами контролю за їх дотриманням, процедурами своєї реалізації й охорони.

6. Матеріально-організаційна ефективність. Самі якісні нормативні акти, що залишаються лише на папері, не викличуть зміни у відповідних суспільних відносинах, якщо не будуть забезпечені матеріальними засобами та кадровими ресурсами⁷⁹.

Виходячи з цих міркувань, на думку Старостюк А. В., при розробці загальної моделі умов ефективного застосування норм права необхідно, в першу чергу, враховувати якість дій щодо застосування норм права на всіх стадіях⁸⁰. Адже правозастосовний акт лише тоді може бути ефективним, коли до його прийняття виявлені всі необхідні фактичні обставини,

⁷⁹ Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 20.

⁸⁰ Старостюк А. В. Застосування норм права [Текст] : [навч. посібник] / А. В. Старостюк. – Ірпінь : [б.в.], 2007. – С. 37.

правильно здійснений вибір та аналіз норм права, встановлена відповідність між нормативними умовами прийняття рішення і з'ясованими фактичними обставинами, об'єктивно обраний оптимальний варіант індивідуального рішення. У процесі побудови вказаної моделі необхідно також мати на увазі й те, що на ефективність індивідуального рішення можуть впливати і деякі організаційні моменти, які пов'язані з прийняттям таких рішень та їх реалізацією⁸¹.

Водночас доцільна позиція М. К. Галянтича, який вважає, що критерієм ефективності правових норм (і права загалом) є міра досягнення поставлених перед ними цілей, але мова йде не про окрему мету, а про сукупність цілей, зокрема найближчих й кінцевих цілей, прямих і непрямих тощо⁸².

Окремі недоліки застосування норм права і випадки втрати його ефективності пов'язані з труднощами щодо одержання інформації про фактичні обставини справи. Така ситуація може виникати внаслідок того, що діючі правила фіксації відповідної інформації відображають, наприклад, не все явище в цілому, а лише якусь його частину. Але в більшості випадків труднощі щодо одержання достовірної інформації в іншому. Вони викликаються тим, що деякі особи бувають безпосередньо зацікавлені в приховуванні від суб'єкта застосування норм права дескриптивної інформації або в її викривленні. Вміння виявити подібні факти і здійснити процес доказування фактичних обставин справи є тут однією з найважливіших умов якості інформаційного забезпечення підготовки правозастосовних актів.

Негативно може вплинути на ефективність процесу застосування норм права і надлишок інформації щодо фактичних обставин справи, яка надходить до суб'єкта правозастосування. Ймовірність такої ситуації значно зростає в умовах широкого використання комп'ютерних технологій, коли бази даних комп'ютерів можуть ввібрати та зберігати безмежну кількість інформації.

Основною умовою ефективного процесу застосування норм права є висока якість відповідних нормативно-правових актів, яка сприяє

⁸¹ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2 (98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 70.

⁸² Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 21.

високому якісному рівню правозастосування, усуваючи можливі помилки, які пов'язані з тлумаченням правових норм.

Однак таку залежність між якісними характеристиками нормативно-правових актів та якісним процесом застосування норм права не потрібно розглядати в тому розумінні, що при наявності низького якісного рівня нормативно-правових актів ефективності застосування норм права взагалі неможливо досягти. Саме низький якісний рівень законодавства іноді й визначає високу ефективність актів застосування норм права, за допомогою яких відбувається процес подолання в законодавстві окремих протиріч, застосовується аналогія закону і аналогія права, здійснюється обмежене або розширене тлумачення змісту правових норм, що сприяє проведенню в життя дійсної волі законодавця. Але, звичайно, така практика не виключає необхідності удосконалення законодавства, недоліки якого були виявлені в процесі застосування норм права.

Ще однією умовою ефективності правозастосовних актів є оптимальне співвідношення сфер нормативного та індивідуального регулювання. Основним критерієм розмежування між ними може бути таке правило – загальні властивості об'єктів правового впливу, характерні для правового регулювання даного виду суспільних відносин, повинні знайти відображення в нормі права; індивідуальні характеристики об'єктів, які також важливі для досягнення мети правового впливу, повинні відображатися на рівні застосування норм права шляхом надання законом відповідних можливостей для власного розсуду суб'єкта застосування, які необхідні для їх адекватного врахування. Зазначимо, що до зниження ефективності правового впливу ведуть як занадто широкі, так і занадто вузькі можливості щодо власного розсуду суб'єкта застосування норм права, ніж того вимагає специфіка об'єктів правового регулювання⁸³.

Якість актів застосування норм права залежить не лише від особистих якостей суб'єкта застосування права (правосвідомості, юридичної підготовки, практичного досвіду і т.д.) та умов його праці та відпочинку (службова завантаженість, забезпечення житлом, тощо), а й від його зацікавленості у винесенні об'єктивних рішень. Аналіз

⁸³ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 70.

діяльності щодо застосування норм права свідчить про те, що в ряді випадків досить складно забезпечити дійсну об'єктивність суб'єкта застосування правових норм, а іноді взагалі неможливо⁸⁴. Тому існування певної свободи в діях посадової особи під час прийняття управлінського рішення може зробити цю діяльність найбільш ефективною⁸⁵.

Сьогодні суспільно-політичні процеси, нові виклики й загрози у внутрішній і зовнішній політиці дають підстави вести мову про завершення етапу становлення України як незалежної держави. В теперішній час починають активізуватися проблеми подальшого вибору й визначення стратегічних завдань і тактики їх поступового виконання в рамках державного розвитку⁸⁶. І, безперечно, застосування норм права за своїм обсягом є найоб'ємнішою ланкою в цьому складному процесі, яка спрямована на індивідуальне регулювання суспільних відносин, а тому потребує детального теоретичного дослідження.

Застосування норм права слід розуміти як правову форму діяльності уповноважених компетентних суб'єктів, спрямовану на реалізацію принципів та норм права в конкретних життєвих ситуаціях через винесення індивідуально-конкретних рішень. Застосування норм права уповноваженими суб'єктами має особливе значення, оскільки, по-перше, ця форма реалізації норм права є важливим засобом здійснення керівництва; по-друге, лише вони мають право застосовувати санкції до порушника вимог норм права. Передусім, застосування норм права є управлінською за своєю природою діяльністю органів держави й посадових осіб у винесенні індивідуально-конкретних приписів, які містять не загальні правила поведінки, а мають адресатом конкретних суб'єктів⁸⁷.

⁸⁴ Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 71.

⁸⁵ Резанов С. А. Організаційно-правові засади застосування адміністративного розсуду в діяльності органів внутрішніх справ / С. А. Резанов // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2015. – Вип. 4. – С. 93.

⁸⁶ Бобрешов, Є. Г. Судове правозастосування в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Є. Г. Бобрешов ; наук. кер. В. П. Плавич; Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова. – К., 2011. – С. 1.

⁸⁷ Юхимюк О. Дотримання як форма безпосередньої реалізації норм права / О. Юхимюк // Історико-правовий часопис. – 2013. – № 1. – С. 33.

Невисока якість правотворчості в країні не тільки дестабілізує економічну і політичну ситуацію, але й актуалізує проблему моніторингу нормативно-правових актів як на стадії розробки та прийняття, так і після набуття ними чинності. У свою чергу, низька ефективність правозастосування пов'язана з такими чинниками, як відсутність об'єктивної інформації щодо реалізації законодавчих актів; неприйняття необхідних для забезпечення реалізації закону підзаконних актів, що також порушує зворотний зв'язок між законодавцем і правозастосувачем; неоднозначне тлумачення норм права, їх застосування без урахування зв'язку з іншими однорідними нормами, незаконне обмеження прав громадян і юридичних осіб тощо⁸⁸.

Щоб цьому запобігти, необхідно з'ясування чинників та умов, які обумовлюють підвищення ефективності механізму застосування права, серед яких: 1) загальнотеоретичні, що передбачають відповідність процесу застосування права певним принципам, які становлять ідейну основу, теоретичний стрижень та виступають своєрідним орієнтиром для правозастосовника; 2) загально-соціальні, що визначають вплив суспільства на механізм застосування права: а) економічний і політичний розвиток країни; б) стан нормативно-правового регулювання; в) рівень правової культури і правової освіти; г) матеріально-технічне забезпечення; 3) спеціально-юридичні, які обумовлені особливостями механізму застосування права: а) організаційні; б) суб'єктивні; в) специфічні.

Необхідне постійне удосконалення механізму застосування права, до якого належать громадський контроль, моніторинг ефективності застосування норм права, прогнозування, уніфікація правозастосовної практики та підвищення рівня професійної правосвідомості⁸⁹ та правової культури, тому що від рівня правової культури суспільства, від належного правового регулювання, в тому числі його моральних основ, значною мірою залежить ефективність здійснюваних в країні реформ⁹⁰.

⁸⁸ Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 2.

⁸⁹ Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 2016. – С. 11.

⁹⁰ Припхан І. І. Моральні аспекти судового правозастосування в Україні / І. І. Припхан // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – Випуск № 1 (4). – С. 54.

Важливість і системність питання природи причинності правозастосовних помилок обумовлюється кількістю та частотою допущених державними органами помилок, які часто носять доленосний характер⁹¹. Саме тому одним з пріоритетних напрямків державної політики повинно стати вдосконалення законодавчої діяльності органів державної влади. Більше того, проблеми розвитку і вдосконалення українського законодавства повинні стати завданням не тільки безпосередніх учасників законодавчого процесу, але й інститутів громадянського суспільства. Тільки за допомогою комплексного і професійного аналізу законів, що приймаються, а також практики їх застосування, можна підвищити якість законотворчості та її ефективність⁹².

Виходячи з викладеного, можна сформулювати визначення ефективності правозастосовних актів, яке характеризується співвідношенням між результатами індивідуального регулювання і метою норми права, при якому в акті застосування норм права в межах закону використані відповідні можливості для власного розсуду суб'єкта застосування норм права, ліквідовані прогалини в законі та усунуті інші недоліки. Умовами покращення ефективності правозастосовних актів є виявлення всіх необхідних фактичних обставин, правильне здійснення вибору та аналізу норм права, встановлення відповідності між нормативними умовами прийняття рішення і з'ясованими фактичними обставинами, об'єктивне обрання оптимального варіанту індивідуального рішення.

Список використаних джерел

1. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 320 с.
2. Барандич С. Правозастосування в сучасному вимірі юридичної науки / С. Барандич // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 4. – С. 1-7.
3. Бобрешов, Є. Г. Судове правозастосування в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Є. Г. Бобрешов.

⁹¹ Прус Е. У. Причини виникнення та вчинення правозастосовних помилок правоохоронними органами України / Е. У. Прус // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – 2013. – Випуск 69. – С. 134.

⁹² Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 2.

шов ; наук. кер. В. П. Плавич; Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова. – К., 2011. – 18 с.

4. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: Автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Д. Гнатюк; наук. кер. Т. І. Тарахонич; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – 20 с.

5. Гринь О. Д. До питання про ефективність правозастосовних актів / О. Д. Гринь // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – №2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 64-71.

6. Гуменюк І. О. Зміст поняття «ефективність» норм законодавства про соціальний захист / І. О. Гуменюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – С. 80-83. – Режим доступу : www.apdp.in.ua/v39/14.pdf – Заголовок з екрана.

7. Добродумов П. О. Роль правового моніторингу в процесі вдосконалення законодавства [Електронний ресурс] / П. О. Добродумов // Режим доступу : http://dspace.uabs.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/11275/2/monitor_1.pdf – Заголовок з екрана.

8. Дума В., Цимбалюк В. Правозастосування та форми його здійснення / В. Дума, В. Цимбалюк // Журнал «Правова інформатика». – 2006. – № 3(11). – С. 59-61.

9. Калюжний Р. А., Шапенко Л. О. Правозастосовна діяльність як соціокультурне явище / Р. А. Калюжний, Л. О. Шапенко // Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: «Юридичні науки». – 2017. – № 1. – С. 7-11.

10. Корнієнко В. В. Розмежування понять "ефективність права", "ефективність законодавства" та "ефективність застосування права" / В. В. Корнієнко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2015. – Вип. 20. – С. 32-34.

11. Легка О.В. Застосування норм права як спосіб організації реалізації норм права / О. В. Легка // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – №5. – С. 12-15. – Режим доступу : lsey.org.ua/5_2016/4.pdf – Заголовок з екрана.

12. Легка О. В. Реалізація норм права: теоретико-правові аспекти / О. В. Легка // Право і суспільство. – 2012. – № 1. – С. 30-33.

13. Мандрікова К. О. Розумність у системі принципів застосування норм права [Електронний ресурс] / К. О. Мандрікова // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2. – Режим доступу :

http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/6.pdf. – Заголовок з екрана.

14. Мартянова Т. С. Розсуд суб'єктів правозастосовної діяльності : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. С. Мартянова; наук. кер. І. Ю. Настасяк; Нац. ун-т «Львівська політехніка». – Л., 2013. – 19 с.

15. Мельничук С. М. Правозастосовна форма здійснення функцій держави та публічне адміністрування: взаємозв'язок змісту правових категорій / С. М. Мельничук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право. – 2015. – № 35. – Вип. 35. – Ч. 1. – Т. 1. – С.36-39.

16. Небеська М. С. Сутність та призначення стадій правозастосовного процесу / М. С. Небеська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2016. – № 1. – С. 40-41.

17. Николина К. В. Особливості процедурних засад правозастосовної діяльності/ К. В. Николина // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2.– С. 67-70.

18. Нікітін Ю. В., Рощина І. О. Ефективність норм кримінального права у попередженні злочинів : монографія – К.: ВНЗ «Національна академія управління», 2014. – 168 с.

19. Общая теория права и государства : учебн. / под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 520 с.

20. Онишук І. І. Теоретичні та прикладні засади моніторингу правозастосування / І. І. Онишук // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : збірник наукових праць. – 2016. – № 837.– С. 161-167.

21. Осадчук С. С.Застосування принципів права у правотворчому та правозастосовному процесі / С. С. Осадчук // Наше право. – 2012. – №3. – Ч. 3. – С. 32 – 37. – Режим доступу : <http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/8897/1/7.pdf>– Заголовок з екрана.

22. Палій О. М. Стівідношення можливості та дійсності у правозастосуванні : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.12 / О. М. Палій; кер. роботи Л. М. Сумарокова; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2014. – 16 с.

23. Перепелюк А. М. Принципи та вимоги права як основоположні засади правозастосовної діяльності / А. М. Перепелюк // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 245-249.

24. Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 2016. – 224 с.
25. Погрібний І. М. Особливості помилок у застосуванні права залежно від стадії правозастосовного процесу / І. М. Погрібний // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія: Юридична. – 2010. – № 4. – С. 97-102.
26. Припхан І. І. Моральні аспекти судового правозастосування в Україні / І. І. Припхан // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – Випуск № 1 (4). – С. 46-56.
27. Прус Е. У. Причини виникнення та вчинення правозастосовних помилок правоохоронними органами України / Е. У. Прус // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – 2013. – Випуск 69. – С.134-138.
28. Пугач С. С. Суб'єкти застосування норм права: загально-теоретичний аспект /С. С. Пугач // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. – 2013. – Випуск 6. – Том 1. – С. 10-13.
29. Резанов С. А. Організаційно-правові засади застосування адміністративного розсуду в діяльності органів внутрішніх справ / С. А. Резанов // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2015. – Вип. 4. – С. 86-94.
30. Рябікова Г. В., Колесник М. В. Основні підходи до оцінки ефективності реалізації правових норм / Г. В. Рябікова, М. В. Колесник // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 19-22.
31. Слинько Д. В. Правова форма діяльності держави як критерій класифікації юридичного процесу / Д. В. Слинько / «Jurnalul juridic national: teorie si practica» О.О.О. : «National law jurnal: teory and practice» L.L.C. – № 6 (22). – Republica Moldova, 2016.– С. 16 – 20.
32. Старостюк А. В. Застосування норм права [Текст] : [навч. посібник] / А. В. Старостюк. – Ірпінь :[б.в.], 2007. – 137 с.
33. Стащенко А. До питання про методи вивчення ефективності права // Підприємництво, господарство, право. – 2009. – №10. – С. 53-56.
34. Шикин Е. П. Основные условия эффективного применения права / Е. П. Шикин : дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. – М., 1971. – 236 с.
35. Юхимюк О. Дотримання як форма безпосередньої реалізації норм права / О. Юхимюк // Історико-правовий часопис. – 2013. – № 1. – С. 32-35.

РОЗДІЛ VII. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Сучасний розвиток суспільних відносин супроводжується об'єктивними процесами зміцнення громадянського суспільства, яке в позитивному сенсі тисне на правову систему з метою утвердження законності та розвитку правової держави. У цьому контексті набувають значної актуальності питання системного вдосконалення процесів правоутворення для підвищення якості та ефективності правового регулювання.

Динаміка ускладнення суспільних відносин викликає потребу їх деталізації та регламентації, надання їм належної правової оцінки та врегулювання з боку держави.

Питання правової природи актів органів судової влади, а також значення, місця і ролі судової практики як елементу системи права викликають значний інтерес та жваву дискусію серед науковців.

У зв'язку із запровадженням системних змін в системі функціонування судів знов актуалізується питання судової правотворчості.

Сьогодні юристична наука використовує праці дореволюційних правників Є. В. Васьковського, В. М. Гессена, А. Г. Гойхбарга, М. А. Гредескула, М. М. Коркунова, Л. Й. Петражицького, Є. М. Трубецького, В. М. Хвостова, Г. Ф. Шершеневича та ін.

На сучасному етапі дослідження питань правотворчості знаходять розвиток у працях таких вітчизняних дослідників як С. В. Бобровник, /О. В. Зайчука, В. В. Копейчикова, М. Д. Гнатюк, Н. М. Пархоменко, Д. Д. Луспеника, І. Л. Невзорова, О. В. Немировської, Н. М. Оніщенко, В. П. Плавича, С. В. Плавича, І. М. Погрібного, Ю. С. Шемшученка, М. Б. Рісного, В. О. Сердюк, О. Ф. Скакун, В.Я. Тація та ін., та російських правників С. В. Боботова, В. В. Єршова, В. М. Карташова, М. М. Марченка, А. В. Мицкевича, Ю. О. Тихомирова та ін.

Досліджуючи відповідну категорію, перш за все, варто визначити сутність діяльності судів та правосуддя в цілому. Якщо діяльність судів та сам суд розглядати з позиції відомого вислову як «закон, який говорить», то в процесі діяльності суд виступає інтерпретатором права та здійснює суто логічну операцію, підводячи при цьому конкретний випадок під норми закону.

Ґрунтується подібне судження на ідеї абсолютної якості законодавства. При цьому процес діяльності суду відображається як уособлена механічна процедура, що позбавлена будь-якого впливу оцінок, почуттів та побажань.

Ф. Бекон, міркуючи про якість законів, висловлював думку, що найкращий закон це той, який менш за все надає свавілля судді, а найкращий суддя це той, який менш за все залишає на власний розсуд¹.

Ш. Монтеск'є заперечував правоутворюючу роль суду та вважав, що судді народу повинні бути не більш як вуста, що вимовляють слова закону².

Підкреслимо, що наведені теоретичні погляди відображають розвиток законодавства більшості європейських держав. Зокрема, австрійський «Основний державний закон про судову владу» 1867 року в статті 7 містив своєрідну заборону, за якою суди не можуть удаватись до обговорення дійсності законів, що вірно опубліковані. Навпаки, вони вирішують у всіх інстанціях щодо дійсності адміністративних постанов³.

Даний погляд отримав значного розвитку в умовах домінування доктрини юридичного позитивізму, який проголосив волю законодавця священною та непорушною. Таке вчення розглядає правову систему як завершене ціле, до якого достатньо лише застосувати низку логічних прикладів та необхідне рішення буде віднайдене. Отже компетенція суду повинна обмежуватись логічними діями з тлумачення волі законодавця.

Позитивізм в цілому пропонує правникам, згідно І. Канту, не досліджувати, чи потребують виправлень закони, що застосовуються, оскільки їх справа не мудрувати про саме законодавство, а застосовувати закони. Для них повинен бути найкращим кожний існуючий в даний час правовий устрій, а якщо його буде змінено зверху, – то наступний, де знову все буде знаходитись в належному порядку⁴.

¹ Бэкон Ф. Собрание сочинений / Бэкон Ф. – СПб., 1874. – Ч. 1. – 1874. – [репринтная копия]. – С. 569.

² Монтескье Ш. Л. О духе законов / сост., пер. и коммент. А. В. Матешук. – М.: Мысль, 1999. – С. 164.

³ Современные конституции: сборник действующих конституционных актов. Конституционные монархии / Пер. под ред. и со вступ.: В.М. Гессен, пр.-доц.; Б. Э. Нольде, доц. бар. – С.-Пб.: Кн. скл. «Право», 1905. – Т. 1 – 1905. – [репринтная копия]. – С. 211.

⁴ Кант И. К вечному миру // Сочинения : в 6-ти т. / И. Кант. – М.: Мысль, 1996. – Т. 6. – 1996. – С. 297.

Ф. Бекон заперечував право судді на оцінку закону з позицій інших, притаманних суспільству правових ідей. Причини такого заперечення базувались зокрема на ідеях раціоналізму, за одною з яких судді не повинні мати права вирішувати справу проти формального установа, оскільки в протилежному випадку суддя обернеться в законодавця та все буде залежати від його капризу⁵.

Уявлення про відсутність прогалин в системі позитивного права виходить з того, що будь-яке суперечливе питання має чітку відповідь в законі та необхідно лише усвідомити її зміст і справжнє прагнення законодавця. У відношенні правосуддя такий підхід проявляється в нормативній фіксації обов'язку суду ухвалити рішення та дати висновок у будь-якій справі. Судове рішення повинне спиратись на норму позитивного права та суд не звільняється від такого обов'язку з мотивів неповноти, нечіткості або суперечливості закону. Якщо суддя відмовляється від вирішення справи виходячи з посилань на наявність прогалин в законі, то його вчинок розцінюватиметься як відмова в правосудді.

Відповідні базисні положення принципів правосуддя містяться в законодавстві більшості сучасних держав. Зокрема, стаття 4 Цивільного Кодексу Франції 1804 року встановлює, що суддя, який відмовився судити під приводом мовчання, нечіткості або недостатності закону, може бути переслідуючим як винний у відмові в правосудді⁶.

Відповідно до частини 3 статті 8 Цивільного процесуального кодексу Української РСР від 18 липня 1963 року, в разі відсутності закону, що регулює спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а при відсутності такого закону суд виходить із загальних начал і змісту законодавства України⁷.

Із розвитком правової системи дане положення також було розвинуте. Так, в частинах 7, 8 статті 8 Цивільного процесуального

⁵ Бекон Ф. Собрание сочинений / Бэкон Ф. – СПб., 1874. – Ч.1. – 1874. – [репринтная копия]. – С. 599.

⁶ Французский Гражданский кодекс 1804 года: с позд. изм. до 1939 г. / Всесоюзный ин-т юрид. наук НКЮ СССР ; пер. с франц. И.С. Перетерского. – М.: Юриздат НКЮ СССР, 1941. – С. 8.

⁷ Цивільний процесуальний кодекс України (від 18.07.1963 р.) : за станом на 23 черв. 2005 р. / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1501-06> – Заголовок з екрану.

кодексу України встановлено, що у разі якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). При цьому забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини⁸.

Подібну за змістом норму містить і Цивільний кодекс України, в частинах 1,2 статті 8 якого йдеться, що у разі якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)⁹.

При цьому з прийняттям Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року законодавець запровадив нові концептуальні засади судового правозастосування. Так, згідно частини 3 статті 8 цього Кодексу, У разі виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта¹⁰. Тобто суд, вирішуючи будь-який спір, що в силу процесуального закону належить до його компетенції, вправі проаналізувати якість закону з позицій відповідності Конституції

⁸ Цивільний процесуальний кодекс України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15> – Заголовок з екрану

⁹ Цивільний кодекс України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15> – Заголовок з екрану.

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15> – Заголовок з екрану.

України та порушити питання про визнання положень такого закону неконституційними.

Згідно частин 4, 5, 6 статті 8 Цивільного процесуального кодексу України, у разі невідповідності правового акта закону України або міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує акт законодавства, який має вищу юридичну силу. У разі невідповідності закону України міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує міжнародний договір. Норми права інших держав суд застосовує у разі, коли це встановлено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України¹¹. Тобто суд, вирішуючи справу, вправі проаналізувати закон з позицій співвідношення із законодавством інших держав та міжнародних нормативних актів, які, у випадку відмінності від національного законодавства будуть мати пріоритетне значення.

Прийняття наведених норм та їх закріплення в законах свідчить, що державна політика спрямована на підвищення якості та дієвості закону. Разом з тим законодавець влаштовує фарватер для імплементаційних та інтеграційних процесів до світової правової спільноти, виокремлюючи при цьому суди як індикатори, які здатні виявити та просигналізувати про протиріччя.

Думка про те, що у власній діяльності суд має вловити дух закону, мотиви і уявлення, з яких виходив законодавець при його прийнятті, – була переважною серед дореволюційних та радянських авторів.

Наприклад, Є.В. Васьковський формулював завдання суду як розкриття змісту норми або розвиток її смислу, а також у якості з'ясування мислі й волі законодавця¹².

Втім, в дореволюційний період почали з'являтися роботи, в яких приймалися спроби переглянути устояну думку про те, що головним завданням при тлумаченні або застосуванні закону є встановлення справжньої волі законодавця, відшукання правової норми, яка по волі законодавця повинна бути застосована до того фактичного складу, який переданий для розгляду суду.

¹¹ Там само.

¹² Див.: Васьковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Цивилистическая методология / Е. В. Васьковский. – Одесса: «Экон.» тип., 1901. – 400 с. – [репринтная копия].

Одним з перших піддав критичній оцінці такий підхід до розуміння юридичної природи діяльності судів А. Г. Гойхбарг в роботі «О воле законодателя» в 1916 році¹³.

Приблизно того ж часу наукова думка формулює вимогу, що при тлумаченні спірних питань, судді повинна надаватись порівняно більша свобода, ніж це допускалось за пануючим ученням. Однак тогочасна юриспруденція зупинилась перед низкою проблем, наприклад: до яких джерел повинен звернутись суддя після невдалих спроб віднайти необхідне вирішення у законах; яка правова природа норм, створених суддею та в якій мірі вони є обов'язковими для інших суддів та інших правозастосовувачів.

Особливим чином на розвиток нових підходів до аналізу даної проблематики вплинула судова практика держав, в яких активно складались товарно-грошові відносини. Наприклад, в 1908 році німецький правник Е. Данц писав про те, що в теперішній час в опублікованих рішеннях судів та у наукових дослідженнях матерії права майже скрізь звертають увагу на характер та погляди обороту не посилаючись на внутрішню волю або волю законодавця. Відшукування волі законодавця при застосуванні законів автор називав хибною теорією, в яку не один практикуючий юрист не вірить¹⁴.

Розвиток судової практики під впливом політики економічного лібералізму призвів до ухвалення судових рішень, які не спирались на норми позитивного права, що, тим не менш, не позбавляло їх правової природи, легітимності та законної сили. В таких умовах юридичне мислення, не залишаючи поза увагою питання правових засад рішень судів, обґрунтування та аргументацію їх юридичної значимості, змушено було однозначно визнати, що формальне закріплення судом своєї оцінки тих чи інших спірних ситуацій є плідним для суспільної практики. Сила цих фактів змусила відмовитись від догматичної позиції про компетенцію суду як шукача волі законодавця та обумовила формування іншого підходу до визначення суті судової діяльності, що ґрунтується на ідеї свободи суду у пошуку вирішення за межами законодавства, якщо це є доцільним для врегулювання суспільних відносин. Початок цього

¹³ Див.: Гойхбарг А. Г. О воле законодателя / Гойхбарг А. Г. – СПб.: Изд. юрид. книж. склада «Право», 1916. – 119 с.

¹⁴ Там само. – С. 86.

напрямку пов'язаний з тим моментом, коли юридична наука припинила ототожнювати «право» і «закон».

Згідно такого підходу суд ухвалює своє рішення не тільки шляхом підведення окремого випадку під закон, а й в результаті оцінки доцільності, вираження інтересів. Він спроможний знаходити елементи свого рішення в сталих суспільних відносинах, мотивах законодавця, існуючих наукових конструкціях, правових ідеях, звичаях тощо. Суд у власній інтерпретації закону піклується лише про смисл тексту норми та прагне досягти розумного, доцільного і справедливого вирішення. Більш складним є становище суду, коли він стикається з прогалинами в законі, а також в тих випадках, коли він повинен застосувати право, яке не знайшло відображення в законодавстві.

Таке визначення діяльності суду базується на ідеологічному або соціологічному розумінні сутності права, яке не визнає безумовної досконалості та повноти закону, оскільки навіть висока правова культура об'єктивно не спроможна перетворити всі норми права в законодавство. На нашу думку, саме такий науковий підхід для розуміння проблематики співвідношення категорій «право» та «законодавство» уявляється найбільш наближеним до реального життя з позицій практикуючих правників.

В подібних випадках діяльність суду зводиться до індуктивного відшукування права та самостійного визначення того, що у вирішуваному конфлікті є правом. Його рішення спирається на право, хоча здебільшого і не має у своїй основі конкретної норми закону. Одним з важливіших джерел судового рішення виступають ідеї справедливості вирішення та необхідності вирішення. Викладене надає можливість стверджувати, що у всіх випадках заповнення або подолання прогалин в законі має місце індивідуальна творчість суду. Тобто суд знаходить правову відповідь в конкретній ситуації навіть у разі об'єктивної відсутності належної правової норми. З цього випливає використання норми за межами закону в якості обґрунтування вірності власного рішення.

Згідно такого підходу суд не тільки застосовує та тлумачить закон, а інколи переймає на себе функцію законотворчого органу – нормотворчість.

Подальше дослідження проблем природи судової діяльності вивело юридичну науку на тему підзаконного індивідуального правового

регулювання, яке розглядалось як специфічний вид індивідуального регулювання, що характеризується виробленням та застосуванням правоположень, а також індивідуального судового регулювання на підставі абстрактних, відносно-визначених правових норм, принципів права і загального смислу законодавства в результаті активної, творчої діяльності суддів з урахуванням конкретних суспільних відносин, правосвідомості, норм моралі з метою ухвалення справедливих, обґрунтованих, доцільних та законних судових рішень, підтримання правової системи у стані рухливої рівноваги¹⁵. Разом з поняттям «підзаконне індивідуальне правове регулювання» як синонімічні використовувались також поняття «індивідуальне регулювання», «індивідуальне правове регулювання», «індивідуальне піднормативне регулювання» та ін. Варто навести, що концепція підзаконного індивідуального правового регулювання розвивалась в протигагу тим поглядам, що містили в своєму обороті поняття «судовий розсуд». Вважалося, що подібні юридичні конструкції є буржуазними та непереконливими, оскільки мають у своєму складі елемент вільності поведження суду з законом. Це, в свою чергу, створює умови для свавілля, зловживань, беззаконня і несправедливості, що є неприпустимим в радянській правовій системі.

З початком лібералізації суспільних відносин з'явилися і інші погляди. Ю. А. Тихомиров, наприклад, застосування закону розглядав як процес його практичного виконання за допомогою різних засобів та методів регулювання поведінки громадян та юридичних осіб, що по суті зводиться до прикладення норм до конкретних або схожих фактів, явищ, дій. Автор допускав, що для реалізації неоднакових за змістом законів можуть використовуватись як загальні, так і специфічні механізми застосування¹⁶.

Вагомим протиставленням описаним висновкам про сутність діяльності судів стала судова правотворчість. На перший план було висунуте положення про співвідношення права і закону згідно принципу формальної рівності. При цьому під правом маються на увазі природні та

¹⁵ Більш дет. див.: Ершов В. В. Теоретические проблемы судебного правоприменения : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. В. Ершов. – М., 1986. – 16 с.

¹⁶ Тихомиров Ю. А. Как применять закон / Ю. А. Тихомиров. – М.: Известия, 1993. – С. 61

невідчужувані права і свободи людини, яким повинно відповідати все діюче позитивне право, включаючи і основні закони. Тобто визначення категорії «право» в даному випадку включає в себе не тільки «позитивне право», а і «природне право» – природні та невідчужувані права і свободи людини, що є безумовною даністю, а не є продуктом волі, розсуду чи творчості держави. При розрізненні права і закону (позитивного права), під законом маються на увазі всі джерела діючого права, тобто не тільки всі нормативно-правові акти, але і звичайне право, судові та адміністративні прецеденти тощо. Якщо дотримуватись такої концепції, «судове право», джерелами якого є судові прецеденти, акти органів судової влади та інше, – в цілому відноситься до закону, а не до права.

Наступною складовою даного підходу є розуміння того, що основний сенс розподілу влад полягає в такому розмежуванні їх функцій та сфер діяльності, щоб кожна з них займалась власною справою. Необхідна при цьому взаємодія влад, як і відповідна система втримань і противаг, може і повинна здійснюватись тільки в суворій та послідовній відповідності вимогам принципу розподілу влад. Інакше відбуватиметься змішання їх функцій та сфер діяльності, наділення, наприклад, судової влади також і законодавчими повноваженнями.

Судова влада – це влада в зовсім іншому сенсі та з якісно іншим характером правомочності, ніж влада законодавча або виконавча. Без таких якісних відмінностей у функціях та повноваженнях різних гілок державної влади взагалі неможливо говорити про поділ влади. Такий погляд, що будь-яка з гілок державної влади може створювати право, є лише модифікацією відомого положення про те, що право – продукт держави, обов'язкове та офіційно-примусове. Положення ж про те, що в умовах панування радянського легізму, відсутності права та його підміни силовим та не завжди моральним законом, правозастосовча діяльність, по суті, підмінялась законозастосовчою та законотлумачною функціями. В процесі сьогоденного руху до засад правової держави і правового закону, діяльність судів поступово наповнюється правовим сенсом та змістом, стає суттєвим чинником укріплення правопорядку і конституційно-правової законності.

Згідно конституційного поділу влади акти всіх ланок судової системи, не звертаючи уваги на їх зовнішні відмінності, є саме правозастосовчими актами, оскільки тільки в такій якості вони обов'язкові. Сутність правосуддя та всієї судової діяльності полягає в застосуванні

права, тобто владній, загальнообов'язковій юридичній кваліфікації, оцінці з точки зору права певного факту, дії, поведінки, відношення та іншого. При цьому, власне, все одно, чи йдеться про юридичну кваліфікацію крадіжки, майнового спору, спору щодо компетенції між різними органами державної влади, чи про перевірку відповідності підзаконного акту закону, а закону – конституції. Суд, який діє в пострадянських правових умовах і керується юридичним типом праворозуміння, в процесі тлумачення закону з позицій права шукає і знаходить ту належну правову норму, яку слід застосувати у даному конкретному випадку.

Проте вказану необхідну та правомірну свободу суду в процесі пошуку належної правової норми, перевірки правової якості закону, на наше переконання, не можна ототожнювати із судовою правотворчістю. Суд не створює право у широкому розумінні цього явища, він відправляє правосуддя, тобто судить і вирішує по праву, застосовує його¹⁷.

Термін «теорія» припускає логічне узагальнення досвіду, суспільної практики, яке ґрунтується на глибокому проникненні в суть досліджуваного явища та розкриває його закономірності¹⁸.

Якщо розглядати природу судової діяльності в якості правотворчості, можливо припустити здійснення організаційних та управлінських дій з пошуку права за межами законодавства, результатом яких є формування та виникнення нових норм. Загальна ідея такого підходу полягає у можливості отримання суспільством інструментарію для ефективного регулювання в умовах недосконалості закону. Втім, як склалось у нашій державі та було закріплено на законодавчому рівні (наприклад, в Цивільному кодексі України, Сімейному кодексі України, Цивільному процесуальному кодексі України, Кодексі адміністративного судочинства України, «правотворчі можливості» суду чітко обмежені обов'язком застосування існуючої аналогічної норми, а не впроваджувати нову, яка за будь-яких обставин відсутня. У зв'язку з цим можливо зробити очевидний висновок про актуальність такого розуміння

¹⁷ Нерсесянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права / под ред. Топорнина Б. Н. – М: Ин-т гос. и права РАН, 1997. – С. 34 – 41.

¹⁸ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В. Т. Бусел ; редактори-лексикографи В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

юридичної природи судової діяльності для держав з іншими правовими системами, та проблематика судової правотворчості чи судової нормотворчості має стати предметом комплексного наукового дослідження.

Розгляд судового правозастосування виключно в якості сукупності операцій з прикладення законодавчих норм до конкретних фактів дає можливість відстежити спрямованість на уникнення можливості проявів зловживань в правозастосовчому процесі, зловживань правом, владою, посадою тощо. Можливо зазначити, що у разі створення умов для розвитку судового правозастосування саме із слідуванням даному підходу, забезпечується однаковість в судовій практиці. Суддя, вирішуючи справу, ніколи не має ні права, ні моральних підстав підходити до службових обов'язків з позицій власного бажання, а повинен керуватись принципом неможливості діяти інакше. Втім, у даного підходу є і слабка сторона, коли існує певна загроза в недооціненні особистості, поза увагою суду можуть залишитись природні права і свободи людини і громадянина, унікальні особливості конкретної ситуації, особливості випадку. А це дуже небезпечно при безсистемності, суперечливості та прогальності законодавства.

Як відомо, символом судової влади та взагалі правосуддя і правопорядку є давньогрецька богиня Феміда, супутницями якої були Евномія («благозаконня»), Діке («справедливість») та Ейрена («мир»). Вона не писала законів, а неупереджено, виважено і справедливо давала оцінку діям людей та обґрунтовано вдавалась до відплати.

В цілому судова влада в Україні повинна утверджуватись в руслі сучасного конституційного праворозуміння, на підставі та в межах суворої послідовності дотримання принципу поділу влади та вимог конституційно-правової законності. А уявлення про наділення суду невластивими йому правотворчими повноваженнями суперечать такій меті.

Судова практика в нашій державі не відноситься до офіційних джерел права, але для більш точного розуміння сутності цього питання, у першу чергу, необхідно визначити, що являють собою такі поняття, як «судова практика» і «джерело права», а також віднайти між ними деякі загальні риси.

При узагальненні наукових поглядів можна дійти висновку, що під судовою практикою прийнято розуміти дещо різні, але подібні за

юридичною природою явища. Це, насамперед, акти судів різних інстанцій, що приймаються під час розгляду конкретних справ; по-друге, це акти вищих судових органів, що мають роз'яснювальний характер.

Смислове значення, закріплене за терміном «джерело права», також є достатньо неоднозначним. Нерідко під джерелом права розуміють різні явища, які тією чи іншою мірою можуть впливати на процес правоутворення. У той же час, на думку П. І. Стучка, у вузькому техніко-юридичному значенні під джерелом права слід розуміти те, що дає початок праву, звідки воно походить і звідки суддя здобуває норми права для вирішення кожного конкретного юридичного випадку.

Очевидно, що судова практика в даному її розумінні з юридичної точки зору джерелом права визнаватися не може. Натомість, якщо проаналізувати судову практику в цьому значенні де-факто, то роль, яку вона відіграє, звичайно, змінюється, але незалежно від цього джерелом права вона все одно не стає. Причиною цього є те, що позиція суду вищої інстанції доволі часто сприймається судом нижчої інстанції як аксіома, а викладені в такому акті правові позиції покладаються в основу судового рішення. Зазначене характеризує важливу роль, яку відіграє судова практика, але кваліфікувати її як джерело права все одно не можна.

Суд апеляційної чи касаційної інстанції не створює нових норм права, а складає акт правозастосування, який може бути покладений в основу рішення суду інстанції першої. При цьому подібний алгоритм не базується на нормах права та не завжди є необхідним.

Судова практика у розумінні схожих судових рішень у аналогічних справах, на відміну від первісного її значення, без сумніву, має більш стійкий і логічний характер. Це пов'язано з тим, що відносна єдність у вирішенні аналогічних правових питань, яка простежується протягом певного часу, має, скоріше за все, обґрунтоване і юридично доцільне значення. Але як і в першому випадку судова практика не набуває статусу джерела права, оскільки при цьому утворення норм права не відбувається¹⁹.

Утім, судова практика повинна розглядатись як формально закріплена реальність дії, застосування і захисту права. Виходячи з цього

¹⁹ Погрібний І. М. Судовий прецедент та його значення в процесі заповнення прогалів у законодавстві / І. М. Погрібний, Ю. І. Матат. – Національна бібліотека імені В. І. Вернадського [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/pib/2009_3/PB-3/PB-3_10.pdf – Заголовок з екрану.

робиться логічний висновок про розуміння судової практики як джерела для правотворчості. Тобто на підставі реальних прикладів дії, реалізації, застосування, захисту, відновлення прав судами в процесі відправлення правосуддя (наприклад, за допомогою класифікації спорів по тих чи інших істотних обставинах, подіях, рисах, учасниках тощо та подальшим їх зіставленням із вирішеннями), шляхом системного аналізу відтворення таких прикладів у судових рішеннях, – можливим стає дослідження певних тенденцій та нагальних проблем у законодавчому регулюванні правовідносин. Не зважаючи на те, що в Україні судова практика не є джерелом права, її пласт, який постійно поповнюється, містить вкрай корисну, оперативну, достовірну і важливу інформацію щодо найгостріших проблем у суспільстві, які підлягають вирішенню.

Розуміння юридичної природи судової діяльності в якості застосування права без наділення судів зайвими функціями, здебільшого сформульоване В. С. Нерсесянцем, стикалось і з критикою.

Наприклад, була поставлена під сумнів теза про суперечність ідеї судової правотворчості принципу розподілу влади. Якщо ця теза вірна, то в загальнотеоретичному аспекті вона повинна бути вірною для будь-якої правової системи, що належить до романо-германської чи англо-саксонської сім'ї. Так, у Великобританії беззаперечно визнається принцип розподілу влади, де парламенту належить в законодавчій сфері пріоритет. Але там же судові інстанції виконують і правотворчі функції. У зв'язку з цим залишається незрозумілим, чи є правозастосування єдиним законним обов'язком суду в обох видах правових систем, чи лише в романо-германській. Також залишається незрозумілим, як розглядати акти органів виконавчої влади та президента, оскільки якщо суворо дотримуватись принципу розподілу влади, то «вторинна» правотворчість має бути заборонена, а правові акти органів виконавчої влади та президента не повинні відноситись до джерел права²⁰.

Сьогодні ініціативи з «реформування», «вдосконалення», «оптимізації» тих чи інших складових правової системи України роблять очевидними деякі тренди. Тому виникає питання доцільності збереження традиції романо-германської (континентальної) правової системи, основні характерні риси якої і притаманні Україні, або прийняття за орієнтир та утвердження правових цінностей англо-саксонської

²⁰ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты / Верещагин А. Н. – М.: Межд. отнош., 2004. – С. 27-28.

(прецедентної) системи права. Але є можливість піти особливим національним правовим шляхом, коли будуть прийматись чи відкидатись елементи цих правових систем виключно виходячи з засад доцільності, прагматичного інтересу, цінності для суспільства і держави.

Підґрунтя формування і перетворення судового прецеденту на джерело права вдало розкрито С. К. Загайною, за якою судовий прецедент є одним з джерел права в країнах з англосаксонською правовою системою. Його існування обумовлено історичними, географічними та політичними факторами. Як джерело права він пройшов довгу історію свого формування. Його становлення та розвиток проходили в особливих умовах. Наприклад, в Англії не було ні законів, ні яких-небудь загальнообов'язкових правил. Підставою для його розвитку служило звичайне право. Пізніше, коли вже становлення міцної централізованої влади вимагало від суддів вирішення схожих справ аналогічним образом, була народжена доктрина прецеденту. У Англії не було ні рецепції римського права, ні кодексів у формі письмового викладення права у всій його повноті. Для того, щоб англійське правосуддя не було мінливим, вимагалась тверда підстава, яка і була віднайдена в утворенні доктрини прецеденту²¹.

Існують різні точки зору щодо можливості розгляду актів різних ланок судової влади (наприклад, рішень у конкретних справах, роз'яснень та рекомендацій вищих органів судової влади) у якості джерел права, наукове обґрунтування яких відноситься на користь поглядів на природу таких актів як на елементи прецедентної системи права²².

Дійсно, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, роз'яснення пленумів вищих спеціалізованих судів, мають найбільш важливе значення для усіх підходів до розуміння судової практики. Роз'яснення являють собою одну з форм тлумачення юридичних норм. При цьому роз'яснення, що надаються вищими судовими інстанціями, по суті, є актами офіційного тлумачення.

²¹ Більш дет. див.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С. К. Загайнова. – М.: Изд-во «Норма», 2002. – 159 с.

²² Див.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты / Верещагин А. Н. – М.: Межд. отнош., 2004. – 344 с.; Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / Марченко М. Н. – М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2007 – 512 с.; Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія / Шевчук С. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

Наприклад, О. Т. Боннер пропонує за змістом розподілити всі постанови вищих судових органів на п'ять груп: 1) постанови, в яких вищі судові органи обмежуються цитуванням нормативних правових актів або ж відсилають до них; 2) постанови, що містять рекомендації загального характеру; 3) постанови, в яких вищі судові органи надають тлумачення законодавства; 4) постанови, за посередництвом яких заповнюються прогалини в праві шляхом застосування аналогії закону чи права; 5) постанови, де сформульовані положення, які раніше не існували в діючому законодавстві. У тих постановах, де вказується на порядок застосування аналогії, відбувається розширення сфери дії норм, але нові норми при цьому не створюються. У подібних постановах йдеться не про створення нової норми, а вказується лише на оптимальний порядок заповнення прогалин у праві. Такі роз'яснення стають еталоном правозастосування для нижчестоящих судів²³.

Таким чином, правові позиції, закріплені у постановах вищих судів мали здебільшого авторитетно-рекомендаційний характер. Але із прийняттям нової редакції Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 05 січня 2017 року ситуація в правовому регулюванні даного питання дещо змінилась. Так, згідно частини 5, 6 статті 13 даного закону, висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної Верховним Судом, тільки з одночасним наведенням відповідних мотивів²⁴.

Вказані норми закону значно підвищили роль судових рішень найвищої судової інстанції у судовій практиці та зробили конструктивний внесок до утвердження її єдності.

Особливо важливого значення положення, що закріплені у постановах вищих судів, набувають у разі виникнення формальних

²³ Див.: Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности / Боннер А. Т. – М.: Российское право, 1992. – 319 с.

²⁴ Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?user=a&find=1&typ=21> – Заголовок з екрану.

прогалин, під якими розуміють ситуації, в яких правозастосовчий орган має не створювати нову норму, а намагатись відновити дійсний, логічний її зміст. У необхідних ситуаціях такі постанови відіграють надзвичайно важливу роль за допомогою тлумачення, надаючи при цьому нормам права більш сучасного звучання.

І. М. Погрібний з цього приводу зазначає, що оскільки акти вищих судових органів нових норм права не містять, можна зробити висновок, що судовий прецедент не є одним із джерел права в національній правовій системі. Наявні в таких актах правові позиції щодо порядку здійснення окремих процесуальних дій мають правозастосовчу природу і через авторитетність цих актів утворюють прецедент правозастосування, під яким розуміють закріплену в актах вищих судових інстанцій позицію стосовно вирішення того чи іншого юридичного питання, що буде розглядатися нижчестоящими судами як зразок при вирішенні цих питань у майбутньому. Ще однією важливою особливістю, яка вказує на необхідність відмежування судової практики і прецеденту, є те, що при появі судового прецеденту завжди відбувається заповнення прогалини в праві. Закріплена ж у роз'ясненнях вищих судів вказівка на необхідність у тому чи іншому випадку застосовувати правову аналогію сама по собі заповненням прогалини в праві визнаватися не може. Така діяльність характеризується правозастосовчим, а не правотворчим характером, оскільки при цьому нова юридична норма не формулюється, а утворюється стійкий порядок правозастосування²⁵.

Як відомо, основу романо-германської правової сім'ї складають принципи римського права. Правовий метод римського права по суті є методом тлумачення, розвитку та вдосконалення сформульованого та закріпленого права. Правовий метод англо-американського права полягає у застосуванні, розвитку та вдосконаленні не сформульованого права, оснований на вирішеннях окремих справ.

У країн пострадянського простору власна історія, свій шлях становлення і розвитку законодавства, сформоване правове мислення. У зв'язку з чим вбачається доцільним підкреслити необхідність уникнення неосмисленого запозичення об'єктивно невластивих нам інститутів. В

²⁵ Погрібний І. М. Судовий прецедент та його значення в процесі заповнення прогалин у законодавстві / І. М. Погрібний, Ю. І. Матат. – Національна бібліотека імені В. І. Вернадського [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/pib/2009_3/PB-3/PB-3_10.pdf – Заголовок з екрану

даному контексті умовам становлення і розвитку громадянського суспільства та правової держави, де право за своєю суттю є індикатором зрілості та вектором розвитку, відповідає лише така діяльність суду, яка не виходить за рамки правозастосовчої сфери, коли встановлюється належна норма права, що призвана або дозволяє вірно вирішити конкретну справу.

За найбільш загальними ознаками судове правозастосування подібно іншим видам правозастосування: управлінському та адміністративному. Воно, наряду з іншими, має державно-владний характер, у зв'язку з чим одною зі сторін завжди виступає державний орган (посадова особа), адресат правозастосування зобов'язаний підпорядкуватись прийнятому рішенню, вірно використовувати надані права, не вчиняти заборонених дій та строго виконувати покладені на нього обов'язки. Судові правозастосовчі відносини є соціальними, вольовим та владними правовідносинами. Крім того, в судовому правозастосуванні, як і в інших видах правозастосування, проявляється певна ієрархічність системи державного управління. Водночас, державно-владна діяльність судів, як і інших компетентних органів, полягає в спеціальних організаційних діях, спрямованих на забезпечення реалізації юридичних норм.

Не зважаючи на схожі риси, судове правозастосування вагомо відрізняються від інших видів правозастосування. Згідно статті 55 Конституції України, кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом. Кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань²⁶.

²⁶ Конституція України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу:

Право на судовий захист не підлягає ніяким обмеженням та будь-які застереження про майбутню відмову від судового захисту є нікчемними. Навпаки, всі владні установи, що діють в межах Конституції, повинні утворювати правовий режим, сприяючий реалізації цього права, розвиваючи законодавство, здійснюючи юридичне правозастосування, вдосконалюючи виконавче провадження тощо

За ознакою змісту судове правозастосування уявляє собою специфічний різновид юридичної діяльності, яка є складною, багатопланою, поліфункціональною, має часові та просторові характеристики, має офіційний, публічний характер і здійснюється у визначених процедурно-процесуальних і організаційних формах спеціально уповноваженими суб'єктами права²⁷. Судова діяльність відрізняється від інших видів правозастосування тим, що вона спрямована на здійснення правосуддя, в якому міститься сутність і сенс всього судового правозастосування.

В загалі підходи до визначення поняття «правосуддя» можуть бути зведені до вузького та широкого розуміння. Відповідно до вузького розуміння, діяльність по здійсненню правосуддя відноситься відокремлено до судової системи. Що ж стосується широкого розуміння, то до системи правосуддя входять не тільки судова система, а й інші органи, які безпосередньо не відправляють правосуддя, але є залученими до цього процесу та значною мірою сприяють його здійсненню, наприклад, органи прокуратури, адвокатури та виконавчої служби.

З функціональної точки зору правосуддя є видом державної діяльності, спрямованої на розгляд та вирішення відповідних юридичних справ. Згідно тлумачного визначення В. І. Даля: «Правосудие – правый суд, решение по закону, по совести..., правда»²⁸. Як наводить С. І. Ожегов: «Правосудие – деятельность судебных органов»²⁹. Згідно Д. М. Ушакову: «Правосудие – деятельность судебных органов, основан-

<http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2%E2%F0&p=1255367583671720> – Заголовок з екрану.

F96-

²⁷ Соколов Н. Я. Юридическая профессия: понятие, сущность и содержание / Н. Я. Соколов // Государство и право. – 2004. – №9. – С. 22-31.

²⁸ Даль В. И. Толковый словарь Живого великорусского языка: в 4-х т. / Даль В. И. – М., 1998. – Т. 3. – С. 380.

²⁹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Ожегов С.И. – [Изд. 16-е, испр.]. – М.: Русский язык, 1984. – С. 511.

ная на законі» та «...судебная деятельность государева (юстиция)»³⁰. Великий тлумачний словник української мови дає узагальнення наведеного: «Правосуддя – суд, судова діяльність держави; юстиція», «Установи, які здійснюють судову діяльність держави», «Розгляд судових справ; судочинство», «Справедливий суд»³¹.

З інституціональної точки зору правосуддя являє собою своєрідний інститут, який включає до себе існуючу нормативно-правову базу та систему спеціальних органів і засобів, діяльність яких спрямована на реалізацію таких функцій, які сприяють здійсненню правосуддя судом.

Як свідчить досвід світової спільноти, судді в більшості країн світу відносяться до найбільш високооплачуваних представників державної влади. Загальна європейська практика виходить з того, що заробітна плата судді залежить не від того, в якому суді він працює, а визначається виключно його досвідом та рівнем професіоналізму.

Як правило, судова влада складається в окрему систему. Світова практика показує, що існують різноманітні види судових систем. Відомі судові системи з внутрішньою та зовнішньою спеціалізацією, різною кількістю судових ланок чи інстанцій, яка може досягати двох, трьох і чотирьох рівнів. В багатьох країнах світу функціонують не тільки державні суди, але і органи, які здійснюють судову функцію на громадських початках. В Італії – це консіліатори, у Франції – медіатори, в Киргизстані – суди аксакалів. В країнах пострадянського простору були поширені третейські суди. Також до групи недержавних «судових» органів можливо віднести релігійні (церковні) суди, суди, що діють на підставі звичайного права (суди адату). Особливим чином можна виділити мусульманські суди (суди шаріату), які діють в ісламських державах (Алжир, Єгипет, Ліван, Лівія, Йорданія, Іран, Марокко, Сирія тощо).

Але незалежно від типу судової системи, головною її рисою є значна стійкістю. Деякі з таких систем в незмінному вигляді або з мінімальними змінами існують та вдало функціонують вже впродовж значно тривало часу. Наприклад, судова система США сьогодні існує на

³⁰ Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. – М.: Гос. ин-т «Сов. энцикл.», 1935-1940. – С. 617.

³¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В. Т. Бусел ; редактори-лексикографи В. Т. Бусел, М. Д. Василюга-Дерибас, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 819.

підставі Акту про судоустрій 1789 року, Німеччини – Закону про судоустрій 1877 року. Адже, судові реформи в європейських державах сімдесятих-вісімдесятих років двадцятого століття здебільшого зберегли існуючі і діючі судові системи та лише оптимізували їх діяльність шляхом усунення найбільш застарілих не виправданих елементів, залишивши при цьому фундаментальну основу побудови та базисні принципи системи без змін.

Деяко іншим чином розвивалась судова система України після розпаду СРСР. З набуттям незалежності, Україна отримала у спадок систему радянського правосуддя, що суттєво відрізнялась від європейських. Об'єктивно вона не змогла належно відреагувати на зміни в українському суспільстві та, звичайно, підлягала реформуванню.

Законним підґрунтям проведення судово-правової реформи в незалежній Україні стала Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року №2296-ХІІ «Про концепцію судово-правової реформи в Україні», в якій було наголошено на необхідності формування судової влади як самостійної сили, незалежної від законодавчої та виконавчої влади і здатної здійснювати правозахисну функцію в правовій державі. Регламентація, наведена в документі, отримала подальший розвиток в низці законодавчих актів, що зараз регламентують діяльність судової системи, визначають статус суддів, народних засідателів, процедуру фінансування судів тощо³².

Фактично з 1992 року судова система України перебуває в постійному реформуванні: змінюється матеріальне та процесуальне законодавство, створюються нові суди, зростає кількість суддів. Аналіз відповідних змін вказує на непослідовність цього процесу.

Більш того, на думку фахівців, сам по собі процес реформування затягнувся на десятиліття і остаточної визначеності за напрямками, строками та методами на законодавчому рівні так і не набув. Тому, хоч судова реформа в Україні розпочалася фактично ще за часів Радянського Союзу, але й донині питання, що пов'язані з цим процесом, залишаються актуальними.

³² Постанова Верховної Ради України №2296-ХІІ від 28 квіт. 1992 р. «Про Концепцію судово-правової реформи в Україні»: за станом на 28 квіт. 1992 р. / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2296-12> – Заголовок з екрану.

В даному контексті можна погодитись з поглядом Шицького І. Б., що активний процес розбудови незалежної держави, безумовно ніяк неможливий без зміцнення правового статусу органів правосуддя. У новій державі, що прагне стати правовою, суд має бути авторитетним, незалежним, владним та самостійним, в якому люди бачили б не бюрократичну установу, а реального гаранта їхніх прав, надійного захисника їхніх інтересів³³. Однією з передумов становлення правової держави, додержання її стандартів є поважання свободи та недоторканності людини, здійснення правосуддя відповідно до вимог Конституції та чинного законодавства³⁴.

У прийнятій Конституції України були чітко визначено органи, які належать до системи судової влади та головні засади їх діяльності, закріплено положення про систему судів загальної юрисдикції, а також названо найвищий її орган.

Подальший розвиток судової влади згідно із закладеними в Конституції України принципами міг бути забезпечений лише із прийняттям відповідних законів, насамперед – Закону України «Про судоустрій України». Разом з тим, в авральному порядку наприкінці п'ятилітнього терміну, відведеного Конституцією для приведення судової системи України у відповідність із її положеннями, було прийнято низку законодавчих актів, що отримало назву «мала судова реформа».

Наступним документальним вираженням продовження судової реформи на її шляху та звітуванням щодо виконаного явився Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» від 10 травня 2006 року. Згідно даної концепції, її завданнями є: створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку правосуддя в Україні на найближчі десять років; визначення шляхів удосконалення законодавства у цій сфері; усунення негативних тенденцій, що мають місце внаслідок непослідовності здійснення попередньої судової реформи; забезпечення

³³ Стефанюк В. Судова влада як основна юридична гарантія захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні / В. Стефанюк // Право України. – 2001. – №1. – С. 15.

³⁴ Письменний Д. П. Новий Закон України «Про судоустрій України» як поступ до демократичної правової держави / Письменний Д. П. // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи : матер. наук.-практ. конф. (18-19 квіт. 2002 р., м. Харків) / Редкол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х., 2002. – С. 98.

доступного та справедливого судочинства, прозорості в діяльності судів, оптимізації системи судів загальної юрисдикції; посилення гарантій незалежності суддів; якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу; підвищення статусу суддів у суспільстві; істотне поліпшення умов професійної діяльності суддів; радикальне поліпшення стану виконання судових рішень; створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів.

На думку Президента України, яка викладена в концепції, судову реформу в Україні започатковано в часи здобуття державної незалежності. Головна мета на той час полягала в тому, щоб утвердити судову владу як незалежну гілку влади в рамках системи поділу влади у демократичному суспільстві. Незважаючи на позитивні здобутки на цьому шляху, процес становлення незалежного судівництва в Україні характеризувався суперечливістю та непослідовністю. Далися ознаки консерватизму у підходах до реформування та брак чіткого бачення того, якою має бути судова система в державі, що керується верховенством права. За таких обставин на даний час українські суди ще не стали дієвим інститутом захисту прав людини, рівень довіри до них з боку суспільства лишається вкрай низьким³⁵.

Однак роблячи висновки й аналізуючи зроблені кроки в рамках реформування, Шицький І.Б. визнає, що у вирішенні проблем реформування судової системи досі домінує формальний підхід. На перше місце висувається проблема структури судових установ, а мета правосуддя враховується лише настільки, наскільки це є сумісним з інтересами суб'єктів реформаторського процесу. Конфлікт між цими інтересами та принципом поділу влади й викликав дискусію про побудову системи судової влади.

Як зазначав Голова Верховного Суду України Онопенко В. В. на парламентських слуханнях «Про стан правосуддя в Україні», що відбулись 18 березня 2009 року у Верховній Раді України, низка проблем полягає в тому, що насамперед потрібно створити передумови для конструктивної роботи із здійснення судової реформи. Для цього

³⁵ Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» №361/2006 від 10 трав. 2006 р. : за станом на 10 трав. 2006 р. / Президент України // Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=361%2F2006> – Заголовок з екрану.

необхідно відмовитися від силового проштовхування в нелегітимний спосіб проекту Закону «Про судоустрій і статус суддів», визначитися з концептуальними засадами і подальшим здійсненням судової реформи, а також з оптимальною для України моделлю судоустрою. Концепція судової реформи має бути затверджена Верховною Радою України, це прямо впливає з Конституції України. Потрібно невідкладно ухвалити проект Закону «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» (щодо забезпечення єдності судової практики)», прийняти зміни до всіх процесуальних законів, які спростили б судовий процес, зробили його більш ефективним. Окрім того, слід удосконалити механізм добору суддівських кадрів та порядок притягнення їх до відповідальності.

Наряду з тим, як записано у стенограмі, Онопенко В. В. наголошував на тому, що більшість тих, від кого насправді залежить здійснення судової реформи, розглядають її як засіб для посилення свого впливу на суди. Спекуюючи на наявних у правосудді проблемах, під гаслом проведення судової реформи вони лобіюють зміни, які вигідні їм особисто, і водночас усіляко протидіють змінам, які є нагальними для держави та суспільства. Нещодавно один з таких основних реформаторів необачно обмовився: «Якщо ми не прийнемо цей законопроект, то суди вийдуть з-під контролю». Саме для забезпечення чергової спроби взяти суди під контроль в Україні розпочато цілеспрямовану дискредитацію суддів і судів, вона проводиться системно, організовано, з використанням владних та інформаційних ресурсів, із залученням представників певних правоохоронних органів, за всіма ознаками в такій кампанії вбачається політичне замовлення. Судову владу намагаються звинуватити в усіх існуючих в Україні бідах. Потрібно нарешті зрозуміти, що основна причина вітчизняних проблем – не в судах, а в кризі управління державою, глобальному політичному конфлікті та неспроможності його розв'язати правовими засобами³⁶.

Негативний вплив на цей процес мали і ті обставини, що законодавець у Конституції визначив Україну як таку, що вже досягла рівня правової держави, всупереч перехідному характеру соціальних та економічних відносин, не врахувавши при цьому потенціал деструктивних сил у значній частині українського політикуму. Разом з тим,

³⁶ Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?user=a&find=1&typ=21> – Заголовок з екрану.

термінологічні запозичення із конституцій сталих демократій на вітчизняному ґрунті втрачали свій реальний зміст, і це значною мірою призвело до ідеалізації роботи державних механізмів, до намагання підпорядкувати правосуддя, спираючись на традиції радянського режиму³⁷.

Яскравий приклад непослідовного реформування системи судоустрою навів Голова Верховного Суду України Онопенко В. В. на парламентських слуханнях на прикладі адміністративних справ у спорах щодо пенсій та інших соціальних виплат. Щоб виправдати необхідність утворення окружних адміністративних судів, до їхньої компетенції віднесли розгляд таких справ. При цьому забули про таку «дрібницю», що ці спори стосуються переважно пенсіонерів, інвалідів, тобто людей, яким непросто добиратися до окружного суду в обласний центр. І це може бути по кілька разів. Нещодавно парламент повернув розгляд справ у спорах щодо пенсій та інших соціальних виплат до компетенції загальних місцевих судів, тобто прийняв правильне по своїй суті рішення, що відповідає інтересам людей. Однак при цьому виникає запитання: навіщо було створювати систему адміністративних судів із штатом у 1100 суддів, якщо відтепер соціальні справи, а це приблизно 66 відсотків загальної кількості справ, що розглядаються окружними адміністративними судами, розглядатимуться загальними місцевими судами?³⁸.

Що стосується організаційної єдності та стійкості судової системи, заслуговує на увагу думка Токвіля А., що всі уряди мають лише дві можливості подолання опору, який здійснюють їм громадяни, зокрема, матеріальні засоби, якими вони володіють, та рішення судів, по допомогу яких вони можуть звернутись. Уряд, який може примушувати до покори своїм законам лише силою зброї, знаходиться на межі загибелі. З ним, ймовірно, станеться одне з двох: якщо йдеться про слабкий та помірний уряд, то він удасться до сили лише в самому крайньому випадку, залишаючи поза увагою безліч дрібних випадків непокори, і тоді держава

³⁷ Шицький І.Б. Про окремі проблеми судової реформи / І.Б. Шицький // Верховний Суд України. – Інформаційний сервер [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/E30D7E92E24C6ED4C325707C0024CA6E?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=E30D7E92E24C6ED4C325707C0024CA6E> – Заголовок з екрану.

³⁸ Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?user=a&find=1&typ=21> – Заголовок з екрану.

опиниться у власті анархії. Якщо ж уряд сильний і рішучий, то він буде удаватись до насильства щодня та незабаром перетвориться у військово-деспотичний. Його бездіяльність, так само як і діяльність, виявляться однаково згубними для населення, яким воно управляє. Велика мета правосуддя полягає в заміні ідеї насильство ідеєю права, у встановленні правової перешкоди між урядом, та силою, яку він використовує³⁹.

У сучасних умовах в якості істотної ознаки судового правозастосування може розглядатись судовий розсуд. У науці поширена думка, що необхідність його появи та існування викликана тим, що у зв'язку із реформаційними процесами і розвитком державі, в тому числі і в судовій системі, сильно ускладнились суспільні відносини, їх зміст. Необхідність забезпечення їх врегулювання та наявність правового вакууму в законодавстві, яке не встигало за розвитком життя, і викликало перегляд відношення до судового розсуду в юридичній науці та практиці. Судовий розсуд прийнято вважати зручним засобом полегшення зв'язку права із судовою практикою, оскільки він являє собою наслідок реалізації права та, у низці випадків, – умову прийняття законного, обґрунтованого, доцільного судового рішення по справі.

Судове правозастосування припускає судовий розсуд, що забезпечує гарантовані можливості вибору судом варіанта рішення з ряду законних альтернатив. Такий вибір здійснюється в умовах виникнення так званих захисних юридичних відносин⁴⁰.

Впродовж радянських часів проблеми судового розсуду майже не досліджувались, а навіть у разі поверхового позначення – їх пов'язували із піднормативним правовим регулюванням. Проте останнім часом, юридична наука в даному напрямку активізувалась та має значні здобутки⁴¹.

³⁹ Токвиль Алексис де. Демократия в Америке / Токвиль А. ; пер. с франц., предисл. Гарольд Дж. Ласки. – М.: Прогресс, 1992. – С. 120

⁴⁰ Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001. – С. 270-272

⁴¹ Див.: Барак А. Судейское усмотрение / Барак А. ; пер. с англ. ; науч. ред. В. А. Кикоть, Б.А. Страшун. – М.: Норма, 1999. – 364 с.; Подмосковский В.Д. Правовая основа судебного усмотрения по российскому законодательству (вопросы теории и практики) : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. Д. Помосковский. – Волгоград, 2004. – 27 с.; Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теорія та історія держави і права ; Історія політичних і правових вчень» / М. Б. Рісний. – Л., 2006. – 16 с.

Тлумачний зміст поняття «розсуд» в необхідному нам контексті має значення «згідно зі своїм, власним рішенням, розумінням чого-небудь»⁴².

Загальне бачення правозастосовчого розсуду запропоноване М. Б. Рісним, за яким ця категорія характеризується як передбачене юридичними нормами повноваження правозастосувального суб'єкта обирати один з декількох дозволених ними варіантів рішення щодо встановлення застосовуваної норми, з'ясування (тлумачення) її змісту, або визначення міри конкретизації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, яке реалізується у певній процесуальній формі з огляду на зміст цієї норми та конкретні обставини справи й інші юридично значимі факти з метою забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності державно-правового регулювання. Правозастосувальний розсуд є своєрідним інструментом «пов'язання» якості законодавства з ефективністю правозастосування. Тому навіть при не цілком задовільній якості законодавства суб'єкт правозастосування, користуючись делегованим йому розсудом, може до певної міри (у рамках законності) «виправити» недоліки відповідного нормативного-правового акту у конкретній ситуації правозастосування⁴³.

Існує погляд, що саме судовий розсуд є певна влада, надана судді для того, щоб від вибрав рішення з низки законних варіантів. Можливий обмежений та абсолютний судовий розсуд. В першому випадку кількість варіантів для вибору мала, але ніколи не може бути менш за два, у другому – судовий розсуд гранично широкий, кількість варіантів велика⁴⁴.

З іншої точки зору, судовий розсуд – це інтерпретаційна діяльність судді (суду), яка характеризується вибором одного з можливих і

⁴² Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В. Т. Бусел ; редактори-лексикографи В.Т. Бусел, М. Д. Василега-Дерibas, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 911.

⁴³ Рісний М.Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теорія та історія держави і права ; Історія політичних і правових вчень» / М. Б. Рісний. – Л., 2006. – С. 8.

⁴⁴ Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект) : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория права и государства ; История права и государства ; История политических и правовых учений» / Антропов В. Г. – Волгоград, 1995. – С. 20-33

допустимих видів вирішення, що підлягають встановленню в рамках вивченого правового конфлікту і визначені приписами правових норм⁴⁵.

Дане явище можливо також розглядати як надане законом повноваження свободи вибору одного із декількох закріплених в правовій нормі альтернативних, але в рівній ступені законних й обґрунтованих варіантів рішень у справі, оснований на переконанні суб'єкта⁴⁶.

Судовий розсуд виокремлюється серед всіх інших розсудів, перш за все, за ознакою суб'єкта – суду. Але в рамках нього розрізняються два підвиди: судовий розсуд по відношенню до закону та судовий розсуд в межах закону. Припускається, що до першого підвиду відноситься створення судом за допомогою тлумачення та положень закону, норм, що циркулюють в суспільстві майже нарівні із законодавчими (наприклад, судова практика як джерело права), а за другим – вільна оцінка кожним окремим суддею обставин та мір в межах, наданих йому законом⁴⁷.

Наведене різноманіття думок стосовно визначення явища «судовий розсуд» в певній мірі є наслідком того, що зовсім нещодавно проблеми судового розсуду ігнорувались. За радянських часів та в умовах адміністративно-командного устрою, як то владних інституцій і механізмів, так і суспільства загалом, наділення будь-якого суб'єкта свободою прийняття рішення за своїм внутрішній переконанням і розумінням, а, більш того, ще й закріплення такого права на законодавчому рівні, дослідження такого явища наукою – йшло всупереч пануючій ідеології. З лібералізацією суспільства, прийняттям Основного та процесуальних законів України саме такий підхід, зокрема до уявлень про правозастосування, почав поширюватись. В діючому законодавстві (Цивільному процесуальному кодексі України, Кодексі адміністра-

⁴⁵ Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: проблемы теории и практики / Аверин А. В. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО ; Саратов. гос. акад. права, 2003. – С. 95.

⁴⁶ Подмосковный В. Д. Правовая основа судебного усмотрения по российскому законодательству (вопросы теории и практики) : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. Д. Помосковный. – Волгоград, 2004. – С. 4-5.

⁴⁷ Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект) : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория права и государства ; История права и государства ; История политических и правовых учений» / Антропов В. Г. – Волгоград, 1995. – С. 12-13.

тивного судочинства України, Кримінальному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення тощо) введени та використовуються такі формулювання як «розсуд», «за внутрішнім переконанням», «на думку суду».

Історичний досвід засвідчує, що немає майбутнього у категоричних приписів про застосування закону, оскільки суспільні відносини в цілому та значна частина їх елементів зокрема розвиваються й ускладнюються останнім часом в геометричній прогресії. У разі ненадання певної свободи судді, але суворо в рамках закону, правозастосування опиниться у стані неможливості ефективно діяти та відповідати викликам сучасності.

Не можливо заперечувати твердженню, що закони застосовуються суддями і все залежить від їх добropорядності, від їх поглядів, оскільки закони не панують самі по собі, їх панування здійснюється людьми. Здійснення закону дещо конкретне: воля людей, їх проникливість відіграють тут важливу роль. Інтелект суб'єкту часто виносить рішення ще й тому, що цивільні закони охоплюють широке коло порушень в цілому та не можуть розглянути усі можливі випадки в їх конкретності⁴⁸.

У сучасній юридичній науці існує обґрунтування використання такого поняття як «судовий фактор», яке поєднує внутрішнє переконання судді в правозастосовчій діяльності із сформованою в нього професійною правосвідомістю⁴⁹.

Розвиток правосуддя в сьогоденній Україні державною політикою спрямований, в тому числі, і на дотримання і забезпечення виконання норм, здобутків і стандартів міжнародного права. Зокрема, згідно статті 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України⁵⁰.

⁴⁸ Гегель Г. В. Философия права / Гегель Г. В. – М.: Мысль, 1990. – С. 400-402.

⁴⁹ Подмосковский В. Д. Правовая основа судебного усмотрения по российскому законодательству (вопросы теории и практики) : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. Д. Помосковский. – Волгоград, 2004. – С. 22-26.

⁵⁰ Конституція України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу:

Істотне значення для загальних основ судового правозастосування має стаття 8 Конституції України, за якою в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується⁵¹.

Навіть з поверхового аналізу тексту Конституції України вбачається, що Розділ II Основного Закону, який встановлює, закріплює та регламентує основні права, свободи та обов'язки людини і громадянина, – найбільш об'ємний порівняно з іншими та включає 47 статей. Їх зміст, перед усе, свідчить про спрямованість всього документу на забезпечення вказаних прав і свобод, що є належним та цілком відповідає міжнародним стандартам.

Питання, які пов'язані із відправленням правосуддя в державі, формуванням суддівського корпусу, основними засадами судочинства та структури судової системи тощо, закріплені у Розділі VIII Конституції України, окремим елементом в якій є Конституційний Суд України.

Резюмуючи викладене, в умовах національної правової системи недосконалість діючого законодавства проявляється, перш за все, в процесі правозастосування та виявляється безпосередньо правозастосовувачем – судом в даному випадку. Висновки суду формулюються у відповідні акти, які об'єднуються в подальшому в судову практику. Така правозастосовча практика має стати вагомим інформаційним джерелом для законодавця. А ось можливість створення права судами можна віднести до дисфункційності судового правозастосування. Річ у тім, що суд як правозастосовчий орган не є законотворцем, оскільки зворотне суперечить Основному Закону. Але тлумачення правової норми може у певних випадках достатньо легко перетворитись у формування права, тобто суд, не будучи офіційним, легітимний законодавцем, опиняється в його ролі.

Тому в нашій державі суд не може розглядатись як правотворець, а судова практика не повинна вважатись джерелом права. Якщо її

<http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0&p=1255367583671720> – Заголовок з екрану.

⁵¹ Там само.

розглядати як формально закріплену реальність дії, застосування і захисту права, судова практика викликає значного інтересу в якості джерела для правотворчості. На підставі системного аналізу реальних прикладів дії, реалізації, застосування, захисту, відновлення прав судами в процесі відправлення правосуддя, що відтворюються у судових рішеннях, – стає можливим виявити проблеми у законодавчому регулюванні тих чи інших правовідносин. Масив судової практики не містить правових норм, однак містить вкрай корисну, оперативну та достовірну інформацію про найгостріші проблеми в суспільстві.

Список використаних джерел

1. Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: проблемы теории и практики / Аверин А. В. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО ; Саратов. гос. акад. права, 2003. – 306 с.

2. Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект) : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория права и государства ; История права и государства ; История политических и правовых учений» / Антропов В. Г. – Волгоград, 1995. – 20 с.

3. Барак А. Судейское усмотрение / Барак А. ; пер. с англ. ; науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун. – М.: Норма, 1999. – 364 с.

4. Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности / Боннер А. Т. – М.: Российское право, 1992. – 319 с.

5. Бэкон Ф. Собрание сочинений / Бэкон Ф. – СПб., 1874. – Ч. 1. – 1874. – 635 с. – [репринтная копия].

6. Васьяковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Цивилистическая методология / Е. В. Васьяковский. – Одесса: «Экон.» тип., 1901. – 400 с. – [репринтная копия].

7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В. Т. Бусел ; редактори-лексикографи В. Т. Бусел, М. Д. Василюк-Дерибас, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

8. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты / Верещагин А. Н. – М.: Межд. отнош., 2004. – 344 с.
9. Гегель Г. В. Философия права / Гегель Г. В. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.
10. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теорія та історія держави і права ; Історія політичних і правових вчень» / М. Д. Гнатюк. – К., 2007. – 19 с.
11. Гойхбарг А. Г. О воле законодателя / Гойхбарг А. Г. – СПб.: Изд. юрид. книж. склада «Право», 1916. – 119 с.
12. Даль В. И. Толковый словарь Живого великорусского языка: в 4-х т. / Даль В. И. – М., 1998. – Т. 3. – 1998. – 691 с.
13. Ершов В. В. Теоретические проблемы судебного правоприменения : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. В. Ершов. – М., 1986. – 16 с.
14. Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С. К. Загайнова. – М.: Изд-во «Норма», 2002. – 159 с.
15. Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?user=a&find=1&typ=21> – Заголовок з екрану.
16. Кант И. К вечному миру // Сочинения : в 6-ти т. / И. Кант. – М.: Мысль, 1996. – Т. 6. – 1996. – 743 с.
17. Конституція України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0&p=1255367583671720> – Заголовок з екрану.
18. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя / Козюбра М. // Вісник Верховного Суду України №3(199)'2017. – Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/c148729c67fd337cc225813e004da6d6/\\$FILE/Visnyk_03_2017.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/c148729c67fd337cc225813e004da6d6/$FILE/Visnyk_03_2017.pdf) – Заголовок з екрану.
19. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / Марченко М. Н. – М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2007 – 512 с.

20. Малишев Б. В. Судова правотворчість як наукова категорія порівняльного правознавства / Б. В. Малишев // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку. Зб. статей / За ред. Ю. С. Шемшученка, Л. В. Губерського, І. С. Гриценка; упор. О. В. Кресін. – К.: Логос, 2009. – 712 с.

21. Монтескьє Ш. Л. О духе законов / сост., пер. и коммент. А. В. Матешук. – М.: Мысль, 1999. – 672 с.

22. Нерсесянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права / под ред. Топорнина Б. Н. – М: Ин-т гос. и права РАН, 1997. – С. 34 – 41.

23. Ожегов С. И. Словарь русского языка / Ожегов С. И. – [Изд. 16-е, испр.]. – М.: Русский язык, 1984. – 797 с.

24. Письменний Д. П. Новий Закон України «Про судоустрій України» як поступ до демократичної правової держави / Письменний Д. П. // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи : матер. наук.-практ. конф. (18-19 квіт. 2002 р., м. Харків) / Редкол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х., 2002. – С. 98.

25. Погрібний І. М. Судовий прецедент та його значення в процесі заповнення прогалин у законодавстві / І. М. Погрібний, Ю. І. Матат. – Національна бібліотека імені В. І. Вернадського [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/pib/2009_3/PB-3/PB-3_10.pdf – Заголовок з екрану.

26. Подмосковский В. Д. Правовая основа судебного усмотрения по российскому законодательству (вопросы теории и практики) : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теория и история государства и права ; История политических и правовых учений» / В. Д. Помосковский. – Волгоград, 2004. – 27 с.

27. Постанова Верховної Ради України №2296-ХІІ від 28 квіт. 1992 р. «Про Концепцію судово-правової реформи в Україні» : за станом на 28 квіт. 1992 р. / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2296-12> – Заголовок з екрану.

28. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук :

спец. 12.00.01 – «Теорія та історія держави і права ; Історія політичних і правових вчень» / М. Б. Рісний. – Л., 2006. – 16 с.

29. Современные конституции: сборник действующих конституционных актов. Конституционные монархии / Пер. под ред. и со вступ.: В. М. Гессен, пр.-доц.; Б. Э. Нольде, доц. бар. – С.-Пб.: Кн. скл. «Право», 1905. – Т. 1. – 1905. – 651 с. – [репринтная копия].

30. Соколов Н. Я. Юридическая профессия: понятие, сущность и содержание / Н. Я. Соколов // Государство и право. – 2004. – №9. – С. 22-31.

31. Стефанюк В. Судова влада як основна юридична гарантія захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні / В. Стефанюк // Право України. – 2001. – №1. – С. 15.

32. Стецик Н. Прецедентна практика верховних судів у пострадянських правових системах / Н. Стецик // Jurisprudence in Central and Eastern Europe: Work in Progress 2017: The Annual Conference of the Central and Eastern European Network of Jurisprudence (September 15-16, 2017, Riga (Latvia) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <https://www.academia.edu/34256672> – Заголовок з екрану.

33. Тихомиров Ю. А. Как применять закон / Ю. А. Тихомиров. – М.: Известия, 1993. – 61 с.

34. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001. – 355 с.

35. Токвиль Алексис де. Демократия в Америке / Токвиль А. ; пер. с франц., предисл. Гарольд Дж. Ласки. – М.: Прогресс, 1992. – 554 с.

36. Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. – М.: Гос. ин-т «Сов. энцикл.», 1935-1940.

37. Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» №361/2006 від 10 трав. 2006 р. : за станом на 10 трав. 2006 р. / Президент України // Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=361%2F2006> – Заголовок з екрану.

38. Французский Гражданский кодекс 1804 года: с позд. изм. до 1939 г. / Всесоюзный ин-т юрид. наук НКЮ СССР ; пер. с франц. И. С. Перетерского. – М.: Юриздат НКЮ СССР, 1941. – 471 с.

39. Цивільний кодекс України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим

доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15> – Заголовок з екрану.

40. Цивільний процесуальний кодекс України / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15> – Заголовок з екрану.

41. Цивільний процесуальний кодекс України (від 18.07.1963 р.) : за станом на 23 черв. 2005 р. / Верховна Рада України. – Офіційний веб-сайт. – Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1501-06> – Заголовок з екрану.

42. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія / Шевчук С. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

43. Шицький І. Б. Про окремі проблеми судової реформи / І. Б. Шицький // Верховний Суд України. – Інформаційний сервер [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/E30D7E92E24C6ED4C325707C0024CA6E?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=E30D7E92E24C6ED4C325707C0024CA6E> – Заголовок з екрану.

44. Carlos E. Jimenez-Gomez. Providing Access to Justice for All through Open Judiciary: Comparative Experiences from the U.S., Latin America, and China / Carlos E. Jimenez-Gomez. – 2017. – Інформаційний сервер «Academia.edu» [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу: <https://www.academia.edu/28238719> – Заголовок з екрану.

РОЗДІЛ VIII. ОСОБЛИВОСТІ І ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ПРАВОТВОРЧОСТІ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Для ефективного функціонування Української держави однією з найголовніших проблем є недосконалість і нестабільність чинного законодавства. Встановлення нових норм права, зміна або скасування застарілих представляє собою головне призначення правотворчості. Іншими словами, в найширшому сенсі слова, правотворчість – це процес створення державою нормативно-правових актів з метою регулювання суспільних відносин.

Важливою передумовою створення якісних нормативно-правових актів є необхідність поглибленого вивчення відповідної наукової бази, дослідження теоретичних засад правотворчої діяльності, визначення змісту цього поняття, особливостей взаємозв'язків із всіма елементами правової реальності, а також об'єктивна оцінка стану правотворчості та прогнозування перспектив розвитку.

Проблематика правотворчості є надзвичайно широкою і зростаючий науковий інтерес пояснюється динамічністю, складністю та багатогранністю цього явища. Їй присвячене досить широке коло наукових досліджень, в яких правотворчість розглядається з різних сторін, в різних аспектах та в рамках різних галузей права, що є звичайно позитивним і корисним для всебічного її дослідження, але водночас породжує плюралізм думок і викликає ще більше проблемних питань.

Не применшуючи ролі та значення попередніх напрацювань, метою даного дослідження є, по-перше, виявлення особливостей і окреслення кола проблем розвитку правотворчості в сучасних умовах з точки зору дотримання принципу законності, на основі якого має здійснюватися правотворча діяльність.

І, по-друге, скільки суб'єкти правотворчої діяльності в межах, передбачених законом, здійснюють не тільки правотворчі повноваження, а й повноваження правозастосовного характеру, в дослідженні звернуто увагу саме на проблему співвідношення двох різних, відносно самостійних видів юридичної діяльності – правозастосування і правотворчості.

З огляду на вказане основними завданнями дослідження є аналіз національного законодавства щодо механізму забезпечення законності правотворчої діяльності з боку держави, визначення обсягу та меж

повноважень суб'єктів правотворчості щодо видання нормативно-правових актів, розмежування підзаконних нормативно-правових актів та актів застосування правових норм. Звернуто увагу на правотворчу діяльність таких суб'єктів, як Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування, суспільство в процесі референдуму, а також особливості судової правотворчості.

Питанням реалізації правотворчої діяльності різними її суб'єктами в юридичній та спеціальній літературі завжди приділялася значна увага. Серед останніх вітчизняних досліджень можна назвати таких науковців, як Н. М. Дукова, Я. О. Берназюк, В. П. Кононенко, Б. В. Малишев, І. Г. Бовсуновська, І. Є. Марочкін та багато інших.

Принципи правотворчості досліджувалися у працях В. М. Косович, Ю. М. Глушенко, Ю. В. Деля, В. О. Шаган, Є. А. Гетьман тощо.

Перед тим, як перейти до реалізації окреслених завдань, вважаємо необхідним провести аналіз деяких ознак правотворчості та її характеристик, зосередитися на розмежуванні схожих понять.

Зміст поняття правотворчості, як власне і інших правових категорій, безпосередньо залежить від праворозуміння. В юриспруденції історично склалися два підходи до праворозуміння – це юридичний позитивізм та природно-правова доктрина, в яких з розвитком суспільства звичайно сформувалися внутрішні течії, напрямки, теорії тощо.

Сучасна теорія права виходить з позитивістської концепції. Саме в процесі та в результаті правотворчості природне право перетворюється в позитивне, набуваючи форму нормативно-правових актів.

На даному етапі розвитку юридичної науки немає єдності думок щодо розуміння правотворчості. В теорії права існує ряд категорій, понять і зміст яких слід розмежовувати при розгляді правотворчості. Мова йде про такі схожі за назвою феномени як нормотворчість, правотворчість, законотворчість, які часто застосовуються як синоніми.

Не вдаючись до детального аналізу наукових думок, поглядів та концепцій у теорії права щодо питань поняття правотворчості та його співвідношення зі схожими поняттями, оскільки у нас інші завдання, можемо констатувати певну єдність підходів, хоча на практиці вони цілком можуть використовуватися як тотожні.

В стислому вигляді співвідношення понять нормотворчість, правотворчість та законотворчість можна представити наступним чином.

Нормотворчість – це творення норм, тобто формування всіх соціальних норм для регулювання суспільних відносин за участю всіх суб'єктів права, і включає в себе правотворчість та законотворчість. В свою чергу правотворчість як частина нормотворчості направлена на формування безпосередньо норм права і потребує санкціонування з боку держави. І, нарешті, законотворчість, як частина нормотворчості, направлена на формування безпосередньо законів і вимагає участі виключно законодавчого органу. Таке співвідношення можна розглядати з позицій розрізнення категорій загального і окремого та цілого і частини. Як слушно зазначає В. П. Плавич, «законотворчість є складовим, автономним елементом правотворчості та нормотворчості, яка має визначальне значення для вироблення та введення в дію законодавчих нормативно-правових актів»¹.

Правотворчість – це діяльність уповноважених суб'єктів по виданню нормативно-правових актів. Нажаль законодавчого визначення нормативно-правового акта не існує, що надає науковцям певну свободу у формулюванні цього складного феномена. Виходячи із загальноприйнятих в теорії права підходів, представляється можливим запропонувати наступне визначення нормативно-правового акта. Отже, нормативно-правовий акт – це офіційний акт компетентних суб'єктів правотворчості, який містить норми права, що забезпечуються державою. Це одна з форм існування та вираження норм права. Нормативно-правові акти мають відповідати наступним вимогам: приймаються компетентними державними органами в межах їх повноважень; приймаються з дотриманням встановленої процедури; встановлюють, змінюють або скасовують норми права; мають чітко встановлену форму (письмового акта-документу) і реквізити; мають юридичну силу; підлягають офіційному опублікуванню в спеціальних виданнях.

Виходячи з вище зазначеного можемо констатувати, що суб'єктами правотворчості виступають найвищий представницький орган держави (Верховна Рада України), безпосередньо суспільство в процесі референдуму, глава держави (Президент України), центральні і місцеві органи виконавчої влади (Кабінет Міністрів України, місцеві

¹ Плавич В. П. Феномен нормотворчості та його співвідношення із суміжними категоріями: правотворчість, законотворчість, правотворчий та законотворчий процеси / В. П. Плавич // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2013. – Вип. 62. – С. 13.

адміністрації), органи місцевого самоврядування, судова гілка влади (такий вид правотворчості характерний для країн англо-американської правової сім'ї), громадські організації (наприклад, профспілки), адміністрації підприємств, установ, організацій.

Таким чином, правотворчість здійснюється такими соціальними інститутами, як державою(державними органами, їх посадовими особами) та громадянським суспільством. За юридичною силою виданих нормативно-правових актів правотворчість представлена як законодавча діяльність (діяльність законодавчого органу держави), результатом якої є видання закону та підзаконна правотворча діяльність (діяльність уряду, голови держави тощо), результатом якої є видання підзаконного акту.

Пристаючи до аналізу змісту принципу законності, на основі якого має здійснюватися правотворча діяльність, слід одразу зауважити, що у сучасній юридичній літературі спостерігається різноманітність підходів до визначення та переліку принципів, притаманних правотворчій діяльності. Кожний науковець має своє особисте бачення щодо зазначеного питання, проте «важливо, що принципам притаманна певна динамічність, тобто вони змінюються залежно від рівня правового, культурного, соціального розвитку держави та її суспільства»².

Не приділяючи спеціальної уваги комплексному дослідженню принципів правотворчості, зупинимось на «законності», яка виступає як «фундаментальна категорія юридичної науки і практики, а її рівень та стан віддзеркалюють правове життя суспільства і його громадян»³. Так, «у навчальній та науковій літературі законність характеризується як принцип діяльності, як метод керівництва суспільством, як режим (стан) суспільних відносин, що відповідає вимогам нормативно-правових актів»⁴.

Не заперечуючи і не відмовляючись від безліч різних за об'ємом, змістом та сутністю наукових визначень поняття «законності», критеріїв їх класифікації, ми виходимо із того, що законність – це суворе й неухильне дотримання усіма суб'єктами права існуючих у державі

² Гетьман Є. А. Принцип верховенства права у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади / Є. А. Гетьман // Проблеми законності. – 2016. – Вип. 134. – С. 65.

³ Мінченко О. В. Теоретико-методологічні аспекти праворозуміння законності / О. В. Мінченко // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2012. – № 1. – С. 25.

⁴ Донченко О. І. Принципи законності у діяльності місцевого самоврядування / О. І. Донченко // Visegradjournalonhumanrights. – 2016 р. – № 2/2. – С. 73.

законів та заснованих на них підзаконних нормативних актів; «поняття законності повинно розповсюджуватися не тільки на сферу дії законів, а й на усю сферу їх утворення, тобто законотворчість, а ширше – на усю правотворчість, тому що ці процеси також піддаються оцінці з позиції ідей моральності та законності»⁵.

При дослідженні принципу законності в контексті правотворчої діяльності, слід звернути увагу на наступні вимоги.

По-перше, це вимоги щодо дотримання процедурного порядку прийняття нормативно-правового акта уповноваженим суб'єктом в межах його компетенції.

Основним Законом передбачено, що «Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй»⁶

Дотримання вимог процедурного порядку в процесі правотворчої діяльності має важливе значення і передбачає неухильне виконання всіх правил щодо розробленням нормативно-правових актів, їх прийняття, набрання ними чинності, державної реєстрації тощо. Ці правила містяться у відповідних законах, підзаконних актах, яких мають дотримуватися всі органи, які приймають нормативно-правові акти. Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, приймаючи нормативно-правові акти, діють на основі виключно законів України.

По-друге, важливе значення має зміст нормативно-правового акта, що адекватно відображає загальнолюдські цінності та правові ідеали.

Н. Оніщенко, досліджуючи природу та сутність принципу законності в умовах демократичних змін, звертає увагу на важливість принципів верховенства права та верховенства закону у законотворчості в Україні, що

«означає принаймні, що закони держави повинні, по-перше, відповідати праву як мірі загальної рівної для всіх свободи і справедливості й, по-друге, у законах є необхідним для блага суспільства

⁵ Шай Р. Я. Правопорядок і законність як ознаки правової держави / Р. Я. Шай // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 801. – С. 119.

⁶ Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06.1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. – ст. 8.– Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

обмеження приватного свавілля як особи (фізичної і юридичної), так і держави»⁷.

Закони повинна поважати насамперед влада, інакше законність виявиться неповною і обмеженою, а влада – неправовою, і тому «важливо не тільки додержуватися законів, а й створювати справедливі, правові, закони»⁸.

Крім того, зміст нормативно-правового акта має відповідати вже існуючим актам, які у порівнянні з ним мають найвищу юридичну силу. Вони мають відповідати Конституції, чинним законам, ратифікованим міжнародним договорам чи угодам, а також загальним принципам міжнародного права.

По-третє, принцип законності правотворчості передбачає, що обов'язково має бути передбачена система контролю та нагляду щодо дотримання процедурних правил та належного змісту нормативно-правових актів, які приймаються всіма суб'єктами правотворчої діяльності. «Законність спирається на певний механізм регулювання, що є властивим правовим відносинам, забезпечується можливістю застосування механізму державного примусу»⁹.

До 2014 року функції нагляду за додержанням і застосуванням законів виконували органи прокуратури. Прокурор мав право вимагати для перевірки рішення, розпорядження, інструкції, накази та інші акти і документи, одержувати інформацію про стан законності і заходи щодо її забезпечення. При виявленні порушень закону прокурор або його заступник у межах своєї компетенції могли опротестувати акти Прем'єр-міністра України, Кабінету Міністрів України, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, виконавчих органів місцевих рад, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також рішення і дії посадових осіб. Наразі, за новим Законом «Про прокуратуру» органи прокуратури таких повноважень не мають.

Натомість Законом України «Про запобігання корупції» передбачено, що Національне агентство з питань запобігання корупції, як

⁷ Оніщенко Н. Принцип законності: природа та сутність в умовах демократичних змін / Н. Оніщенко // Віче. – 2012. – № 12. – С. 3.

⁸ Донченко О.І. Принципи законності у діяльності місцевого самоврядування / О. І. Донченко // Visegradjournalonhumanrights. – 2016 р. – № 2/2. – С. 74.

⁹ Оніщенко Н. Принцип законності: природа та сутність в умовах демократичних змін / Н. Оніщенко // Віче. – 2012. – № 12. – С. 3.

центрального органу виконавчої влади, забезпечує формування та реалізує державну антикорупційну політику, і в межах своїх повноважень має право «звертатися до суду із позовами (заявами) щодо визнання незаконними нормативно-правових актів, індивідуальних рішень, виданих (прийнятих) з порушенням встановлених цим Законом вимог та обмежень, визнання недійсними правочинів, укладених внаслідок вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення»¹⁰.

Крім того, Національне агентство подає щорічну доповідь до Кабінету Міністрів України щодо кількості скасованих відповідними органами або посадовими особами нормативно-правових актів, рішень, виданих (прийнятих) внаслідок вчинення корупційного правопорушення; кількості визнаних незаконними в судовому порядку; результати антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів.

Зауважимо, що згідно цього Закону, антикорупційні експертиза віднесена до категорії «інші механізми запобігання і протидії корупції» та представляє собою «діяльність із виявлення в нормативно-правових актах, проектах нормативно-правових актів положень, які самостійно чи у поєднанні з іншими нормами можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією»¹¹.

Статтею 55 Закону передбачено, що органами, які здійснюють обов'язкову антикорупційну експертизу є Міністерство юстиції України (щодо законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України), відповідний комітет Верховної Ради України, Національне агентство (щодо проектів нормативно-правових актів, що вносяться на розгляд Верховної Ради України або Кабінету Міністрів України), а також антикорупційна експертиза чинних нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів може проводитися за ініціативою фізичних осіб, громадських об'єднань, юридичних осіб.

Постановою Кабінету Міністрів затверджено Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, згідно з яким Міністерством юстиції та головними територіальними управліннями юстиції в областях

¹⁰ Про запобігання корупції[Електронний ресурс]: Закон України від 14.10. 2014 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.03.2017. – Ст. 12. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>. – Назва з екрана.

¹¹ Див. там само. – Ст. 1.

передбачено право перевіряти у міністерствах, інших органах виконавчої влади додержання законодавства про державну реєстрацію, вносити пропозиції про усунення виявлених порушень і недоліків та притягнення до відповідальності посадових осіб, винних у допущених порушеннях.

Державна реєстрація, тобто присвоєння нормативно-правовому актові реєстраційного номера і внесення до державного реєстру «полягає у проведенні правової експертизи на відповідність його Конституції та законодавству України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколам до неї, міжнародним договорам України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції та праву Європейського Союзу (acquis EC), антикорупційної експертизи, а також з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, прийняті рішення про державну реєстрацію цього акта, присвоєнні йому реєстраційного номера та занесенні до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів¹².

До органу державної реєстрації, серед інших необхідних документів, подається висновок Міністерства юстиції, головних територіальних управлінь юстиції щодо відповідності нормативно-правового акта положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практиці Європейського суду з прав людини¹³.

У разі потреби Міністерство юстиції та його управління на місцях мають право залучати вчених, спеціалістів органів виконавчої влади, підприємств, установ та організацій для проведення аналізу нормативно-правового акта, поданого на державну реєстрацію.

Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» передбачено проведення наукової, юридичної чи іншої експертизи законопроектів, а також проведення інформаційного чи наукового дослідження. Законопроект при підготовці до першого читання – направляється для проведення наукової експертизи, а при підготовці до всіх наступних читань – для проведення юридичної експертизи та редакційного опрацювання у відповідні структурні підрозділи Апарату

¹² Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів № 731 від 28.12.1992 р. за станом на 06.08.2016.– П. 1. – Режим доступу:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF>. – Назва з екрана.

¹³ Див. там само. – П. 9.

Верховної Ради, а після прийняття акта в цілому здійснюються остаточна юридична експертиза і редакційне опрацювання.

«Висновки, підготовлені за результатами експертизи, направляються головному комітету для врахування при розгляді законопроекту та прийняття рішення стосовно подальшої роботи над ним»¹⁴.

Законом України «Про комітети Верховної Ради України» передбачені обов'язки комітетів при здійсненні законопроектної роботи, серед яких і підготовка висновків щодо проектів актів, розгляд та узагальнення головним комітетом з опрацювання відповідного проекту висновків інших комітетів, доопрацювання проектів актів Верховної Ради України за результатами розгляду їх у першому та наступних читаннях, розгляд та прийняття рішення щодо кожної пропозиції, яка надійшла від суб'єктів законодавчої ініціативи при доопрацюванні комітетом проектів законів та інших актів тощо¹⁵.

Не менш важливим засобом контролю та нагляду за дотриманням законності нормативно-правових актів є участь громадськості, що виражається в її праві «проводити, замовляти проведення громадської антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів, подавати за результатами експертизи пропозиції до відповідних органів, отримувати від відповідних органів інформацію про врахування поданих пропозицій»¹⁶. Проте питання щодо участі громадськості у процесі нагляду за дотриманням законності нормативно-правових актів потребує окремого розгляду.

Розглянемо компетенції судової гілки влади щодо дослідженого питання. Статтею 150 Конституції України та статтею 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» встановлено, що Конституційний Суд вирішує питання про відповідність Конституції законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів

¹⁴ Про Регламент Верховної Ради України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.02. 2010 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Ст. 103. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/page2>. – Назва з екрана.

¹⁵ Про комітети Верховної Ради України [Електронний ресурс] : Закон України від 04.04.1995 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Ст. 16. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/116/95-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

¹⁶ Про запобігання корупції [Електронний ресурс] : Закон України від 14.10. 2014 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.03.2017. – Ст. 21. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>. – Назва з екрана.

Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Із цього випливає, що Конституційний Суд вирішує питання щодо конституційності правових актів незалежно від того, мають вони нормативно-правовий чи індивідуально-правовий характер.

Після детального аналізу правової природи рішень та висновків Конституційного Суду України, В. П. Тихий, посилаючись на пункт 1 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, підсумовує таким чином – «правомірним є поширення юрисдикції Конституційного Суду з питань про відповідність Конституції правових актів, прийнятих до набуття чинності Конституцією, тільки на нормативні правові акти, враховуючи, що за своєю природою ненормативні правові акти, на відміну від нормативних, встановлюють не загальні правила поведінки, а конкретні приписи, звернені до окремого індивіда чи юридичної особи, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію»¹⁷.

Звертаємо увагу, що до повноважень Конституційного Суду України «не належать питання щодо законності актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, а також інші питання, віднесені до компетенції судів загальної юрисдикції»¹⁸.

При цьому, в главі 10 вказаного Закону зазначені правила провадження у справах щодо конституційності правових актів, відносно яких виник спір стосовно повноважень конституційних органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування.

Наведені положення свідчать про стан законодавчого врегулювання контролю та нагляду щодо дотримання процедурних правил та належного змісту нормативно-правових актів. Проте, слід звернути увагу, що Конституційний Суд «не наглядовий і не контролюючий, а юрисдикційний судовий орган, невід’ємна частина єдиної судової влади, спеціалізований, не включений до системи судів загальної юрисдикції суд

¹⁷ Тихий В. П. Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України / В. П. Тихий // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3. – С. 7.

¹⁸ Про Конституційний Суд України [Електронний ресурс] : Закон України від 16.10.1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 01.05.2016. – Ст. 14. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80/page>. – Назва з екрана.

для розгляду конституційно-правових спорів»¹⁹.

В Кодексі адміністративного судочинства України встановлено, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії.

Слід одразу звернути увагу, що суб'єктом владних повноважень є «орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень»²⁰.

В статті 171 Кодексу адміністративного судочинства України передбачені правила розгляду адміністративних справ щодо законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень.

Право на звернення до суду щодо оскарження будь-якого з вказаних нормативно-правових актів мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт²¹.

І, нарешті, в частині першій ст. 171-1 зазначеного кодексу встановлено, що можуть бути оскаржені на предмет законності (крім конституційності) постанови Верховної Ради України, укази і розпорядження Президента України.

¹⁹ Тихий В. П. Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України / В. П. Тихий // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3. – С. 5.

²⁰ Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс] : Закон України від 06.07.2005 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Ст. 3. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page2>. – Назва з екрана.

²¹ Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс] : Закон України від 06.07.2005 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Ст. 71. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page2>. – Назва з екрана.

Отже, можливість оскарження нормативно-правових актів в судовому порядку покликане не тільки допомогти вирішити важливу проблему дотримання вимог законності правотворчості, а й сприяти зміцненню режиму законності в державі.

З'ясування правової природи актів суб'єктів правотворчої діяльності має не тільки теоретичне значення, а й практичне, в контексті реалізації механізму державного контролю та нагляду за дотриманням процедурних правил, належного змісту нормативно-правових актів, а також порядку розгляду таких справ адміністративним судом та правильного застосування ним норм матеріального права при вирішенні конкретного публічно-правового спору.

Тому вважаємо доцільним розглянути національне законодавство відносно обсягу та меж повноважень суб'єктів правотворчості щодо видання нормативно-правових актів, їх розмежування, а також співвідношення з актами правозастосування.

1. Верховна Рада України – це єдиний орган законодавчої влади в Україні. Конституцією України встановлено, що Верховна Рада України приймає закони, постанови та інші акти більшістю від її конституційного складу, крім випадків, передбачених цією Конституцією²².

В Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» зазначені такі види рішень Верховної Ради України – акти, процедурні та інші рішення, які заносяться до протоколу пленарних засідань Верховної Ради. Актами Верховної Ради є закони, постанови, резолюції, декларації, звернення, заяви²³.

Декларація регламентує урегулювання найбільш загальних суспільних відносин, їй властива відповідна урочистість та особлива значущість для розвитку суспільства і держави загалом. Декларації становлять переважно принципи, а не конкретні норми права, тому їх положення потребують додаткового законодавчого врегулювання. Звернення – це завжди індивідуально-владні акти, які адресуються

²² Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06. 1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. – Ст. 91. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

²³ Про Регламент Верховної Ради України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.02. 2010 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Ст. 46. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/page2>. – Назва з екрана.

конкретним суб'єктам з приводу особливих подій. Заява – це офіційне ненормативне звернення Верховної Ради України до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, а також парламентів інших держав чи міжнародних органів з відповідною інформацією чи обставинами, які мають юридичне значення.

Рішенням Конституційного Суду України встановлено, що терміни «рішення» і «акти» Верховної Ради України – це взаємозв'язані правові категорії, які співвідносяться між собою як зміст і форма. Під терміном «рішення» Верховної Ради України треба розуміти результати волевиявлення парламенту України з питань, віднесених до його компетенції, а під терміном «акти» необхідно розуміти рішення Верховної Ради у формі законів, постанов тощо, які приймаються Верховною Радою визначеною Конституцією України кількістю голосів народних депутатів України²⁴.

Аналіз Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» дозволяє зробити висновок, що Верховна Рада може прийняти рішення з процедурних питань, а також передбачено прийняття постанов із конкретних питань з метою здійснення установчої, організаційної, контрольної та інших функцій парламенту, а тому такі акти мають, відповідно, установчий, організаційний, контрольний характер. Наприклад, існують такі постанови з внутрішніх та процедурних питань: про затвердження Положення про апарат Верховної Ради України; про створення, перелік та організацію роботи парламентських комітетів; про включення, виключення чи перенесення розгляду того чи іншого питання на сесії тощо.

Таким чином, нормативно-правовими актами Верховної Ради України є закони, постанови (виступають як нормативні та індивідуально-владні), наприклад, Постанова Верховної Ради України про процедуру розгляду питання про обрання Голови Верховної Ради України, Першого заступника та заступника Голови Верховної Ради України четвертого скликання № 9-IV від 15.05.2002р., а також декларації (наприклад, Декларація пам'яті і солідарності Верховної Ради України та Сейму Республіки Польща № 1704-VIII від 20.10.2016р.) та резолюції (наприклад, про недовіру Кабінетові Міністрів України № 2393-III від 26.04.2001 р.).

²⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 14.10.2003 № 16-рп/2003: за станом на 14.10.2003. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-03>. – Назва з екрана.

У свою чергу індивідуально-владні акти – це звернення (наприклад, Звернення Верховної Ради України до Конгресу Сполучених Штатів Америки щодо безпекових гарантій № 1970-VIII від 22.03.2017 р.), а заяви виступають як офіційне ненормативне звернення Верховної Ради України (наприклад, Заява Верховної Ради України «Про незаконне позбавлення свободи українських журналістів Романа Суценка та Миколи Семени» № 1653-VIII 05.10.2016р.).

2. Президент України є також активним суб'єктом правотворчості, що підтверджує Конституція України. Так, «Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України»²⁵.

При цьому, в Конституції не конкретизується, яка різниця між указами і розпорядженнями. В Положенні про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України визначені 29 повноважень, реалізація яких оформляється указами. Серед них, наприклад, призначення на посаду та звільнення з посади Генерального прокурора, членів Ради Національного банку, членів Національної рад з питань телебачення і радіомовлення, глав дипломатичних представництв, суддів Конституційного Суду тощо. Далі зазначається, що «указами Президента України оформляються також інші рішення, видані на основі та на виконання Конституції і законів України, якщо хоча б одне з положень рішення розраховано на постійну або багаторазову дію (має нормативний характер) або належить до таких, що оформляються указами Президента України згідно з цим пунктом, а також рішення, прийняття яких у формі указу передбачено законами України та указами Президента України»²⁶.

І нарешті, розпорядженнями Президента України оформляються прийняті рішення про надання доручень або рекомендацій щодо здійснення культурно-мистецьких та інших заходів; проведення переговорів, підписання міжнародних договорів України, надання повноважень на ведення переговорів, на підписання міжнародних

²⁵ Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06. 1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. – Ст. 106. – Режимдоступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

²⁶ Про Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України [Електронний ресурс]: Указ Президента України № 970 - 2006 від 15.11.2006 р. за станом на 15.04.2008. – П. 3. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/970/2006>. – Назва з екрана.

договорів України, відповідних директив делегації чи представникові України тощо.

Варто відзначити, що акти Президента України (і укази, і розпорядження) є результатом правотворчої діяльності, оскільки відповідають головній вимозі нормативно-правового акта, а саме встановлюють нові, змінюють або скасовують діючі норми права. При цьому, укази можуть мати як нормативний, так і ненормативний характер. Нормативні укази стосуються невизначеного кола осіб і мають довгострокову дію, а ненормативні – мають індивідуальне значення, тобто носять правозастосовний характер.

Наведемо приклади. Указ Президента про відзначення 26-ї річниці незалежності України № 132/2017 від 15.05.2017 р. – є нормативним актом, а Указ Президента про призначення керівників органів Служби безпеки України № 124/2017 від 03.05.2017 р., Указ Президента про делегацію України для участі в роботі 70-ї сесії Всесвітньої асамблеї охорони здоров'я № 142/2017 від 25.05.2017 р. – ненормативними актами.

Розпорядження також виступає ненормативним актом, який має індивідуальний організаційний характер. Наприклад, Розпорядження Президента України про оголошення конкурсу на зайняття вакантних посад голів районних державних адміністрацій № 95/2017-рп від 28.04.2017 р., Розпорядження Президента України про призначення О. Кривенка головою Татарбунарської районної державної адміністрації Одеської області № 94/2017-рп від 27.04.2017 р.

Як слушно зазначає Я. О. Берназюк, акти глави держави, які не передбачені Конституцією, можуть бути поставлені під сумнів і тому вкрай важливим є на законодавчому рівні врегулювати питання всіх форм письмових рішень Президента України. «Перелік актів правотворчості Президента України повинен включати в себе: укази, розпорядження, проекти законів та постанов Верховної Ради України, конституційні звернення, міжнародні договори та інші форми документів, які передбачені міжнародними договорами та міжнародною практикою. Окремою групою письмових актів глави держави можуть бути листи Президента України, які мають рекомендаційний або приватний характер»²⁷.

²⁷ Берназюк Я. О. Правотворчість Президента України крізь призму особливостей деяких видів його актів / Я. О. Берназюк // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2013. – Вип. 59. – С. 76.

3. Конституцією України встановлено, що Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, які є обов'язковими до виконання. Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади підлягають реєстрації в порядку, встановленому законом²⁸.

Знову ж таки, в Конституції не конкретизується, яка різниця між постановами і розпорядженнями. Законом України «Про Кабінет Міністрів України» передбачено, що акти Кабінету Міністрів України нормативного характеру видаються у формі постанов, а акти Кабінету Міністрів з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань видаються у формі розпоряджень. Далі зазначено, що акти Кабінету Міністрів, які відповідно до закону є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»²⁹.

Звертаємось до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», в якому визначено, що регуляторний акт – це: по-перше, «прийнятий уповноваженим регуляторним органом нормативно-правовий акт, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання»;

по-друге, «прийнятий уповноваженим регуляторним органом інший офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, застосовується неодноразово та щодо невизначеного кола осіб і який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, незалежно від того, чи вважається цей документ відповідно до закону, що регулює відносини у певній сфері,

²⁸ Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06.1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. – Ст. 107. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

²⁹ Про Кабінет Міністрів України [Електронний ресурс] : Закон України від 27.02.2014 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 25.03.2017. – Ст. 149. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/794-18/page2>. – Назва з екрана.

нормативно-правовим актом»³⁰.

Отже, акти Кабінету Міністрів нормативного характеру видаються у формі постанов, а акти з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань видаються у формі розпоряджень, а також у формі регуляторних актів. На практиці можливе виникнення певних труднощів у визначенні того, чи один і той самий акт є нормативно-правовим або індивідуально-правовим. Наприклад, постанова Кабінету Міністрів України щодо деяких питань стипендіального забезпечення № 1050 від 28.12. 2016 р. (остання редакція від 02 лютого 2017 р.) є нормативно-правовим актом, а постанова щодо питання формування наглядової ради публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України» № 232 від 29.03.2017 (остання редакція від 28 квітня 2017 р.) є індивідуально-правовим актом.

4. Місцеві органи виконавчої влади виступають особливим суб'єктом правотворчості. Така особливість пояснюється тим, що цілі та принципи правотворчості місцевих адміністрацій є похідними від цілей та принципів вищих органів влади держави, додержання яких є обов'язковою передумовою високої якості нормативних правових актів, їх повноти та узгодженості.

Організація, повноваження та порядок діяльності місцевих державних адміністрацій визначено Законом України «Про місцеві державні адміністрації», в статі 3 якого закріплені принципи діяльності місцевих державних адміністрацій, серед яких – поєднання державних і місцевих інтересів. «Неухильне дотримання принципів правотворчого процесу під час підготовки проекту акта держадміністрації призведе до видання якісного акта, що свідчатиме про ефективну роботу з його підготовки та видання»³¹.

Наприклад, у разі, коли проект розпорядження стосується розвитку конкретної адміністративно-територіальної одиниці або інтересів окремої територіальної громади, такий проект надсилається відповідному органу місцевого самоврядування для розгляду і внесення пропозицій.

³⁰ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності [Електронний ресурс] : Закон України від 11.09. 2003 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 26.11.2016. – Ст. 6. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>. – Назва з екрана.

³¹ Буряк Я. Я. Правотворчість місцевих державних адміністрацій / Я. Я. Буряк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 6. – С. 34.

Отже, правотворчість місцевих державних адміністрацій як один зі способів правотворчості представляє собою діяльність з розробки та встановлення правових норм в актах адміністрацій, яка має бути направлена на забезпечення інтересів держави та обов'язковість дотримання прав і свобод громадян на відповідній території.

Статтею 6 зазначеного Закону встановлено, що голова місцевої державної адміністрації в межах своїх повноважень видає розпорядження, які є обов'язковими для виконання на відповідній території всіма органами, підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами та громадянами, а керівники структурних підрозділів видають накази. Далі зазначається, що акти місцевих державних адміністрацій, які відповідно до закону є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»³².

Проведений вище аналіз положень зазначеного закону свідчить, що регуляторні акти – це своєрідна форма управлінського впливу з боку місцевих органів виконавчої влади на діяльність громадян і їх об'єднань на конкретній території, основним завданням якого є усунення адміністративних бар'єрів в усіх сферах людської життєдіяльності в результаті правотворчої діяльності.

Таким чином, виходить, що і розпорядження голови місцевої державної адміністрації, і накази керівників структурних підрозділів – це регуляторні акти. Загальновизнаним є той факт, що регуляторний акт є різновидом нормативно-правового акта, а значить регуляторний акт має всі ознаки нормативно-правового акта і такі, що вирізняють його з-поміж інших нормативно-правових актів. Дійсно, «особливістю регуляторних актів є те, що вони, на відміну від інших нормативно-правових актів, приймаються виключно на виконання та на підставі вимог Законів України: обов'язок прийняття регуляторних актів покладається на певний регуляторний орган з метою створення механізмів реалізації положень конкретних законів та забезпечення діяльності такого регуляторного

³² Про місцеві державні адміністрації[Електронний ресурс] : Закон України від 09.04.1999 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 16.04.2017. – Ст. 6. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>. – Назва з екрана.

органу»³³.

Цікаво, що проектом Закону України «Про нормативно-правові акти» передбачено, що до системи підзаконних нормативно-правових актів відноситься тільки розпорядження голів місцевих державних адміністрацій, а питання з наказом керівника структурного підрозділу залишається відкритим.

Типовим Положенням про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади передбачено, що відповідні територіальні органи в межах повноважень видають накази організаційно-розпорядчого характеру³⁴.

З Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади вбачається, що накази територіальних органів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади нормативного характеру³⁵. Тобто накази місцевих державних адміністрацій можуть бути і нормативного, і ненормативного характеру³⁶.

З аналізу статті 41 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» виходить, що і розпорядження голів місцевих адміністрацій можуть бути як нормативного, так і ненормативного характеру. Приклади нормативних актів:

а) Розпорядження Одеської обласної державної адміністрації «Про організацію проведення в області зовнішнього незалежного оцінювання результатів навчання, здобутих на основі повної загальної середньої освіти для осіб, які виявили бажання вступати до вищих навчальних

³³ Борбунюк О. О. Регуляторні акти як різновид нормативно-правових актів / О. О. Борбунюк // Форум права. – 2013. – № 3. – С. 48.

³⁴ Типове положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів від 25.05.2011 р. № 563.із змінами, внесеними згідно з Постановами КМ : за станом на 17.12.2016. – П. 9. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/563-2011-%D0%BF>. – Назва з екрана.

³⁵ Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів № 731 від 28.12.1992 р. за станом на 06.08.2016. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF>. – Назва з екрана.

³⁶ Гетьман Є. А. [Електронний ресурс]: Підзаконні нормативно-правові акти органів виконавчої влади України та іноземних держав: порівняльна характеристика / Є. А. Гетьман // Теорія і практика правознавства. – 2016. – Вип. 1. – С. 4. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2016_1_19. – Назва з екрана.

закладів України у 2015 році» від 30.03.2015 № 160/А-2015; «Про організацію підвищення кваліфікації державних службовців обласної та районних державних адміністрацій у 2017 році» від 01.06. 2017 № 429/А-2017; «Про підготовку закладів освіти області до початку 2013-2014 навчального року» від 04.06.2013 № 528/А- 2013;

б) Накази Департаменту освіти і науки Одеської обласної державної адміністрації: «Про затвердження Умов проведення II етапу Всеукраїнського конкурсу-захисту науково-дослідницьких робіт учнів-членів Малої академії наук України» від 01.02.2016 № 16/ОД; «Про затвердження плану спільних заходів з правової освіти учнівської та студентської молоді на 2014-2015 навчальний рік» від 18.09.2014 № 264/ОД/389/03-06.

Приклади ненормативних актів:

а) Розпорядження Одеської обласної державної адміністрації «Про надання згоди товариству з обмеженою відповідальністю «Сільгоспремтехніка» на відновлення меж земельної ділянки» від 30.05.2017 № 427/А-2017;

б) Наказ Департаменту освіти і науки Одеської обласної державної адміністрації «Про утворення робочої групи з питань розробки комплексної програми «Освіта Одещини» на 2015-2020 роки» від 23.06.2014 № 219/ОД.

5. Органи місцевого самоврядування займають важливе місце в системі суб'єктів правотворчої діяльності, а місцеві нормативно-правові акти знаходяться в ряду перших за оперативним реагуванням на потреби населення, забезпечення юридичного захисту громадян, зміцнення законності та правопорядку на території відповідної громади.

Правотворчість органів місцевого самоврядування – це форма діяльності уповноважених суб'єктів місцевого самоврядування по створенню нових, зміні або скасуванню діючих правових норм.

Законом України «Про місцеве самоврядування» встановлені вимоги до актів органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Зокрема зазначено, що «рада приймає нормативні та інші акти у формі рішень»³⁷ і далі викладені вимоги до процедури прийняття, правила

³⁷ Про місцеве самоврядування в Україні [Електронний ресурс] : Закон України від 21.05. 1997 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 19.03.2017. – Ст. 59. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

оприлюднення тощо. При цьому Конституційним Судом надано офіційне тлумачення положень частини першої статті 59 Закону, за яким «органи місцевого самоврядування, вирішуючи питання місцевого значення, представляючи спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, приймають нормативні та ненормативні акти. До нормативних належать акти, які встановлюють, змінюють чи припиняють норми права, мають локальний характер, розраховані на широке коло осіб та застосовуються неодноразово, а ненормативні акти передбачають конкретні приписи, звернені до окремого суб'єкта чи юридичної особи, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію»³⁸.

Тобто органи місцевого самоврядування в процесі здійснення своїх повноважень виступають суб'єктом правотворчості, приймаючи нормативні акти та суб'єктом реалізації права в особливій її формі – правозастосуванні, приймаючи ненормативні (правозастосовчі) акти.

Як суб'єкт правотворчості орган місцевого самоврядування має право формування приписів, їх зміну, доповнення чи скасування і законодавцем закріплюється таке право за даним органом. Проте недопустимим є одночасне існування однопредметних нормативних правових актів однакової сили і в новому акті має бути пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. В Рішенні Конституційного суду зазначено, що «загальноновизнаним є й те, що з прийняттям нового акта, якщо інше не визначено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше».

Наведемо приклади нормативних актів: а) Розпорядження Одеського міського голови «Про організацію відпочинку та оздоровлення дітей і підлітків під час літніх канікул у 2017 році» від 24.05.2017 р. № 442; б) Рішення Одеської міської ради «Про внесення змін до рішення Одеської міської ради від 07.12.2016 року № 1436-VII Про надання пільг зі сплати збору за місця для паркування транспортних засобів на спеціально відведених автостоянках на 2017 рік» від 26.04.2017 р. № 1986-VII.

Ненормативні акти: а) Рішення Одеської міської ради «Про встановлення розміру орендної плати» від 26.04.2017 р. № 1984-VII;

³⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 16.04.2009 № 7-рп/2009: за станом на 16.04.2009. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09>. – Назва з екрана.

б) Розпорядження Одеського міського голови «Про нагородження Почесною відзнакою Одеського міського голови «Трудовая слава» від 25.05.2017р. № 463; в) Розпорядження Одеського міського голови «Про надання допомоги на придбання будівельних матеріалів для проведення ремонту будинку багатодітної сім'ї Александрової Л. М.» від 24.05.2017 р. № 449.

Статтею 74 Закону України «Про місцеве самоврядування» встановлено, що органи та посадові особи місцевого самоврядування несуть відповідальність за свою діяльність перед територіальною громадою, державою, юридичними і фізичними особами. Це означає, що органи місцевого самоврядування не можуть скасовувати рішення або вносити до них зміни, якщо виникли певні заперечення з боку суб'єктів правовідносин, пов'язані з реалізацією їх певних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, що є «гарантією стабільності суспільних відносин між органами місцевого самоврядування і громадянами, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього рішення»³⁹.

Але рішення органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з мотивів невідповідності Конституції або законам України визнаються незаконними виключно в судовому порядку.

Щодо ненормативних правових актів органу місцевого самоврядування, то Конституційним судом зазначено, що вони є «актами одноразового застосування, вичерпують свою дію фактом їхнього виконання, тому вони не можуть бути скасовані чи змінені органом місцевого самоврядування після їх виконання»⁴⁰.

Аналіз змісту чинного законодавства України відносно меж повноважень щодо видання нормативно-правових актів, дозволяє нам висловити думку, що Верховна Рада, Президент, Кабінет Міністрів, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування реалізують правотворчі повноваження, які пов'язані із правозастосовчою діяльністю. І наразі, неможливо уникнути проблемного питання щодо розмежування нормативно-правових актів та актів застосування правових

³⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 16.04.2009 № 7-рп/2009: за станом на 16.04.2009. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09>. – Назва з екрана.

⁴⁰ Див. там само.

норм. Останні представляють собою «формально-обов'язкове правило поведінки, яке має державно-владний індивідуальний характер і спрямоване на конкретизацію правового регулювання правовідносин конкретних суб'єктів у певній об'єктивно існуючій життєвій ситуації»⁴¹.

Нормативно-правові акти та акти застосування правових норм схожі за юридичною формою і назвою: постанови, укази, розпорядження, рішення, накази, ухвали, протести, подання, висновки, вирок тощо. Правозастосування, як особлива форма реалізації права, «має державно-владний організуючий характер компетентних державних органів й уповноважених державою осіб і спрямована на зміну, припинення або виникнення правових відносин шляхом видання індивідуальних актів застосування правових норм в певних формах, а також на конкретизацію правового регулювання і охорону суспільних відносин»⁴².

Як пише Є. Гетьман, проблема визначення обсягу та меж повноважень щодо видання нормативно-правових актів «частково реалізована в законодавстві, але має дуже «розкиданий» характер», наприклад в Законах України «Про Регламент Верховної Ради України», «Про місцеві державні адміністрації», «Про Кабінет Міністрів України» тощо. Далі автором звернуто увагу, на те, що «доки не буде прийнято єдиного нормативно-правового акта – Закону України «Про нормативно-правові акти», який консолідує в собі норми щодо визначення компетенції, меж та видів нормативно-правових актів, які можуть прийматися певними державними органами взагалі та органами виконавчої влади зокрема, зазначене питання ми вважаємо невирішеним та проблемним, що може призводити до порушень законності при реалізації нормотворчої діяльності уповноваженими суб'єктами»⁴³.

В Україні вже декілька років предметом гострих дискусій є проект Закону «Про нормативно-правові акти». В преамбулі зазначено, що «цей Закон регулює суспільні відносини, пов'язані з розробленням нормативно-правових актів, їх прийняттям, набранням ними чинності, державною реєстрацією та обліком, визначає систему, види, ієрархію нормативно-

⁴¹ Донченко О. І. Особливості правозастосування як форми реалізації норм права / О. І. Донченко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція. – 2014. – Вип. 11(1). – С. 41.

⁴² Там само. – С. 42.

⁴³ Гетьман Є. Підзаконний нормативно-правовий акт: поняття, ознаки, функції, види / Є. Гетьман // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 2. – С. 95.

правових актів та встановлює єдині вимоги до нормопроектувальної техніки для всіх суб'єктів нормотворення»⁴⁴.

До речі, в статті 2 проекту Закону зазначено, «якщо у тексті правового акта одночасно містяться норми права та індивідуально-правозастосовні норми, він вважається нормативно-правовим».

Деякі автори підтримують доцільність прийняття такого закону, яким має бути врегульовано багато питань стосовно нормативно-правових актів. Так, Є. А. Гетьман проводить детальний аналіз норм цього проекту і робить чіткі й обґрунтовані пропозиції по десяти пунктах, з вказівкою на конкретні статті, в які доцільно внести зміни і доповнення, тобто він є прихильником прийняття цього Закону. Автор пише, що «разом з тим, ми вважаємо доцільним прийняття одного Закону України «Про правотворчу діяльність та нормативно-правові акти», лише таким чином в одному нормативно-правовому акті будуть об'єднані і норми матеріального (стосовно нормативно-правових актів, їх видів, системи, структури, уповноважених органів тощо), і норми процесуального (діяльність уповноважених органів щодо створення нормативно-правових актів, порядок їх створення залежно від органу та виду нормативно-правового акта) права»⁴⁵.

У той же час в наукових колах зустрічаємо і критичні висловлювання. В науковій статті А. М. Мирошниченка «Чи потрібен Закон України «Про нормативно-правові акти?»» доведено, що законодавче врегулювання більшості загальних питань системи нормативно-правових актів є не просто непотрібним, а може завдати істотної шкоди, і тому прийняття такого Закону, саме як закону «про систему нормативно-правових актів», слід визнати недоцільним. Закон не повинен визначати ні ієрархії нормативно-правових актів (вже зазначено Конституцією), ні універсального нормотворчого процесу, ні правил правозастосування.

Далі автором пропонується – «натомість, на виконання вимог Конституції України слід розробити та ухвалити закон або кілька законів із окремих питань, що стосуються нормативно-правових актів: про порядок доведення законів та інших нормативно-правових актів до відома

⁴⁴ Про нормативно-правові акти [Електронний ресурс] : проект Закону України 7409 від 01.12.2010. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39123. – Назва з екрана.

⁴⁵ Гетьман Є. А. Проект Закону України «про нормативно-правові акти»: пропозиції щодо удосконалення / Є. А. Гетьман // Південноукраїнський правничий часопис. – 2014. – № 1. – С. 11.

населення (прийняття такого закону вимагається ст. 57 Конституції), про порядок реєстрації нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади (ст. 117 Конституції)»⁴⁶.

6. Громадяни виступають суб'єктом правотворчості безпосередньо в процесі референдуму, основні засади якого зазначені в розділі III Основного Закону.

Принципи, процедура підготовки, організація та порядок проведення всеукраїнського референдуму визначаються Законом України «Про всеукраїнський референдум», а розділом X Закону передбачені правові наслідки всеукраїнського референдуму. Так, ст. 95 даного закону передбачено, що «результати народного волевиявлення на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою є остаточними та не потребують затвердження або схвалення будь-якими органами державної влади і є обов'язковими для виконання громадянами України, органами державної влади України, яких воно стосується та до повноважень яких віднесено»⁴⁷.

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України, звичайна процедура підписання і оприлюднення законів не застосовується до законів, прийнятих референдумом, а також «рішення всеукраїнського референдуму щодо прийняття законів є остаточним і не потребує будь-якого затвердження, в тому числі Верховною Радою України»⁴⁸.

Результатом всеукраїнського референдуму може бути нова редакція Конституції України, Закон України чи окремі положення закону, рішення щодо їх скасування (втрати чинності чи визнання нечинним), а правозастосовні акти шляхом референдуму не приймаються.

Нова редакція Конституції України і Закон України набирають чинності з дня оголошення Центральною виборчою комісією результатів всеукраїнського референдуму, а рішення щодо скасування окремих

⁴⁶ Мірошніченко А. М. Чи потрібен Закон України «Про нормативно-правові акти»? / А. М. Мірошніченко, Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 370.

⁴⁷ Про всеукраїнський референдум [Електронний ресурс] : Закон України від 06.11.2012 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 09.12.2015. – Ст. 95. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5475-17>. – Назва з екрана.

⁴⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 16.04.2008 № 6 – рп / 2008: за станом на 16.04.2008. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-08/paran54#n54>. – Назва з екрана.

положень закону (втрати чинності чи визнання нечинним), схвалене на всеукраїнському референдумі, втрачають дію також з дня оголошення Центральною виборчою комісією відповідних результатів всеукраїнського референдуму. І при цьому Центральна виборча комісія протягом п'яти днів після оголошення результатів референдуму оприлюднює в газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр» акт, схвалений (затверджений) всеукраїнським референдумом.

Загальні засади оскарження рішень, дій чи бездіяльності, що стосуються процесу референдуму встановлені Законами України «Про всеукраїнський референдум», «Про Центральну виборчу комісію», Кодексом адміністративного судочинства в Україні і стосуються виключно рішень, дій чи бездіяльності членів комісії референдуму, ініціативної групи референдуму, інших суб'єктів ініціювання референдуму та офіційних спостерігачів. При цьому, результати референдуму, тобто рішення народу не оскаржуються і є остаточними, проте Законом України «Про всеукраїнський референдум» встановлено, що «Президент України, Центральна виборча комісія зобов'язані здійснювати перевірку щодо відповідності Конституції України, законам України питань, які пропонується винести на всеукраїнський референдум, зокрема, за народною ініціативою»⁴⁹.

Центральна виборча комісія має право відмовити в реєстрації ініціативної групи з проведення всеукраїнського референдуму, якщо питання, які виносяться на референдум сформульовані нечітко або за змістом можливі різні тлумачення.

Крім того, Законом України «Про Центральну виборчу комісію» передбачено, що Центральна виборча комісія організовує підготовку і проведення всеукраїнського референдуму, а також може за власною ініціативою прийняти рішення стосовно надання комісіям з референдумів роз'яснень і рекомендацій щодо застосування законодавства України про референдуми⁵⁰.

Усе вище зазначене свідчить, що на законодавчому рівні питання стосовно контролю та нагляду щодо дотримання процедурних правил,

⁴⁹ Про всеукраїнський референдум [Електронний ресурс] : Закон України від 06.11.2012 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 09.12.2015. – Ст. 22. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5475-17>. – Назва з екрана.

⁵⁰ Про Центральну виборчу комісію [Електронний ресурс] : Закон України від 30.06.2004 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 19.04.2014. – Ст. 16. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1932-15/page>. – Назва з екрана.

належного змісту і форми питань, які виносяться на референдум, а також законів, прийнятих на всеукраїнському референдумі більш менш врегульовано, проте виникають інші питання, що потребують уваги.

По-перше, наскільки реальною є можливість громадян приймати участь у виробленні нових норм права, адже в Україні референдум проводився двічі – у 1991 та у 2000 роках і конституційне право громадян ініціювати всеукраїнський референдум жодного разу так й не було реалізовано, хоча спроби мали місце. До речі кажучи, другий референдум «є досить неоднозначним, оскільки прийняті рішення не були реалізованими, а з часом втратили своє значення для національного державотворення і правотворення»⁵¹.

По-друге, враховуючи рівень правосвідомості, а також політичну, демократичну і правову культуру громадян, виникає питання щодо доцільності його проведення, адже питання про утворення двопалатного парламенту, його переваги та недоліки мають бути вирішені фахівцям та навряд чи цікаві для пересічного громадянина. Це дає можливість використовувати референдум певним політичним силам у своїх цілях шляхом «правильної» постановки питання, нерідко навмисне заплутуючи населення. І в такому разі можемо бачити, як референдум перетворюється на засіб політичного маніпулювання і досягнення правлячими колами своїх цілей.

Іншими словами, в даному контексті пряма правотворчість не здатна сприяти розвитку інститутам представницької демократії, а навпаки їх послаблює, передаючи право приймати рішення некомпетентним громадянам, що істотно впливає на результати безпосередньої правотворчості.

Серед причин нереалізованості правотворчого потенціалу всеукраїнського референдуму можна назвати такі як: відсутність демократичних традицій щодо проведення референдумів в Україні, складність політичних і конституційних процесів в Україні, недостатність теоретико-методологічного обґрунтування тощо. Та все ж таки всі ці перешкоди не вбачаються не вирішуваними за реальних політичних, економічних, соціальних, ідеологічних та правових умов.

«Велике значення для ефективності референдумів також має суворе встановлення і законодавче закріплення їх статусу, процедури їх

⁵¹ Москалюк О. В. Переваги та недоліки інституту референдуму / О. В. Москалюк, А. О. Маркова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. – 2015. – Вип. 30(1). – С. 82.

проведення та порядку підбиття підсумків, місця і ролі в системі конституційного та поточного законодавства прийнятих шляхом референдумів нормативно-правових актів»⁵².

Потребують вирішення на державному рівні питання розвитку правосвідомості населення та подолання правового нігілізму.»Не менш важливим є вдосконалення роботи інституту референдуму в нашій державі шляхом масового інформування населення щодо особливостей та суті його функціонування, етапів ініціювання та підготовки, які передбачені законодавством. Статті, програми, конференції та круглі столи, опитування громадян, друкована роз'яснювальна продукція можуть підняти рівень правової свідомості населення»⁵³.

Як зазначено Лавриновичем О. В. «не менш відповідальною є й місія, яка покладається в цьому сенсі на вітчизняну юридичну науку та правознавців, котрі мають здійснювати комплексне наукове забезпечення правотворчої та правозастосовної діяльності у сфері безпосередньої реалізації народного суверенітету шляхом ініціювання та проведення всеукраїнського референдуму»⁵⁴.

Отже, важливим є встановлення того ступеня і тієї міри, відповідно до яких пряма правотворчість може бути розглянута як ефективна форма участі громадян у процесі прийняття нових або скасування діючих норм права, що ускладнюється прийняттям важливих політичних рішень. Адже мова йде не просто про прояв безпосередньої демократії, а про прийняття нормативних правових актів, які розраховані на широке коло осіб та постійну і багаторазову дію.

7. Питанням судової правотворчості приділяється багато уваги, при цьому в різних контекстах та з позицій різних галузей права. Досліджуються сутність судового прецеденту, правова природа судової правотворчості та умови, за яких вона може здійснюватися в Україні, можливості визнання судової практики джерелом права України, ознаки нормативності актів судової влади тощо. Ці питання розглядаються в

⁵² Москалюк О. В. Переваги та недоліки інституту референдуму / О. В. Москалюк, А. О. Маркова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. – 2015. – Вип. 30(1). – С.84.

⁵³ Ільницький М. С. Референдум як форма безпосередньої демократії в Україні / М. С. Ільницький // Форум права. – 2016. – № 3. – С.105.

⁵⁴ Лавринович О. В. Всеукраїнський референдум 1 грудня 1991 року: досвід визначальних рішень вітчизняного державотворення / О. В. Лавринович // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 12. – С.10.

наукових працях таких українських вчених, як О. Дашковська, О. С. Кізлова, Д. В. Липський, В. П. Кононенко, В. І. Завидняк, І. М. Погрібний, І. Г. Бовсуновська та багатьох інших.

Деякі автори, виходячи зі статусу прийнятих нормативно-правових актів, серед видів правотворчості, поряд із законотворчістю та підзаконною правотворчістю виділяють і судову правотворчість, яку пропонують визнати і узаконити. Інші науковці вважають, що судова практика має відігравати допоміжну роль в належному застосуванні і реалізації законів, а не створювати нову норму права.

Для вирішення цієї дилеми слід згадати зазначений в Конституції України принцип поділу влади. Так, «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України»⁵⁵. Із цього принципу випливає, що суд і правотворчість є несумісними.

І. Г. Бовсуновська зазначає, що «судова правотворчість є допустимою в рамках основної функції судових органів при здійсненні правосуддя і являє собою створення, удосконалення (зміну), скасування судовими органами норм права у встановлених офіційно визнаних формах. Специфіка судової правотворчості в порівнянні з правотворчістю інших державних органів полягає у тому, що вона відбувається в процесі здійснення судовими органами своєї основної функції з відправлення правосуддя: вирішення конкретних юридичних справ; конституційного контролю; захисту прав громадян в їх взаємовідносинах з органами виконавчої влади; встановлення юридично значимих фактів і станів»⁵⁶.

Д. В. Липський, досліджуючи судову правотворчість в адміністративному судочинстві України зазначає, що судова правотворчість безпосередньо впливає на стан дотримання принципу єдності практики, а судова правотворчість Вищого адміністративного суду України, серед іншого, сприятиме вирішенню проблеми оціночних понять в адміністративному судочинстві шляхом вироблення критеріїв оптимального

⁵⁵ Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06. 1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. – Ст. 6. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

⁵⁶ Бовсуновська І. Г. Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості / І. Г. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 105.

співвідношення формального й оціночного аспектів в адміністративному процесуальному законодавстві⁵⁷. Далі автор звертає увагу на те, що здебільшого, у нормативно-правових актах судової влади містяться норми права, які є не результатом вирішення конкретної справи, а наслідком цілеспрямованої правотворчої діяльності вищих судових органів. Формулювання цих норм здійснюється або на підставі узагальнення практики вирішення певної категорії спорів, або вони являють собою процесуальні правила розгляду спорів. Отже, визначення судової правотворчості в адміністративному судочинстві є процес здійснення адміністративними судами правозастосовчої та правотворчої діяльності на виконання завдань правосуддя⁵⁸.

Кононенко В. П. в роботі «Правотворчість судової практики» погоджується з думкою, що правотворча компетенція судової практики конкретизує в процесі тлумачення юридичні норми і суд не може створювати самостійні правові норми: при вирішенні конкретних юридичних справ він повинний звернутися до закону, що регулює подібні випадки, чи керуватися цілями і принципами діючого законодавства⁵⁹.

Автором звернуто увагу на те, що хоча діяльність суду і має ознаки правотворчості, він фактично тлумачить чинне на момент розгляду справи законодавство, керуючись загальними принципами права.

О. Дашковська у дослідженні правової природи судового прецеденту та судової практики дійшла висновків, що «завдяки судовим прецедентам і судовій практиці відбувається не тільки індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Завдання судової влади полягає у здатності вирішити правовий конфлікт і у разі відсутності відповідної норми закону надати захист тим правам людини, які не дістали позитивного закріплення, врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права – загальнообов'язкових правил поведінки, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою»⁶⁰.

⁵⁷ Ліпський Д. В. Судова правотворчість в адміністративному судочинстві України / Д. В. Ліпський // Наше право. – 2013. – № 11. – С. 39.

⁵⁸ Див. там само. – С. 40.

⁵⁹ Кононенко В. П. Правотворчість судової практики / В. П. Кононенко // Публічне право. – 2014. – № 2. – С. 232.

⁶⁰ Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1(64). – С. 41.

Цікавих висновків дійшла автор наукової статті «Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості» І. Г. Бовсуновська. Так, провівши аналіз зазначеного питання у працях Є. П. Євграфової, В. Ф. Погорілко, В. П. Федоренко, Ю. М. Тодики, В. М. Шаповал, В. С. Нерсесянца, Б. С. Єбзєєва, автор ставить питання: що заважає офіційно визнати Конституційний Суд України суб'єктом правотворчості і не погоджується з тезою, що визнання правотворчої функції за судами порушує принцип розподілу влади. В роботі детально досліджується правова природа таких актів Конституційного Суду України, як рішення про конституційність законів, інших правових актів та акти тлумачення Конституції України, законів України. Автором звернуто увагу на те, що рішення про конституційність законів цілком відповідають вимогам і основним характерним ознакам нормативно-правових актів, а акти тлумачення не містять в собі правову норму і дають лише офіційне тлумачення вже діючих норм.

Отже, «можемо зазначити, що на сьогоднішній день КСУ фактично бере участь в правоутворенні і частково – в правотворчості. Природа правових актів КСУ має неоднозначний характер, що проявляється у схожості з нормативно-правовим актом, актом тлумачення і судовим прецедентом. Участь в правотворчому процесі здійснюється шляхом прийняття КСУ рішень про визнання неконституційними актів, оскільки саме ці рішення за своїми ознаками відповідають вимогам нормативно-правових актів, що є джерелами права в Україні. КСУ бере участь тільки в «негативній правотворчості», так як не створює нових норм права, а лише повністю або частково їх скасовує. Ухвалюючи вказані рішення, КСУ бере участь в правотворчості, однак офіційно такі рішення джерелами права не визнаються. Маючи ознаки нормативно-правового акта, рішення КСУ мають повне право посісти місце в ієрархії джерел права між Конституцією України і законами, оскільки нормативний акт може бути скасований або змінений актом рівної або більшої юридичної сили»⁶¹.

І. В. Борщевський дослідивши ознаки нормативності актів судової влади і можливості віднесення практики Конституційного Суду України, Верховного Суду України та Європейського Суду з прав людини до джерел права України дійшов висновків, що «до системи джерел права

⁶¹ Бовсуновська І. Г. Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості / І. Г. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 107.

України слід включити судову практику, яка стає джерелом права у випадку, коли в нормативно-правових актах містяться прогалини, їх текстуальне викладення є неоднозначним, суперечливим та породжує проблеми під час правозастосування»⁶².

Цікавим є питання щодо інтерпретаційної форми правотворчої діяльності, яка на думку С. М. Мельничука, представляє собою «нормативно визначений перебіг правової діяльності Конституційного Суду України, правову діяльність повноважного суб'єкта шляхом перетворення, призупинення дії і скасування правових норм в чіткій процесуально-процедурній формі об'єктивованій у формі нормативного акта з метою регулювання суспільних відносин, ефективного здійснення функцій держави»⁶³. Результатом інтерпретаційної форми правотворчої діяльності виступає інтерпретаційний акт, як джерело права. Проте, це питання потребує окремої уваги та глибокого дослідження.

Підсумовуючи міркування щодо співвідношення правотворчості та правозастосування в діяльності судових органів, а також питання про можливість офіційного визнання судової практики джерелом національного права, звертаємо увагу на головний аргумент сторони-противника ідеї визнання судової практики джерелом вітчизняного права – суд при розгляді на предмет відповідності Конституції і законам інших нормативних актів не творить право, а дає правову оцінку нормативним актам і втрата таким актом юридичної сили не є результатом правотворчої діяльності суду.

З іншого боку, багато авторів вважають, що у разі визнання Конституційним Судом України неконституційними закони, інші правові акти чи їх окремі положення, останні втрачають силу, тобто конкретна норма права припиняє свою дію, що свідчить про наділення судової влади повноваженнями «негативних правотворців».

Зокрема, В. П. Тихий стверджує, що Рішення Конституційного Суду, за яким закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення визнаються неконституційними мають силу нормативно-правового акта. Отже, «визнаючи той чи інший нормативно-правовий акт неконституційним і тим самим скасовуючи його, Конституційний Суд

⁶² Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні / І. В. Борщевський // Наука і правоохорона. – 2014. – №2(24). – С. 76.

⁶³ Мельничук С. М. Особливості інтерпретаційної форми правотворчої діяльності / С. М. Мельничук // Юридична наука. – 2015. – № 11. – С. 48.

виконує функцію негативного правотворця»⁶⁴. Автор обґрунтовуючи свою думку пише, що рішення Конституційного Суду фактично створюють нові правові норми, розповсюджуються на всіх суб'єктів права і породжують нові права і обов'язки, позбавляють закон чи інший правовий акт обов'язкової сили, але юридична сила рішення Конституційного Суду не може бути прирівняна до юридичної сили звичайних законів, оскільки для перегляду положень цього рішення необхідне внесення змін до Конституції⁶⁵.

У будь-якому разі, така наукова дискусія триває і у майбутньому сприяє збільшенню кількісного суб'єктного складу правотворчості.

Таким чином проведений аналіз діючого законодавства щодо реалізації принципу законності в правотворчій діяльності, повноважень видання нормативно-правових актів, їх співвідношення з актами правозастосування, а також вивчення наукових позицій і досліджень різних авторів дозволяє зробити певні висновки та узагальнення.

1. Правотворчість представляє собою одночасно і діяльність, і явище, і процес, напряду пов'язані з формою і типом держави, механізмом реалізації її функцій, особливостями системи права, рівнем правової свідомості та правової культури суб'єктів права тощо. Це передбачає і певний динамізм принципів, притаманних правотворчій діяльності її суб'єктів, серед яких найважливіше значення має принцип законності.

Принцип законності, на основі якого має здійснюватися правотворча діяльність всіма її суб'єктами, передбачає вимоги щодо дотримання певної процедури прийняття нормативно-правових актів, адекватного відображення в їх змісті загальнолюдських цінностей та правових ідеалів, належної відповідності вже існуючим актам, набрання чинності і дію. Звернуто увагу, що ключовим є система гарантій законності з боку держави, тобто створення відповідних механізмів забезпечення та реалізації принципу законності.

2. В аспекті нашого дослідження вихідними є положення про те, що основними засобами забезпечення законності є контроль та нагляд з боку держави. Значну роль в системі гарантій додержання вимог законності

⁶⁴ Тихий В. П. Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України / В. П. Тихий // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3. – С. 13.

⁶⁵ Див. там само.

у сфері правотворчості відіграють: Міністерство юстиції, Національне агентство з питань запобігання корупції, адміністративні суди України, Конституційний Суд України.

3. Суб'єкти правотворчої діяльності в межах, передбачених законом здійснюють не тільки правотворчі повноваження, а й повноваження правозастосовного характеру, результатом якої є видання іншого за змістом акту – правозастосовного акту і, таким чином, виступають вже суб'єктами правозастосування. При цьому ці акти однакові за юридичною формою, тобто можуть мати однакову назву, але відрізняються за структурою та змістом. Така особливість створює перешкоди в реалізації механізму державного контролю та нагляду за дотриманням вище розглянутих вимог принципу законності в правотворчій діяльності всіх її суб'єктів.

4. У чинному законодавстві має бути сформований вичерпний перелік видів нормативно-правових актів, що належать до правотворчої компетенції державного органу та відображають специфіку його діяльності. Вкрай необхідним і важливим є прийняття єдиного законодавчого акта про нормативно-правові акти, який може стати надійним фундаментом для формування системи якісного законодавства України.

5. Стосовно особливостей прямої правотворчості та потенціалу народу, як суб'єкта правотворчої діяльності, доцільно вести мову про належні заходи щодо підвищення її ефективності з боку держави і громадськості.

6. Питання щодо судової правотворчості потребує більш глибокого і всебічного вивчення, проте представляється можливим наділення судової влади повноваженнями «негативних правотворців» і в майбутньому доповнення переліку суб'єктів правотворчості Конституційним Судом.

Список використаних джерел

1. Берназюк Я. О. Правотворчість Президента України крізь призму особливостей деяких видів його актів / Я. О. Берназюк // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2013. – Вип. 59. – С. 71-78.

2. Бовсуновська І. Г. Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості / І. Г. Бовсуновська // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 104-108.

3. Борбунюк О. О. Регуляторні акти як різновид нормативно-правових актів / О. О. Борбунюк // Форум права. – 2013. – № 3. – С. 46-52.
4. Борщевський І.В. Судова практика як джерело права в Україні / І.В.Борщевський // Наука і правоохорона. – 2014. – №2(24). – С. 71-77.
5. Буряк Я. Я. Правотворчість місцевих державних адміністрацій / Я. Я. Буряк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 6. – С. 31-38.
6. Гетьман Є. А. Принцип верховенства права у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади / Є. А. Гетьман // Проблеми законності. – 2016. – Вип. 134. – С. 61-69.
7. Гетьман Є. А. [Електронний ресурс]: Підзаконні нормативно-правові акти органів виконавчої влади України та іноземних держав: порівняльна характеристика / Є. А. Гетьман // Теорія і практика правознавства. – 2016. – Вип. 1. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2016_1_19. – Назва з екрана.
8. Гетьман Є. А. Проект Закону України «про нормативно-правові акти»: пропозиції щодо удосконалення / Є. А. Гетьман // Південно-український правничий часопис. – 2014. – № 1. – С. 9-11.
9. Гетьман Є. Підзаконний нормативно-правовий акт: поняття, ознаки, функції, види / Є. Гетьман // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 2. – С. 92-100.
10. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1(64). – С. 34-41.
11. Донченко О.І. Принципи законності у діяльності місцевого самоврядування / О. І. Донченко // Visegrad journal on human rights. – 2016 р. – № 2/2. – С. 72-75.
12. Донченко О. І. Особливості правозастосування як форми реалізації норм права / О. І. Донченко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція. – 2014. – Вип. 11(1). – С. 40-42.
13. Ільницький М. С. Референдум як форма безпосередньої демократії в Україні / М. С. Ільницький // Форум права. – 2016. – № 3. – С. 103-105.
14. Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс]: Закон України від 06.07.2005 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Режим

доступу:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page2>. – Назва з екрана.

15. Кононенко В. П. Правотворчість судової практики / В. П. Кононенко // Публічне право. – 2014. – № 2. – С. 226-233.

16. Конституція України [Електронний ресурс] : Закон України від 28.06. 1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.09.2016. –

Режимдоступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

17. Лавринович О. В. Всеукраїнський референдум 1 грудня 1991 року: досвід визначальних рішень вітчизняного державотворення / О. В. Лавринович // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 12. – С. 5-10.

18. Ліпський Д. В. Судова правотворчість в адміністративному судочинстві України / Д. В. Ліпський // Наше право. – 2013. – № 11. – С. 36-40.

19. Мельничук С. М. Особливості інтерпретаційної форми правотворчої діяльності / С. М. Мельничук // Юридична наука. – 2015. – № 11. – С. 43-49.

20. Мінченко О. В. Теоретико-методологічні аспекти праворозуміння законності / О. В. Мінченко // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2012. – № 1. – С. 23-26.

21. Мірошніченко А. М. Чи потрібен Закон України «Про нормативно-правові акти ?» / А. М. Мірошніченко, Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 362-372.

22. Москалюк О. В. Переваги та недоліки інституту референдуму / О. В. Москалюк, А. О. Маркова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. – 2015. – Вип. 30(1). – С. 81-84.

23. Оніщенко Н. Принцип законності: природа та сутність в умовах демократичних змін / Н. Оніщенко // Віче. – 2012. – № 12. – С. 2-4.

24. Плавич В. П. Феномен нормотворчості та його співвідношення із суміжними категоріями: правотворчість, законотворчість, правотворчий та законотворчий процеси / В. П. Плавич // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2013. – Вип. 62. – С. 11-16.

25. Про всеукраїнський референдум[Електронний ресурс] : Закон України від 06.11. 2012 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за

станом на 09.12.2015. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5475-17>. – Назва з екрана.

26. Про запобігання корупції [Електронний ресурс]: Закон України від 14.10. 2014 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 30.03.2017. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>. – Назва з екрана.

27. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності [Електронний ресурс]: Закон України від 11.09. 2003 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 26.11.2016. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>. – Назва з екрана.

28. Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів № 731 від 28.12.1992 р. за станом на 06.08.2016. – Режим доступу:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF>. – Назва з екрана.

29. Про Кабінет Міністрів України [Електронний ресурс] : Закон України від 27.02. 2014 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 25.03.2017. – Режим доступу:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/794-18/page2>. – Назва з екрана.

30. Про комітети Верховної Ради України [Електронний ресурс] : Закон України від 04.04.1995 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/116/95-%D0%B2%D1%80> . – Назва з екрана.

31. Про Конституційний Суд України [Електронний ресурс]: Закон України від 16.10. 1996 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 01.05.2016. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80/page>. – Назва з екрана.

32. Про місцеві державні адміністрації [Електронний ресурс]: Закон України від 09.04.1999 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 16.04.2017. – Режим доступу:<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/586-14>. – Назва з екрана.

33. Про місцеве самоврядування в Україні [Електронний ресурс] : Закон України від 21.05.1997 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 19.03.2017. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>. – Назва з екрана.

34. Про нормативно-правові акти [Електронний ресурс] : проект Закону України 7409 від 01.12.2010. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39123. – Назва з екрана.

35. Про Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України [Електронний ресурс]: Указ Президента України № 970 – 2006 від 15.11.2006 р. за станом на 15.04.2008. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/970/2006>. – Назва з екрана.

36. Про Регламент Верховної Ради України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.02. 2010 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 05.01.2017. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/page2>. – Назва з екрана.

37. Про Центральну виборчу комісію [Електронний ресурс]: Закон України від 30.06. 2004 р. із змін., внес. згідно із Законами України: за станом на 19.04.2014. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1932-15/page>. – Назва з екрана.

38. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 14.10.2003 № 16–рп/2003: за станом на 14.10.2003. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-03>. – Назва з екрана.

39. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 16.04.2009 № 7–рп/2009: за станом на 16.04.2009. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09>. – Назва з екрана.

40. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про [...] [Електронний ресурс] : Рішення від 16.04.2008 № 6 – рп / 2008: за станом на 16.04.2008. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-08/paran54#n54>. – Назва з екрана.

41. Типове положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів від 25.05.2011 р. № 563 із змінами, внесеними згідно з Постановами КМ : за станом на 17.12.2016. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/563-2011-%D0%BF>. – Назва з екрана.

42. Тихий В. П. Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України / В. П. Тихий // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3. – С. 5-18.

43. Шай Р. Я. Правопорядок і законність як ознаки правової держави / Р. Я. Шай // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 801. – С. 115-120.

РОЗДІЛ ІХ. ВПЛИВ ПРАВОСВІДОМОСТІ НА ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В КОНТЕКСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Побудова громадянського суспільства, демократичної, правової держави безпосередньо пов'язана із розвитком правової свідомості і правової культури. Саме ці категорії є соціальною гарантією дії верховенства закону в суспільстві. Правосвідомість і правова культура, високий рівень захищеності прав і свобод громадян завжди були системоутворюючим фактором правової демократичної держави.

У монографії ми доводимо, що правосвідомість і рівень правової культури громадян впливають на формування правової держави, та з'ясовуємо, як саме відбувається цей вплив. Ми виділяємо ознаки правової держави, які безпосередньо пов'язані із правосвідомістю та рівнем правової культури громадян. Визначаємо, чи можна за рахунок підвищення правосвідомості та правової культури населення поліпшувати та оптимізувати роботу органів державної влади. Досліджуємо німецький досвід лобювання законопроектів.

Об'єктами наукового дослідження виступають правосвідомість, правова культура та правова держава. Предметом – вплив правовідомості та правової культури на становлення правової держави.

Цю проблему досліджували такі вчені: В. В. Копейчиков, С. С. Алексєєв, В. В. Лазарєв, Є. В. Назаренко, Б. О. Кістяківський, Ю. М. Дмитрієнко, Л. В. Твердохліб, К. Т. Бельський, П. М. Рабінович, І. О. Ільїн, В. О. Тацій, Л. В. Петрова. Але, зважаючи на актуальність теми, ми вважаємо доцільним ще раз проаналізувати напрями впливу правосвідомості та правової культури на формування правової держави, визначити сучасний стан проблеми та її динаміку.

Ми дослідили, наскільки вагомим є вплив правової свідомості й правової культури на формування правової держави та як саме за рахунок їх підвищення можна оптимізувати роботу державних органів. Виділили соціально-змістовні й формальні ознаки правової держави, які залежать від рівня правосвідомості та правової культури населення.

Правова держава – це форма організації державної влади, за якої верховенство в усіх сферах життя належить закону. У правовій державі всі державні органи й громадяни однаковою мірою відповідальні перед

законом. Це держава, в якій юридичними засобами реально забезпечено максимальне здійснення, охорону і захист основних прав людини. Саме така держава є одним з найвизначніших загальнолюдських політико-юридичних ідеалів.

Правосвідомість – це сукупність суб'єктивних елементів правового регулювання: ідей, теорій, емоцій, почуттів та правових установок, за допомогою яких відображається правова дійсність, формується ставлення до права та юридичної практики¹.

Правова культура – це знання і розуміння права, виконання його вимог. Вона включає в себе правосвідомість.

Торкаючись питання ознак правової держави, назвемо лише ті з них, які безпосередньо стосуються рівня правосвідомості та правової культури громадян. По-перше, врегулювання відносин між особою і державою на основі загальнодозвольного принципу – особі дозволено все, що прямо не заборонено законом. Звичайно, що закон не регулює абсолютно всі ситуації, які можуть відбутися у житті громадян. Існують моменти, коли людина повинна сама обрати модель поведінки. І саме тут важливо те, який у неї рівень правосвідомості та правової культури.

Статистика свідчить, що особа утримується від скоєння злочину не тому, що знає, що його склад передбачений у кримінальному кодексі, а тому, що сама вважає це діяння недостойним, таким, що суперечить її моральним принципам. Виходячи з цього, можна стверджувати, що рівень злочинності в країні більшою мірою залежить від рівня правосвідомості та правової культури громадян, ніж від жорстокості покарання за злочинні діяння.

Доречно згадати цитату французького юриста Ж. Карбоньє: «Якщо людина володіє розвинутою правосвідомістю, то чи настільки їй потрібна інформація про закон. З такою правосвідомістю громадянин здатний сам зрозуміти, що є законним»².

По-друге, зазначимо таку ознаку правової держави, як наявність взаємної відповідальності між особою і державою. Ця ознака підкреслює, що ані держава, ані громадянин не можуть вчиняти безвідповідальні дії.

¹ Загальна теорія держави і права : [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / [Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В. та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 533.

² Карбоньє Ж. Юридическая социология / Карбоньє Ж. ; пер. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М. : Прогресс, 1986. – С. 145.

Кожне рішення повинно бути виваженим і розумним. Така ознака правової держави свідчить, що як правова культура впливає на процес державотворення, так само і діяльність державних органів формує правосвідомість населення. Центральні органи виконавчої влади повинні здійснювати відповідну частину державної влади на засадах розумності й справедливості. Однак, безумовно, визначальними чинниками застосування такого підходу у цій сфері суспільного життя є особиста правова культура всіх осіб, які складають апарат конкретно взятого центрального органу виконавчої влади, та чітке визначення на відповідному рівні меж його повноважень.

На формування правової свідомості й правової культури впливає увесь процес правотворчості, процес реалізації та застосування правових норм державними органами України, стан законності і правопорядку.

Провідну роль у цій діяльності відіграє законодавча влада. Уряд України, центральні та місцеві органи виконавчої влади повинні забезпечувати належне виконання рішень законодавчої влади. Таке виконання передбачає високий рівень правосвідомості осіб, які залучаються до нього. Їх діяльність має бути максимально спрямованою на забезпечення такого правопорядку в державі, за яким законопроекти готуються належно (на підставі відповідних науково-практичних результатів) і належно виконуються.

Щодо сучасного аспекту утвердження правової культури, то необхідність підвищення її рівня та рівня правосвідомості громадян України зумовлюється становленням нашої держави як демократичної та правової, а також формуванням засад громадянського суспільства. Ефективна реалізація зазначених факторів на сучасному етапі державотворення залежить від рівня їх законодавчого утвердження.

Ці фактори були покладені в основу прийняття Національної програми правової освіти населення, затвердженої Указом Президента України³, мета якої – підвищення рівня правової культури та вдосконалення правової освіти населення, набуття громадянами необхідного

³ Про Національну програму правової освіти населення : Указ Президента України від 18 жовт. 2001 р. № 992/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 43. – С. 36–44.

рівня правових знань, формування поваги до права⁴. На жаль, більшість дослідників вважає, що рівень правової культури українських громадян досі залишається на невисокому рівні. Через те, що їх правосвідомість оперує здебільшого псевдоправовими категоріями, гальмується і процес побудови правової держави. У разі якщо програма максимально наблизиться до своєї мети, це поліпшить роботу державних органів. Адже, якщо рівень правосвідомості та правової культури громадян розвинутий, відповідно відбувається набагато менше порушень права, скоюється менше злочинів, таким чином, відбувається оптимізація роботи державних органів.

До основних ознак, за якими державу можна було б визначити як правову, належить і наявність у всіх громадян правової культури⁵. Ця ознака детермінується активною участю громадян у суспільно-політичному житті, оскільки побудова правової держави неможлива без їх юридичної поінформованості, правової культури. Остання включає в себе знання права, повагу до закону, готовність виконувати закон, уміння користуватися законодавством у практичному житті.

На думку науковців, якщо взяти соціальну матрицю поведінки людини з погляду її правової культури, то на найнижчому щаблі основним мотивом буде страх покарання, на середньому – очікування вигоди, а на найвищому має бути гармонія, співзвучна діючій системі нормативної регуляції, де органічно поєднуюватимуться юридичні, моральні та інші соціальні імперативи⁶.

Верховенство закону означає: жоден орган, крім вищого представницького (законодавчого), не має права скасовувати або змінювати прийнятий закон. Усі інші нормативно-правові акти (підзаконні) не повинні суперечити закону. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Йдеться про визначальну роль права у стосунках між усіма учасниками суспільного життя (державних і

⁴ Правова культура як феномен сучасної правової дійсності: наук.-допоміж. бібліогр. покажч. / склад. : А. Вінницька, Т. Петруня, Є. Руденко ; ред. Л. Голубенко ; Миколаїв. обл. універс. наук. б-ка ім. О. Гмиряова. – Миколаїв, 2009. – С. 3.

⁵ Державне управління : словник-довідник / уклад. : В. Д. Бакуменко (кер. творч. кол.), Д. О. Безносенко, І. М. Варзар та ін. ; за заг. ред. В. М. Князева, В. Д. Бакуменка ; Укр. акад. держ. упр. при Президентові України. Ін-т пробл. держ. упр. та місцевого самоврядування. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – С. 146–147.

⁶ Мадіссон В. В. На шляху розроблення методології філософії приватного права / В. В. Мадіссон // Право України. – 1998. – № 6. – С. 95.

недержавних організацій, громадян). Верховенство закону і права – на наш погляд, одна з найважливіших ознак правової держави. Ми вважаємо, що соціальною гарантією цієї ознаки виступають саме правосвідомість та правова культура. Головними елементами правової культури, що активно впливають на реалізацію верховенства правового закону, є наукове правове мислення та наукова правосвідомість у взаємодії з правовим мисленням та правосвідомістю безпосередніх учасників законотворчого процесу, представників органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, партій та окремих громадян. На основі наукового правового мислення та наукової правосвідомості можливе вирішення суттєвого завдання правової держави – досягнення адекватного рівня правової культури та формування ідеалу особистості, яка поважає правовий закон, визнає його верховенство у всіх сферах суспільного та особистого життя та, реалізуючи свої права і свободи, сприяє разом з державою та громадянським суспільством підтриманню режиму законності та реалізує верховенство права в Україні⁷.

До формальних ознак правової держави належить неухильне виконання законів і підзаконних нормативних актів усіма учасниками суспільного життя: державними органами, громадськими організаціями та громадянами. Ця ознака прямо залежить від рівня правосвідомості та правової культури цих учасників.

Спинимось детальніше на понятті правосвідомості. Правосвідомість є однією з найважливіших форм свідомості людини та суспільства поряд з політичною свідомістю, мораллю, мистецтвом, релігією, наукою, філософією. Це об'єктивно існуючий набір взаємопов'язаних ідей, емоцій, поглядів, що відображають критику чинного права, ставлення громадської групи та індивідів до права як цілісного соціального інституту, його системи і структури, окремих законів та інших елементів правової системи⁸.

⁷ Грищенко А. В. Правовий закон: питання теорії та практики в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових вчень» / А. В. Грищенко.– К., 2002. – С. 15–16.

⁸ Новгородцев П. И. Введение в философию права: Кризис современного правосознания / Новгородцев П. И. ; РАН. Ин-т государства и права. – М. : Наука, 1997. – С. 123.

Правосвідомість, на відміну від політичної та інших видів суспільної свідомості, становить більш чітку, визначену та жорстку систему поглядів і уявлень, тому що вона базується на нормах права, які є конкретними й однозначними правилами поведінки, передбаченими державою⁹.

Цікаво, що правосвідомість ніколи в історії не виступала єдиною для всього суспільства. Вона завжди була обмежена парадигмою конкретно-історичного правосприйняття, правовою дійсністю. Сучасні правознавці не можуть змінити правові акти, що були чинні у минулому, вони можуть лише дати сучасну оцінку актам того часу. Тому будь-яка правова свідомість є завжди конкретно-історичною¹⁰.

Без розвинутої суспільної правосвідомості та високої правової культури неможливе право, а без права – немає правової демократичної держави. Таким чином, теоретичне дослідження становлення цих явищ, виокремлення їх основ мають органічно вплітатися у діяльність центральних органів виконавчої влади при реалізації ними державної влади, тобто впливати на формування правової держави.

На жаль, сфері правового усвідомлення дійсності громадян (правосвідомості) притаманні різноманітні деформації. Вони спотворюють правові установки населення, їхні почуття і переконання в правовій галузі, втручаються в правовий світогляд, правову ідеологію громадян, руйнуючи основи державного устрою. Щоб запобігти цьому процесу, громадянам слід вивчати закони і їх роль, дотримуватися вимог законодавства та постійно підвищувати свій рівень правової культури¹¹. У свою чергу держава повинна створювати всі належні умови для здорової правосвідомості українських громадян: затверджувати державні програми щодо правового виховання населення, поліпшувати якість правової освіти молоді, гарантувати громадянам захист і реалізацію їх законних прав, забезпечувати вільний доступ до правової інформації, піклуватися про матеріальне становище громадян, тобто робити все можливе, щоб людина почувалася захищеною.

⁹ Васильев А. В. Теория государства и права : курс лекций / Васильев А. В. – М. : Флинта : МПСИ, 2006. – С. 117–118.

¹⁰ Дмитрієнко Ю. М. Українська правова свідомість: вітчизняні дослідження XIX ст. – початку XX століть / Ю. М. Дмитрієнко // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 121.

¹¹ Ткачук А. С. Деформації правосвідомості: їх сутність та наслідки / А. С. Ткачук // Актуальні проблеми політики. – 2011. – № 43. – С. 56–57.

Говорячи про такий органічний пласт людського існування, як право, правосвідомість та правова культура, неможливо оминати питання їх ролі та місця у такій державі, яка називається правовою.

Ми довели, що правосвідомість та правова культура впливають на формування правової держави, виступають її передумовою. Закріплення у Конституції та інших законах основних прав людини, високий авторитет закону, врегулювання відносин між особою та державою на підставі загальнодозвільного принципу – «особі дозволено робити те, що прямо не заборонено законом», взаємовідповідальність особи та держави, наявність у всіх громадян високої правової культури, яка включає в себе знання чинного законодавства та вміння і навички його використання, неухильне виконання законів і підзаконних нормативних актів усіма учасниками суспільного життя – все це ознаки правової держави.

Можна стверджувати, що правосвідомість та правова культура є повноцінними ознаками правової держави поряд із розподілом влади на законодавчу, виконавчу та судову, наявністю Конституційного Суду тощо. Підвищення рівня правосвідомості та правової культури поліпшує темпи побудови правової держави, зміцнює її апарат та сприяє розвитку усіх сфер державного управління¹².

Перспективою подальшого дослідження теми вбачаємо розроблення напрямів оптимізації процесу формування правосвідомості та підвищення рівня правової культури населення, а відтак, зміцнення правової держави.

Правосвідомість – схвальна або негативна реакція людей на щойно прийняті закони, на конкретні проекти нормативних актів тощо. Їй належить значна роль у різноманітних сферах правового життя. Вона становить внутрішню ідеальну детермінанту будь-якої юридичної діяльності, зокрема, в правотворчій діяльності при створенні юридичних приписів¹³.

Правосвідомість відіграє важливу роль у вдосконаленні й розвитку правового життя суспільства. Вона виступає необхідним фактором під час створення норм права. Адже правові норми формуються в процесі свідомої вольової діяльності правотворчих органів. Перед тим як

¹² Ткачук А. Роль правосвідомості та правової культури у формуванні правової держави / А. Ткачук // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 425.

¹³ Кулапов В. Л. Теория государства и права : [учебник] / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. – М. : Норма, 2008. – С. 180.

отримати вираження в юридичних нормах, певні інтереси і потреби людей проходять через волю і свідомість індивідів, що створюють правові норми. Тому якість правових норм, їх відповідність потребам суспільного розвитку тісно пов'язані з правовими уявленнями, рівнем правосвідомості тих, хто створює правові норми. Таким чином, правосвідомість виступає важливим фактором розвитку законодавства, стабільності правопорядку, реальності прав і свобод громадян¹⁴.

Правова ідеологія, як структурний елемент правосвідомості, охоплює весь прошарок правотворчості і правозастосування, вона містить ідеї, концепції, оцінку перспектив розвитку права, цілі й завдання прийняття правових актів, основні правові принципи, конкретний зміст правового регулювання.

Тверде засвоєння вимог законодавства свідчить про те, що воно активно виконує роль провідника правових ідей. Набираючи форми закону або іншого нормативного акта, правові ідеї перетворюються на загальнообов'язкові вимоги.

Розглянемо вибірково ті ознаки правосвідомості, які підтверджують той факт, що правосвідомість безпосередньо впливає на нормотворчу діяльність держави. По-перше, правосвідомість відображає юридичну дійсність, тобто все, що існує і діє в сфері права (правотворчість, правозастосування, правопорядок, діяльність правоохоронних органів, законодавство на всіх його рівнях тощо). По-друге, правосвідомість впливає на право і юридичну дійсність з позицій правової ідеології і правової психології, що призводить до зміни права і юридичної дійсності¹⁵. Ці ознаки доводять вплив правосвідомості на правотворчість.

Також дослідження охопило і функції правосвідомості, серед яких є і правотворча, яка виявляється в тому, що правосвідомість знаходить своє об'єктивування, вираження, закріплення у праві. Нормативно-правові акти виступають як форми зовнішнього виразу правосвідомості суспільства в цілому і правотворчих органів держави зокрема.

¹⁴ Хропанюк В. Н. Теория государства и права : [учебник для высших учебных заведений]. – [4-е изд., испр.] / Хропанюк В. Н. ; под ред. В. Г. Стрекозова. – М. : Омега-Л, 2010. – С. 201–202.

¹⁵ Радько Т. Н. Теория государства и права : [учебник]. – [2-е изд.] / Радько Т. Н. – М. : Проспект, 2009. – С. 624., С. 616.

Правосвідомість як найважливіша складова належить до системи регулювання безпосередньої поведінки людей у правовій сфері¹⁶. Правосвідомість виступає ідеологічним і соціально-психологічним фактором функціонування всієї системи правового регулювання, звідки й випливає регулятивна функція. Вплив правосвідомості на соціально-правову дійсність не обмежується тим, що вона, досягаючи відомого ступеня узагальненості, виступає як ідейне джерело норм права¹⁷.

Однією із основних властивостей людської свідомості є властивість передбачати майбутнє, випереджати розвиток об'єктивного світу. Ця особливість свідомості має дуже важливе значення для правотворчості. Це дає змогу створювати юридичні закони, які не лише відображають існуючий рівень розвитку суспільних відносин, а й спрямовують їх розвиток, тобто дає можливість ставити мету, передбачати результат. Тому деякі науковці, зокрема А. В. Васильєв, класифікуючи правосвідомість за таким критерієм, як участь у правотворчості, виділяють прогностичну (майбутню) та практичну (реальну) правосвідомість¹⁸. Пояснюючи значення прогностичної правосвідомості, вони говорять, що вона діє до створення права, тобто виступає теоретичною передумовою правових норм.

Правосвідомість виконує властиву їй нормативно-прогностичну функцію, оскільки бере участь не тільки у творенні норм права, а й у визначенні необхідності регулювання тих чи інших соціальних процесів, суспільних відносин правом, у визначенні кола прав і обов'язків учасників правовідносин, у виборі способу правового регулювання та виступає ідейним джерелом права.

Творчий характер людської свідомості зобов'язує юристів розробляти властиві правосвідомості елементи передбачення, з якими безпосередньо пов'язане визначення найбільш ефективних шляхів і форм правового регулювання суспільних відносин. Діюче право і правосвідомість перебувають у нерозривному зв'язку. Право відображає

¹⁶ Сухонос В. В. Теорія держави і права : навч. посіб./ Сухонос В. В. – Суми : Університетська книга, 2005. – С. 429–432.

¹⁷ Оніщенко Н. М. Вступ до теорії правових систем : [монографія] / Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук, В. С. Журавський, В. І. Тимошенко, С. В. Бобровник; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; За заг. ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука – К. : Юридична думка, 2006. – С. 148.

¹⁸ Васильєв А. В. Теория государства и права : курс лекций / Васильев А. В. – М. : Флинта : МПСИ, 2006. – С. 120.

ту частину правосвідомості, яка у встановленому порядку проголошена від імені держави. Правосвідомість – це ще можливе, а не дійсне (об’єктивоване у відповідній формі) право. Набуваючи в нормах права загальнообов’язкового характеру, правосвідомість нібито трансформується в інше якісне явище: перетворюється із форми суспільної свідомості на форму юридичного буття¹⁹. Ці аргументи яскраво підкреслюють вплив правосвідомості на нормотворчу діяльність держави.

Правосвідомість за своєю природою – це усвідомлення права, а не почуття, емоція чи інстинкт, це – необхідний засіб створення та розвитку законодавства. Вона тісно пов’язана із законністю: з одного боку, правосвідомість створює необхідні умови для здійснення та зміцнення законності, а з другого – законність впливає на розвиток та зміцнення правосвідомості²⁰. Окрім нормотворчої, правосвідомість відіграє важливу роль у правозастосовній діяльності. Для правильного застосування норм права необхідно зрозуміти цю норму, розібратися у фактичних обставинах кожного окремого випадку, зрозуміти ту життєву ситуацію, у якій виникло питання застосування норми права, надати правильну оцінку цьому діянню. Усе це можна зробити лише за наявності розвинутої правосвідомості в тих осіб, які застосовують право.

Правова наука створює теоретичні концепції, які відображають закономірності розвитку правової надбудови; виступає основою для правової політики та ідеології; містить методологію вивчення державно-правової надбудови; формулює пропозиції щодо шляхів удосконалення права²¹.

Становлення і розвиток правових ідей необхідно досліджувати на різних рівнях. Кожен рівень охоплює різні прошарки суспільства. Перший рівень охоплює професіоналів, спеціалістів, вчених. На цьому рівні правова ідея зароджується і формується. Другий – це рівень груп і прошарків населення. На цьому рівні у ідеї з’являються прихильники і супротивники. Третій рівень розвитку правових ідей – це рівень

¹⁹ Радько Т. Н. Теория государства и права : [учебник]. – [2-е изд.] / Радько Т. Н. – М. : Проспект, 2009. – С. 616–617.

²⁰ Оніщенко Н. М. Вступ до теорії правових систем : [монографія] / Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук, В. С. Журавський, В. І. Тимошенко, С. В. Бобровник; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; За заг. ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука – К. : Юридична думка, 2006. – С. 147

²¹ Абдулаев М. И. Проблемы теории государства и права : [учебник] / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. – СПб. : Питер, 2003 – С. 432

законодавця, практика (правозастосування). На цьому етапі ідея втілюється в норми права і переходить на стадію практичної реалізації²².

Специфічна риса правосвідомості як складової механізму правового регулювання полягає в тому, що її роль не обмежена лише однією стадією правового впливу. Правосвідомість залучена і до стадії правотворчості, і до стадії реалізації права. Правосвідомість тією чи іншою мірою присутня в усіх елементах механізму правового регулювання – нормах права, правовідносинах, актах реалізації права²³.

Зміст правосвідомості визначає, якими повинні бути діючі норми права і практика їх реалізації. Правосвідомість співвідносить законодавство з реально існуючими суспільними відносинами, інтересами класів, різноманітних груп і прошарків населення, їх етичними уявленнями. Поза правосвідомістю не можуть ані виникати, ані функціонувати не лише правові норми, а й будь-які інші правові явища²⁴.

Для того, щоб визначити межі впливу правосвідомості на діяльність держави, зокрема нормотворчу діяльність, варто розглянути правосвідомість у контексті правової системи. Встановивши вплив правосвідомості на правову систему, ми з'ясуємо, за рахунок чого вона впливає на нормотворчу діяльність держави, адже остання є складовою правової системи.

Правова система – це система всіх специфічних юридичних явищ, характерних для певної держави чи групи держав. Національна правова система – конкретно історичний, реально існуючий комплекс взаємопов'язаних правових явищ і юридичних засобів певного суспільства. Визначальними організуючими принципами правової системи є: цілісність, системність, комплексність і функціональність. Взаємодія цих принципів сприяє існуванню й функціонуванню правової системи²⁵.

Правову систему складають:

²² Дробязко С. Г. Общая теория права : [учеб. пособие для вузов] / С. Г. Дробязко, В. С. Козлов. – [3-е изд., исправл. и дополн.] – Мн. : Амалфея, 2009. – С. 386.

²³ Теория государства и права: [учебник]. – [3-е изд., перераб. и дополн.] / отв. ред. В. Д. Перевалов.– М.: Норма, 2008. – С. 208.

²⁴ Общая теория права и государства : [учебник]. – [3-е изд., перераб. и дополн.] / под. ред. В. В. Лазарева. – М. : Юристъ, 2003. – С. 42.

²⁵ Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: [монографія] / Оніщенко Н. М. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – С. 71, С. 67–68.

1) різноманітні правові акти: нормативно-правові, акти тлумачення і застосування норм, а також діяльність відповідних суб'єктів зі створення таких актів;

2) різноманітні види та прояви правосвідомості;

3) стан законності та його деформації, тобто акти правомірної і неправомірної поведінки.

Узагальнюючи різні погляди щодо елементного складу структури правової системи, вчені виділяють такі її підсистеми, як: інституціональна, нормативна (регулятивна), ідеологічна, функціональна, комунікативна. Таким чином, поняття «правова система» включає в себе, по суті, всі правові явища: правотворчість, правосвідомість, правореалізаційну діяльність і правовідносини, правову ідеологію. У змісті правової системи велике значення мають права свідомість, права культура, розгляд явищ не тільки з вузької державної позиції, а й тлумачення в ширшому колі позапозитивних правових феноменів – цінностей. Особливе місце в структурі правової системи належить правовій свідомості й правовій культурі²⁵.

Правосвідомість як складова правової надбудови відіграє поряд із правом активну роль у суспільному житті. Вона містить як усвідомлення суспільством, класом, соціальною групою, індивідом потреби в загальнозначущих правилах поведінки, які повинна встановити держава, так і оцінку справедливості (або несправедливості) діючого правового порядку, перспектив, напрямів подальшого розвитку права²⁶. Правосвідомість відображає правову дійсність у формі юридичних знань і ціннісного ставлення до права і практики його реалізації, правових установок і ціннісних орієнтацій, що регулюють поведінку (діяльність) людей у юридично значущих ситуаціях. Вона є джерелом правової активності й внутрішнім регулятором юридично значущої поведінки чи механізму її здійснення²⁷.

Ми встановили, що права система складається із різноманітних правових актів, а також діяльності відповідних суб'єктів зі створення таких актів. Доречним вважається згадати тут таке поняття, як

²⁶ Абдулаев М. И. Проблемы теории государства и права : [учебник] / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. – СПб. : Питер, 2003 – С. 430-431.

²⁷ Оніщенко Н. М. Права система: проблеми теорії : [монографія] / Оніщенко Н. М. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – С. 68.

юридичний мотив волі, що характеризує правосвідомість ідеологів політичних сил, що перебувають при владі. Це особлива ідеологічна форма усвідомлення людьми потреб та інтересів у суспільстві, свідоме прагнення і вимога опосередкувати суспільні відносини нормами права. Для того, щоб отримати санкцію закону, економічні факти в кожному окремому випадку повинні набрати форми юридичного мотиву. Із цього можна зробити висновок, що без правосвідомості неможливі правотворчість і право, а отже, і правова система. Однак важливо пам'ятати, що право створюється не правосвідомістю, а матеріальними умовами життя суспільства. Правосвідомість лише опосередковує цей процес. Право і правосвідомість взаємодіють між собою. Діюче право впливає на правосвідомість, створює уявлення членів суспільства про їхні права і обов'язки, правопорядок. І навпаки, правосвідомість впливає на право, зумовлює нормотворчу діяльність держави.

Діюче у суспільстві право оцінюється в суспільній та індивідуальній свідомості з погляду справедливості або несправедливості. В останньому випадку формуються уявлення про необхідність удосконалення правової системи. Отже, правосвідомість є своєрідним індикатором стану сформованості правової системи.

У процесі дослідження ми встановили, що правосвідомість і правова система мають спільні риси. До складу правової системи належать нормативно-правові акти, правові установи, правотворчі органи, різновиди правосвідомості, стан законності тощо. Правосвідомість – складова суспільної й індивідуальної свідомості, об'єктами якої є законодавство в цілому, окремі акти і норми, права, свободи і обов'язки особистості й інших учасників правовідносин, правозастосовні акти, правомірна та протиправна поведінка, правопорядок і законність та ін.²⁸ Як бачимо, правосвідомість є складовою правової системи, і одночасно об'єктами правосвідомості виступають складові елементи правової системи. До того ж правосвідомість передбачає оцінку діючого права в цілому та окремих законів, юридичних норм, юридичних дій, рішень. Правосвідомість пов'язана з переживаннями людей, їх почуттями і емоціями щодо діючого законодавства

²⁸ Иванов А. А. Теория государства и права : [учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / Иванов А. А. ; под ред. В. П. Малахова. – М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2009. – С. 237.

і практичного застосування законів. Правосвідомість визначається реальними умовами життя суспільства, рівнем правопорядку та законності, діяльності державних органів, посадових осіб і громадян у галузі правових відносин²⁹. Це свідчить про те, що між правосвідомістю та правовою системою існують стійкий зв'язок та взаємозалежність, вони тісно переплітаються і впливають одна на одну.

Слід підкреслити, що правовій свідомості властивий активний характер. У теперішній час їй належить значна роль у різноманітних галузях правового життя:

- у правотворчій діяльності при створенні юридичних норм;
- у правозастосовній практиці державних органів і посадових осіб під час вирішення конкретних життєвих ситуацій;
- у процесі вибору варіанта поведінки всіма суб'єктами правовідносин;
- при безпосередньому регулюванні деяких відносин, коли за відсутності необхідної норми (прогалини у праві) правозастосовник керується власною правосвідомістю³⁰.

Ми дійшли висновку, що правова система поєднує в собі три основні вектори: нормативний, організаційний та ідеологічний. Нормативний бік системи становлять норми, принципи та інститути права. До організаційного елементу слід віднести правові установи. Ідеологічний елемент охоплює правові погляди, ідеї, уявлення, тобто правосвідомість. Ми встановили, що правосвідомість стосується кожного елементу правової системи, а відтак безпосередньо впливає і на нормотворчу діяльність держави.

Як зазначалося, право і правосвідомість не створюють одне одного. Вони формуються об'єктивними умовами і взаємодіють одне з одним. Діюче право впливає на правосвідомість, створює уявлення членів суспільства про їх права і обов'язки, про належний правопорядок. І навпаки, правосвідомість впливає на діюче право, визначає практику

²⁹ Васильев А. В. Теория государства и права : курс лекций / Васильев А. В. – М. : Флинта : МПСИ, 2006. – С. 117.

³⁰ Летушева Н. И. Теория государства и права : [учебник для студ. сред. проф. учеб. заведений]. – [4-е изд., испр. и дополн.] / Н. И. Летушева, М. В. Летушева. – М. : Издательский центр «Академия», 2008. – С. 154.

правозастосування в інтересах політичних сил, що належать до владних структур, зумовлює нормотворчу діяльність держави³¹.

Правосвідомість є незмінним супутником права, хоча в своєму розвитку може випереджати право, може адекватно відображати правові вимоги, а може відставати від окремих напрямів правового розвитку. Однією з найважливіших особливостей правосвідомості є її здатність випереджати право. Перш ніж з'явиться закон, через волю і свідомість законодавця повинні пройти вимога, бажання, необхідність цього закону. Інакше кажучи, спочатку з'являється усвідомлена необхідність у виданні закону, а потім – вже сам закон. Саме ця усвідомлена правова необхідність видати закон є складовою правосвідомості³².

Виникаючи до або після права чи разом з ним, правосвідомість супроводжує право протягом усієї правової історії, всього існування державно-організованого суспільства. Правосвідомість відображає правову дійсність, що склалася за конкретно-історичних умов у тій чи іншій країні, але водночас впливає на функціонування і розвиток правової системи³³.

Лексично (за своєю морфологією) термін «правосвідомість» утворений поєднанням двох слів «право» і «свідомість». Простежується тісний зв'язок цих складових. Поняття правосвідомість прямо відповідає на питання: як право сприймається, усвідомлюється, оцінюється, інтерпретується суб'єктом, як він ставиться до права. Це стосується, звичайно, і колективних суб'єктів, суспільства в цілому. Якщо не було б права, не було б і правосвідомості. І, навпаки, якщо існує правосвідомість, це свідчить про те, що існує й об'єкт її відображення – право. Онтологічно вони неподільні.

У практичній площині право і правосвідомість також впливають одне на одного. З одного боку, право виступає фундаментом, основою і джерелом формування правосвідомості, постійно живить її; з другого –

³¹ Абдулаев М. И. Проблемы теории государства и права: [учебник] / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. – СПб. : Питер, 2003 – С. 431.

³² Радько Т. Н. Теория государства и права: [учебник]. – [2-е изд.] / Радько Т. Н. – М. : Проспект, 2009. – С. 625.

³³ Загальна теорія держави і права: [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / [Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В. та ін.]; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 532.

правосвідомість впливає на право, його розвиток, удосконалення, підвищення ефективності. Ці категорії глибоко корелятивні (взаємозалежні).

Правосвідомість активно «втручається» у законотворчість, право-реалізацію, юридичну практику, діяльність правових установ, державного апарату і його посадових осіб, зміцнення законності й право порядку. В науковій літературі наводиться формула: правосвідомість існує «до», «після» і «паралельно» із правом (М. С. Малєїн, Н. Л. Гранат та ін.). Загалом, це справедливе тлумачення, однак воно потребує, на наш погляд, певних застережень, тому що правосвідомість неможна відірвати від права і поставити поруч із ним; вона органічно вплітається у нього. Тому розвиваються вони не паралельно, а разом, підтримують і доповнюють одне одного³⁴.

Подібно до права правосвідомість є атрибутом, складовою правового життя суспільства і важливою категорією юридичної науки. В реальному житті окремих індивідів, групи людей можуть приймати або не приймати право, погоджуватись з його вимогами або діяти всупереч їм. Таке ставлення до права у людей визначається їх правосвідомістю. Правосвідомість засвідчує той факт, що право об'єктивовано не лише в нормах, законодавчих актах і поведінці його адресатів, воно існує у свідомості людей, відбивається у їх психіці у вигляді певних уявлень, знань, правових настроїв, думок, установок, ставлення до права. Правосвідомість – це специфічна форма суспільної свідомості, відображення права у вигляді ідей, поглядів на законодавство, права і свободи людини, законність і правопорядок у суспільстві. До складу правосвідомості входить оцінка діючого права в цілому і окремих законів, юридичних норм, юридичних дій, рішень. Правосвідомість пов'язана з переживаннями людей, їх почуттями й емоціями щодо діючого законодавства і практичного застосування законів.

Для того, щоб краще зрозуміти, як саме відбувається вплив правосвідомості на нормотворчу діяльність держави, розглянемо, як співвідносяться правосвідомість і зміст права. Походження, логіка розвитку і зміст всієї правової дійсності беззаперечно свідчать про те, що правові норми і система права в цілому – це результат «слідкування» суб'єктів правосвідомості й правотворчості за найбільш значущими соціальними проблемами і протиріччями, за потребами суспільної

³⁴ Матузов Н. И. Теория государства и права : [учебник]. – [3-е изд.] / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М. : Дело АНХ, 2009. – С. 244.

практики. Власне, одним із найважливіших проявів цього об'єктивного процесу і виступають постійний розвиток і зміна правових уявлень, відповідних загальнообов'язкових правил поведінки, історично конкретних правових систем. Напевно, тільки в даному контексті всі правові, юридичні явища можуть бути усвідомлені як вираз соціальної необхідності й соціальної закономірності, як об'єктивно зумовлений атрибут суспільного розвитку³⁵.

Можна сказати, що проблема права в широкому і філософському сенсі слова – це, по суті, завжди лише питання нашого праворозуміння. Адже у власному сенсі слова так звана правова проблематика (до якої належать і питання практичної реалізації правових норм) – це продукт нашої свідомості, результат відображення і соціально-суб'єктивної інтерпретації реально існуючих соціальних закономірностей, тенденцій, зв'язків, відносин, суперечностей тощо. В науці існують різні визначення: «Право – це система норм», «Право – це нормативно виражена справедливість», «Право – це принцип формальної рівності». Саме слово «право», хоча воно і висловлює мовою багатьох народів певною мірою дещо загальне і в деякому сенсі щось закономірне, не випадкове, однак не має самостійного і тим більш принципового значення – головне тут вживання слова, той сенс, який надається даному слову або терміну, ті реальні або уявні явища, які символізуються цим словом³⁶.

Водночас основне практичне і теоретичне значення праворозуміння і права полягає не в тому, що це одна із форм відображення і вираження реально існуючих явищ, речей (цей аспект можна назвати другорядним), а в тому, що наша свідомість – в даному випадку у формі правосвідомості – не лише відображає об'єктивний світ, а також створює його. Правові явища як продукт свідомості, конструкція будь-якої правосвідомості – результат нашої інтерпретації, нашого суб'єктивного розуміння, і тому це завжди щось неадекватне, нетотожне і в цьому сенсі дещо нове порівняно з «опанованими» свідомістю реальними явищами. Тому що з об'єктивних, гносеологічних причин, тобто через особливості людського пізнання і відображення реальності, свідомість людей і її продукти не можуть бути не залежним від особливостей самої свідомості відображенням реальності. Але головне – це практично неможливо, і це

³⁵ Проблемы теории государства и права : [учебник]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Норма, 2008. – С. 390.

³⁶ Там само. – С. 391.

не відбувається з суб'єктивних причин. Соціальні суб'єкти не лише не можуть, а й не хочуть адекватного, справжнього відтворення власне наявної дійсності. Адже особливість правового освоєння дійсності полягає в іншому, а саме – в свідомо-вольовому, суб'єктивного характеру опосередкуванні її змісту. В правовій свідомості й правовому розвитку будь-якого суспільства неможна подолати соціально-суб'єктивний, суб'єктивно-ціннісний і при цьому завжди конкретно-історичний підхід (у сенсі об'єктивної обмеженості історичними рамками й обставинами будь-яких суб'єктів правосвідомості і правотворчості). Даний факт навряд чи можна заперечити, незалежно від того, про яке конкретне суспільство, державу і про який історичний етап їх існування ідеться. Безумовне визнання даної обставини має принципово важливе значення, особливо при вирішенні питання про можливий зміст правових норм і про його розвиток.

Безпосередній зміст правових норм прямо або опосередковано відбиває потреби та інтереси сукупного суб'єкта правотворчості, його прагнення досягти конкретних цілей; зміст відображає його розуміння суспільних і природних закономірностей, тенденцій, оцінку досвіду минулого, теперішнього й уявлення про майбутнє. У змісті правових норм можуть бути виражені уявлення про соціальну справедливість, бажання слідувати релігійним, моральним, ідеологічним та іншим цінностям, ідеалам, переконанням, тій або іншій науковій теорії, тим або іншим правовим вченням, доктринам. На змісті правових норм можуть позначатися помилки, непорозуміння, симпатії й антипатії до конкретних осіб або процесів; вони можуть виражати чиесь бажання залишитися при владі і містити в собі у зв'язку із цим нездійсненні обіцянки або просто обман, можуть бути наслідком компромісу, рекомендацій або тиску ззовні (наприклад, з боку інших держав або міжнародних організацій). Їх зміст може бути й очевидним вираженням свавілля, диктату, наслідком політичних, економічних і соціальних експериментів. Він може бути зумовлений запозиченням моделей правового змісту – добровільним або примусовим, з позитивними або негативними наслідками³⁷.

Варто зазначити, що думка про те, що зміст права здебільшого зумовлений економічними стосунками і причинами, означає спрощення юридичної реальності з точки зору її генезису і безпосереднього змісту.

³⁷ Проблемы теории государства и права : [учебник]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Норма, 2008. – С. 392.

Власне економічна детермінація є не єдиним фактором і не завжди може мати визначальний, вирішальний характер у процесі правотворення, поступаючись іншим факторам.

Ідеологічна, суб'єктивно-ціннісна за своєю суттю ідея загальних, основних прав і свобод людини не може бути зведена лише до одного із специфічних проявів економічної детермінації (особливо саме щодо соціально-економічних прав людини) і виступає як відносно самодостатня цінність і орієнтир соціального розвитку, і головне – як значною мірою самостійний правоутворюючий і правозумовлюючий чинник. Відповідно до цього коригується економічне життя суспільства, і, зокрема, це проявляється в примусовому, суб'єктивно-вольовому, позаекономічному перерозподілі соціальних благ з метою забезпечення кожної людини мінімумом цих благ, що мають назву основних прав людини.

Необхідно підкреслити, що зміст будь-якої правосвідомості й правових норм, що базуються на ній, – це вираження синтезу і взаємозв'язку різних факторів, об'єктивних, суб'єктивних, а інколи просто випадкових. Іншими словами, як з погляду генези, так і в своєму безпосередньому наявному змісті право (як позитивне право) – це явище синтетичне, багатомірне – у сенсі відображених у ньому реалій³⁸.

Ця обставина, звичайно, зумовлює і те, що практично завжди правові норми можуть бути різноманітними і мінливими за своїм змістом – навіть у межах приблизно одних і тих самих соціально-економічних та інших умов, у межах однієї і тієї ж історичної сходинки розвитку людства.

На нашу думку, найголовніше у питанні зв'язку змістів правосвідомості і права полягає у наступному. По-перше, власне правові норми можуть самостійно існувати і як нормативно-регулятивна система здатні впливати і впливають на реально існуючі соціальні процеси. Таким чином, вони виступають одним з факторів, який може викликати ті чи інші практичні соціальні наслідки. Отже, їм належить роль важливого засобу задоволення потреб та інтересів людей, зокрема, задоволення їх правових уявлень.

І по-друге, різноманітний зміст правових норм може призвести до різноманітних соціальних наслідків. Відповідно до цього зміни у змісті правових норм, тобто зміни правової форми і виражених у ній загальних

³⁸ Проблемы теории государства и права : [учебник]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Норма, 2008. – С. 394.

правил поведінки, можуть викликати прогнозовані зміни у соціальній дійсності.

У зв'язку із цим варто підкреслити, що практичне значення права полягає в його здатності проникати в майбутнє, у здатності формування майбутньої поведінки людей. Це необхідно зробити не лише для того, щоб зауважити факт випередження у часі процесу об'єктивації права (і відповідно прояву його дієвості, активності, «інструментальності») щодо конкретної соціальної реальності, а й для вирішення питання про правильне співвіднесення (в кожний конкретний момент і стосовно даних конкретних стосунків, фактів) причини і наслідку, засобу і результату тощо.

Особливість правосвідомості полягає в тому, що вона оцінює не лише наявне право і правову дійсність, а й відображає ставлення до права (законності, правопорядку, правовим закладам) минулих правових епох і водночас моделює майбутнє право³⁹. У цьому також проявляється вплив правосвідомості на нормотворчу діяльність держави.

Ми з'ясували, що право і правосвідомість перебувають у тісному взаємозв'язку. Так, правосвідомість залежить від права як могутнього засобу інтелектуального і морального впливу, що сприяє розвиткові тих чи інших правових уявлень. Її становлення і розвиток потребують знання і розуміння як права, так і інших правових явищ. У свою чергу правосвідомість теж впливає на право. Цей вплив відчувається у процесі як правоутворення, так і правореалізації. Конкретні шляхи і засоби цього впливу різноманітні. Усі потреби суспільства, усі суспільні відносини, що вимагають правової регламентації, перш ніж набути нормативного закріплення, стають предметом правосвідомості передусім суб'єктів правотворчих повноважень, які покликані формулювати норми права, приймати (видавати) нормативно-правові акти, вносити до них зміни, систематизувати їх.

Формою впливу правосвідомості на правоутворення є наукове прогнозування розвитку права. Форми прогнозування можуть бути різними: наукові публікації з обґрунтуванням необхідності в майбутньому прийняття певних законів, внесення до них змін; програмні заяви державних і політичних діячів щодо свого бачення розвитку певних

³⁹ Червонюк В. И. Теория государства и права : [учеб. пособ.] / Червонюк В. И. – М. : ИНФРА-М, 2003. – С. 123–124.

сегментів права; висловлювання політичних партій та виборчих блоків з таких самих питань.

Впливає на правоутворення і така форма прояву правосвідомості, як планування законодавчої діяльності. Наявність плану надає змогу залучитися до законотворчого процесу всім зацікавленим суб'єктам, які мають змогу висувати свої пропозиції та зауваження до вже розроблених проектів нормативно-правових актів або пропонувати альтернативні проекти, що можуть бути використані при розробленні, обговоренні проекту закону.

Важливою формою впливу правосвідомості на правоутворення і законотворчість є розроблення концепцій окремих законів, інших нормативно-правових актів. Визначення в концепції мети правового регулювання, обґрунтування завдань, які слід вирішити в разі прийняття того чи іншого акта, розроблення структури акта, формулювання шляхів і напрямів регулювання суспільних відносин тощо – все це дає змогу суб'єкту правотворчих повноважень заздалегідь вивчити питання про зміст нормативно-правового акта, доцільність включення до нього тих чи інших нормативних приписів, спрогнозувати ефективність його регулятивного потенціалу і прийняти рішення про розроблення нормативно-правового акта або відкласти його на майбутнє.

Своєрідною за змістом формою впливу правосвідомості на правоутворення є її провідна роль на конкретних стадіях законотворчого процесу. При цьому значення того чи іншого виду правосвідомості має власну специфіку на кожній стадії. Для визначення шляхів формування права правова психологія дає «будівельний матеріал» у вигляді думок, почуттів, намірів людей щодо врегулювання певної сфери суспільних відносин. При розробленні законопроекту законодавець спирається на правосвідомість і враховує правову культуру народу, окремих соціальних груп, створює правові приписи, які б акумулювали очікувані суб'єктами суспільних відносин еталони і зразки поведінки.

Особливого значення професійна правосвідомість набуває на етапі обговорення та прийняття нормативно-правових актів. Народні депутати репрезентують у парламенті волю своїх виборців, але водночас представляють інтереси і політичної партії (блоку), до складу якої вони входять. Під час обговорення у депутата виникає певний, іноді доволі складний психологічний стан, налаштованість правосвідомості на позитивне чи негативне до обговорюваного законопроекту, а відтак, на

відповідне результативне голосування, яке може бути зумовлене як правосвідомістю самого депутата, так і позицією депутатської фракції або настроями виборців. Рішення, яке викристалізовується у свідомості кожного парламентарія, є результатом досягнення відповідного компромісу між цими проявами правосвідомості. Зазначимо, що кінцевий результат ніколи не є наперед вирішеним, про що свідчать непоодинокі випадки, коли депутатська фракція голосує з приводу певного законопроекту всупереч тій позиції, яку вона проголошувала під час виборчої кампанії або голосування конкретного депутата всупереч позиції власної фракції. Зрештою, стане проект документа законом чи його буде відхилено, залежить від кількості позитивних настанов народних депутатів щодо його прийняття. Але на схвалений парламентом закон може бути накладено вето президента, що означає факт невідповідності між оцінкою його змісту на рівні правосвідомості цих суб'єктів законотворчості⁴⁰.

Одним із перспективних партнерів України в період євроінтеграції є Федеративна Республіка Німеччина, яка також зацікавлена в розширенні обопільних зв'язків в політичній, правовій, економічній та науково-технічній сферах⁴¹. Важливу роль у процесі правотворчості будь-якої держави виконує адвокат. Зважаючи на ефективність німецької правової системи, цікаво простежити роль німецького адвоката у законодавчому процесі.

Німецька спілка адвокатів наділена правом звертатися до парламенту із законодавчою ініціативою. Представники відповідних комітетів спілки повинні розробити чіткий план її просування, налагодити та підтримувати стосунки з особами, які працюють в Бундестазі, підготувати альтернативний варіант проекту на випадок невдачі. Важливими складовими успіху при цьому є розвинена внутрішня комунікація самої спілки, досвід та терпіння, а також робота з пресою. Вона має повідомити про роль адвокатів у просуванні прийнятого закону.

⁴⁰ Загальна теорія держави і права: [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / [Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В. та ін.]; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – С. 542–544.

⁴¹ Ткачук А. Організаційно-правові засади функціонування адвокатури в Німеччині / А. Ткачук // Право України. – 2015. – № 6. – С. 220-221.

Під час лобіювання проекту німецький адвокат повинен керуватися інтересами професійного об'єднання та правосуддя, а не окремих клієнтів. Неприпустимим вважається тиск з боку клієнта на адвоката з метою лобіювання вигідного йому законопроекту.

Після досягнення успіху потрібно заявити про це в професійному середовищі: зробити прес-реліз, дати інтерв'ю тощо. Це створює позитивний імідж спілки, свідчить про те, що на неї зважають. Але неможна перебільшувати – це негативно вплине на подальші контакти.

Якщо законопроект дійсно цінний і під час його лобіювання дотримано всіх правил, є велика імовірність, що він стане Законом. Якщо проект все ж таки відхилено, спілка аналізує, чому він зазнав невдачі, вносить до нього певні зміни та робить нову спробу реалізації.

Отже, можна виділити наступні правила лобіювання законодавчого проекту Німецької спілки адвокатів:

1. Точне формулювання законопроекту.
2. Встановлення ділових контактів з особами, які працюють в Бундестазі.
3. Розробка чіткого плану щодо просування ініціативи, а також альтернативного варіанту на випадок невдачі.
4. Особиста поведінка, досвід та професіоналізм адвокатів: вони повинні дотримуватися всіх норм законодавства.
5. Постійний супровід процесу просування проекту, вміння гнучко змінювати манеру поведінки.
6. Гарні стосунки з членами самого професійного об'єднання під час лобіювання законопроекту та після його втілення. Розвинена внутрішня комунікація спілки.
7. Робота з пресою.

Така модель взаємовідносин між державою та адвокатурою, в якій законодавець цікавиться думкою адвоката з приводу певних законопроектів і враховує її, на наш погляд, є прогресивною і демократичною. В Німеччині існує дієвий, налагоджений механізм взаємодії між законодавчим органом і адвокатською спільнотою⁴². Отже, цей досвід є корисним і для України.

⁴² Ткачук А. С. Роль Німецької спілки адвокатів у лобіюванні законодавчих проектів / А. С. Ткачук // Особливості та тенденції розвитку правотворчості в умовах трансформації суспільства: матеріали міжнародної наук.-практ. конф. / Одеська

Великим здобутком нашої держави вбачається наявність безоплатної правової допомоги. Це правова допомога, що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України. Можливість отримати безоплатну правову допомогу є складовою правового прогресу⁴³.

Висновки. Правосвідомість є необхідним інструментом створення норм права, специфічним маяком для його розвитку й удосконалення. Перед тим як отримати своє вираження в юридичних актах, майбутні норми повинні пройти через волю і свідомість людей, що беруть участь у правотворчості. Правосвідомість прогнозує розвиток права, обґрунтовує зміну його норм і інститутів. Тому якість, ефективність діючого правового регулювання, його відповідність потребам суспільного розвитку багато в чому зумовлюються рівнем правосвідомості осіб, які створюють норми права, їх загальною та юридичною культурою.

Для високої якості діяльності законодавця важливе значення мають вивчення і урахування суспільної думки, використання пропозицій з удосконалення законодавства, висунутих науковими підрозділами, у матеріалах ЗМІ, листах громадян, розробка наукових концепцій майбутніх актів⁴⁴. У сучасній Україні суттєво зростає роль юридичної науки у правотворчій діяльності, її відповідальність за якість рекомендацій і прогнозів.

Правосвідомість являє собою складний комплекс емоційних, вольових і ідеологічних елементів. Правосвідомість виявляється в практичній діяльності громадян, посадових осіб, у політичних і юридичних документах, у коментарях державно-правових актів, нормах права тощо⁴⁵.

Походження, логіка розвитку і зміст всієї правової дійсності, беззаперечно, свідчать про те, що правові норми і системи права загалом є так чи інакше результатом діяльності суб'єктів правосвідомості і

державна академія будівництва та архітектури (Одеса, 17 квітня 2015 р.) – Одеса : «ВМВ», 2015. – С.102-103.

⁴³ Ткачук А. С. Безоплатна правова допомога: переваги та недоліки / А. С. Ткачук // Морське право та менеджмент: еволюція та сучасні виклики: матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції НУ «ОМА». – Вип. 11 – О.: НУ «ОМА», 2017. – С. 194-195.

⁴⁴ Головистикова А. Н. Проблемы теории государства и права: [учебник] / А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриев.– М. : Эксмо, 2005. – С. 661.

⁴⁵ Дробязко С. Г. Общая теория права : [учеб. пособие для вузов] / С. Г. Дробязко, В. С. Козлов. – [3-е изд., исправл. и дополн.] – Мн. : Амалфея, 2009. – С. 389.

правотворчості, розв'язання ними соціальних проблем або подолання певних суперечностей, чи виявлення потреб суспільної практики⁴⁶. Власне, одним із найважливіших проявів цього об'єктивного процесу і є постійний розвиток, зміни правових уявлень, відповідних їм загальнообов'язкових правил поведінки, історично конкретних правових систем. І, мабуть, тільки в даному контексті всі правові, юридичні явища можуть бути усвідомлені як прояв правової необхідності й соціальної закономірності, як об'єктивно зумовлений атрибут суспільного розвитку.

Список використаних джерел

1. Абдулаев М. И. Проблемы теории государства и права : [учебник] / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. – СПб. : Питер, 2003 – 576 с.
2. Васильев А. В. Теория государства и права : курс лекций / Васильев А. В. – М. : Флинта : МПСИ, 2006. – 200 с.
3. Головистикова А. Н. Проблемы теории государства и права : [учебник] / А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриев. – М. : Эксмо, 2005. – 832 с.
4. Грищенко А. В. Правовий закон: питання теорії та практики в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових вчень» / А. В. Грищенко. – К., 2002. – 21 с.
5. Гусарев С. Д. Юридична діяльність. Методологічні та теоретичні аспекти / Гусарев С. Д. – К. : Знання, 2005. – 375 с.
6. Державне управління : словник-довідник / уклад. : В. Д. Бакуменко (кер. творч. кол.), Д. О. Безносенко, І. М. Варзар та ін. ; за заг. ред. В. М. Князева, В. Д. Бакуменка ; Укр. акад. держ. упр. при Президентіві України. Ін-т пробл. держ. упр. та місцевого самоврядування. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – 228 с.
7. Дмитрієнко Ю. М. Українська правова свідомість: вітчизняні дослідження ХІХ ст. – початку ХХ століть / Ю. М. Дмитрієнко // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 120–129.
8. Дробязко С. Г. Общая теория права : [учеб. пособие для вузов] / С. Г. Дробязко, В. С. Козлов. – [3-е изд., исправл. и дополн.] – Мн. : Амалфея, 2009. – 484 с.

⁴⁶ Гусарев С. Д. Юридична діяльність. Методологічні та теоретичні аспекти / Гусарев С. Д. – К. : Знання, 2005. – С. 146.

9. Загальна теорія держави і права : [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / [Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко Л. В. та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584с.

10. Иванов А. А. Теория государства и права : [учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / Иванов А. А. ; под ред. В. П. Малахова. – М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2009. – 351 с.

11. Карбонье Ж. Юридическая социология / Карбонье Ж. ; пер. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М. : Прогресс, 1986. – 350 с.

12. Кулапов В. Л. Теория государства и права : [учебник] / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. – М. : Норма, 2008. – 384 с.

13. Летушева Н. И. Теория государства и права : [учебник для студ. сред. проф. учеб. заведений]. – [4-е изд., испр. и дополн.]. / Н. И. Летушева, М. В. Летушева. – М. : Издательский центр «Академия», 2008. – 208 с.

14. Мадіссон В. В. На шляху розроблення методології філософії приватного права / В. В. Мадіссон // Право України. – 1998. – № 6. – С. 94–98.

15. Матузов Н. И. Теория государства и права : [учебник]. – [3-е изд.] / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М. : Дело АНХ, 2009. – 528 с.

16. Новгородцев П. И. Введение в философию права: Кризис современного правосознания / Новгородцев П. И. ; РАН. Ин-т государства и права. – М. : Наука, 1997. – 269 с.

17. Общая теория права и государства : [учебник]. – [3-е изд., перераб. и дополн.] / под. ред. В. В. Лазарева. – М. : Юристъ, 2003. – 520 с.

18. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії : [монографія] / Оніщенко Н. М. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – 352 с.

19. Оніщенко Н. М. Вступ до теорії правових систем : [монографія] / Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук, В. С. Журавський, В. І. Тимошенко, С. В. Бобровник; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; За заг. ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука – К. : Юридична думка, 2006. – 432 с.

20. Правова культура як феномен сучасної правової дійсності: наук.-допоміж. бібліогр. покажч. / склад. : А. Вінницька, Т. Петруня,

Є. Руденко ; ред. Л. Голубенко ; Миколаїв. обл. універс. наук. б-ка ім. О. Гмирьова. – Миколаїв, 2009. – 42 с.

21. Про Національну програму правової освіти населення : Указ Президента України від 18 жовт. 2001 р. № 992/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 43. – С. 36–44.

22. Проблемы теории государства и права : [учебник]. – [2-е изд., перераб. и дополн.] / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Норма, 2008. – 784 с.

23. Радько Т. Н. Теория государства и права : [учебник]. – [2-е изд.] / Радько Т. Н. – М. : Проспект, 2009. – 752 с.

24. Сухонос В. В. Теорія держави і права : навч. посіб./ Сухонос В. В. – Суми : Університетська книга, 2005. – 536 с.

25. Теория государства и права: [учебник]. – [3-е изд., перераб. и дополн.] / отв. ред. В. Д. Перевалов. – М.: Норма, 2008. – 496 с.

26. Ткачук А. Роль правосвідомості та правової культури у формуванні правової держави / А. Ткачук // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 421–425.

27. Ткачук А. С. Безоплатна правова допомога: переваги та недоліки / А. С. Ткачук // Морське право та менеджмент: еволюція та сучасні виклики: матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції НУ «ОМА». – Вип. 11 – О.: НУ «ОМА», 2017. – С. 193-197. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу :<http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/handle/123456789/6666>

28. Ткачук А. С. Деформації правосвідомості: їх сутність та наслідки / А. С. Ткачук // Актуальні проблеми політики. – 2011. – № 43. – С. 56–63.

29. Ткачук А. Організаційно-правові засади функціонування адвокатури в Німеччині / А. Ткачук // Право України. – 2015. – № 6. – С. 216–222. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/handle/123456789/3152>

30. Ткачук А. С. Роль Німецької спілки адвокатів у лобіюванні законодавчих проєктів / А. С. Ткачук // Особливості та тенденції розвитку правотворчості в умовах трансформації суспільства: матеріали міжнародної наук.-практ. конф. / Одеська державна академія будівництва та архітектури (Одеса, 17 квітня 2015 р.) – Одеса : «ВМВ», 2015. – С. 102–103. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/handle/123456789/2878>

31. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : [учебник для высших учебных заведений]. – [4-е изд., испр.] / Хропанюк В. Н. ; под ред. В. Г. Стрекозова. – М. : Омега-Л, 2010. – 323 с.

32. Червонюк В. И. Теория государства и права : [учеб. пособ.] / Червонюк В. И. – М. : ИНФРА-М, 2003. – 256 с.

ЧАСТИНА ЧЕТВЕРТА. ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ЗАСІБ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

РОЗДІЛ X. ПРАВОТВОРЧІСТЬ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Попри величезну значимість міжнародного права для врегулювання міжнародних відносин у XXI сторіччі саме воно залишається однією з найбільш нестабільних правових систем, якій властива величезна кількість проблемних запитань як теоретичного, так і практичного характеру. Міжнародна правотворчість становить саме ту сферу, якій бракує визначеності та хоча б базисного нормативного-правового регулювання у міжнародних актах. Це спричинює необхідність у подальших наукових дослідженнях зазначеної проблематики. До кола актуальних питань належить питання щодо поняття суб'єкта міжнародного права та їх переліку, питання джерел міжнародного права, питання співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права та багато інших. Наявність такої значної кількості невизначених категорій ускладнює вирішення інших проблем, адже надання чіткої відповіді на певне запитання є неможливим без визначення пов'язаних із ним елементів. Саме цю ситуацію можна спостерігати, намагаючись дослідити та розкрити поняття міжнародної правотворчості, визначаючи її складові, етапи та суб'єктів, що приймають участь у процесі утворення норм міжнародного права. Є очевидним, що для конкретизації цих моментів ключовим є розуміння таких категорій, як «суб'єкт міжнародного права», «джерело міжнародного права», «міжнародно-правова норма». Але саме ці категорії викликають останнім часом усе більше запитань та ускладнюють практику міжнародних відносин.

Разом з тим глибоке розуміння усіх аспектів міжнародної правотворчості, як-то: її суб'єктів, етапів, засобів тощо, допомогло б розв'язати питання щодо обов'язковості тих чи інших норм, що регулюють міжнародні відносини, сприяло б вдосконаленню нормотворчої діяльності, визначило б місце міжнародних організацій і, перш за все, ООН у цьому процесі.

Питання утворення норм міжнародного права було досліджено у багатьох наукових працях, але переважно у безпосередньому зв'язку із утворенням чи-то міжнародних договорів, чи-то міжнародних звичаїв. Однак вивченню процесу міжнародної правотворчості у цілому присвячено тільки поодинокі праці. Зокрема, цікавими у цьому аспекті є дослідження К. А. Бекашева, В. Г. Буткевича, О. В. Задорожнього, І. І. Лукашука, В. В. Мицика, Н. Д. Тазієва, Алана Бойла (AlanBoyle), Крістін Чінкін (ChristineChinkin), Йоста Паувеліна (JoostPauwelyn), Рамзеса Весселя (RamsesWessel), Яна Вутерса (JanWouters) та інших.

У найбільш загальному розумінні під міжнародною правотворчістю можна розуміти процес створення міжнародно-правових норм уповноваженими суб'єктами міжнародного права задля врегулювання міжнародних відносин. У науковій літературі, незважаючи на достатньо поширене застосування цього терміна, існує не дуже багато його дефініцій та пояснень. Ті автори, що приділяють йому окрему увагу, наводять дещо різні визначення цього поняття. Видатний дослідник міжнародного права І. І. Лукашук надає доволі просту дефініцію міжнародної правотворчості: «Міжнародна правотворчість являє собою процес створення норм міжнародного права його суб'єктами»¹. Автори підручника з міжнародного права «Міжнародне право. Основи теорії» В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній розуміють під міжнародною правотворчістю «активну творчу діяльність суб'єктів міжнародного права щодо формування правової норми через узгодження державних інтересів, волі (позицій)»². Курдюков Г. І. уявляє міжнародну правотворчість як «складний процес, в ході якого переплавляються інтереси, позиції, волі, поступки держав. Нормоутворення як узгоджений процес призводить до загального підсумку, а саме до угоди між державами»³.

Як бачимо, ключовими поняттями у визначенні правотворчості в міжнародному праві є поняття міжнародно-правової норми та суб'єкта міжнародного права, адже більшість авторів дотримується ідеї про те, що результатом міжнародної правотворчості має бути створення міжнародно-правової норми суб'єктами міжнародного права.

¹ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. – М., 2005. – С. 109.

² Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній. – К., 2002. – С. 412.

³ Международное право. Общая часть / под ред. Р. М. Валеева, Г. И. Курдюкова. – М., 2011. – С. 129.

У науці міжнародного права відсутнє універсальне визначення міжнародно-правової норми, однак більшість авторів⁴ погоджується із тим, що нею є юридично обов'язкове формально визначене правило поведінки, що регулює міжнародні відносини та створюється самими суб'єктами міжнародного права. Отже, міжнародна правотворчість – це діяльність із формування саме юридично обов'язкових, а не будь-яких норм у міжнародних відносинах. У цьому аспекті варто розрізнявати міжнародну правотворчість та міжнародну нормотворчість. Однак часто ці поняття застосовуються як синонімічні.

Наприклад, Н. Д. Тазієв у дисертації за темою «Міжнародна нормотворчість: нові способи утворення правових норм» зазначає: «Традиційні способи утворення міжнародно-правових норм у договорах і в звичаях стали поповнюватися новими механізмами міжнародної нормотворчості. У сучасній міжнародній правотворчості правила поведінки на міжнародній арені можуть створюватися в процесі діяльності міжнародних як міждержавних і неурядових організацій, так і міжнародних конференцій, у ході переговорів глав держав і урядів. Такі норми в більшості своїй носять рекомендаційний характер, проте цей факт ні в якій мірі не применшує їхню соціальну значимість»⁵.

На нашу думку, така термінологічна невизначеність негативно впливає на наукове дослідження питань міжнародної правотворчості, адже призводить до плутанини у розумінні багатьох понять, а саме: поняття міжнародно-правової норми, якій притаманна ознака обов'язковості, поняття суб'єкта міжнародної правотворчості, що має бути наділений повноваженнями щодо створення такого обов'язкового правила поведінки, поняття джерела міжнародного права, тобто форми вираження та закріплення такої юридично-обов'язкової норми.

Міжнародна нормотворчість та міжнародна правотворчість співвідносяться як загальне та часткове. Міжнародна нормотворчість є більш широким поняттям, що охоплює процес утворення не тільки правових, але й інших норм міжнародної поведінки. На думку І. І. Лукашука, «основними підсистемами міжнародної нормативної системи є

⁴ Див. праці К. А. Бекашева, В. Г. Буткевича, О. В. Задорожного, І. І. Лукашука, В. В. Мицика та інших.

⁵ Тазієв Н. Д. Международное нормотворчество: современные способы создания правовых норм: автореф. дис. канд. юр. наук.: 12.00.10 «Міжнародне право. Європейське право». – Казань, 2002. С. 4.

міжнародно-правові, політичні норми, мораль. Одночасно до неї входять й інші різновиди норм: звичай, практика, ввічливість, традиції, організаційні та технічні норми, стандарти, релігійні норми та інше⁶. Отже, міжнародна правотворчість – тільки один із різновидів міжнародної нормотворчості, що спрямований саме на утворення міжнародно-правових норм. Як наслідок, далеко не всі суб'єкти міжнародної нормотворчості можуть бути суб'єктами міжнародної правотворчості.

Як видно із визначень, що були наведені вище, деякі вчені наділяють правотворчою правосуб'єктністю у міжнародному праві тільки держави, інші поширюють її взагалі на суб'єктів міжнародного права. Переважна роль держави у цьому процесі є загальновизнаною: «...міжнародне право характеризується і тим, що його норми створюються головним чином державами як основними суб'єктами міжнародного права. Інші суб'єкти, в основному міждержавні організації, також беруть участь у процесі нормотворення, але їх роль в порівнянні з роллю держави поки не настільки велика і здебільшого пов'язана, як правило, з підготовкою проектів універсальних договорів. У той же час рішення міжнародних організацій можуть сприяти утворенню норм міжнародного права, тобто діяльність міжнародних організацій є певним етапом нормотворення в міжнародному праві»⁷. Наведені тези, з одного боку, підкреслюють домінуючу роль, що її відіграють держави у міжнародній правотворчості, а з іншого, підштовхують нас до думки про те, що суб'єктом міжнародного правотворчого процесу не обов'язково має бути суб'єкт, здатний виражати так зване *opinion juris*, тобто надавати певним правилам міжнародної поведінки юридичну обов'язковість.

Отже, міжнародну правотворчість можна розуміти як у вузькому, так і в широкому сенсі. Результатом міжнародна правотворчості у вузькому сенсі, на нашу думку, є утворення нової міжнародно-правової норми, а саме: надання певному правилу поведінки у міжнародних відносинах юридичної обов'язковості шляхом вираження того самого *opinion juris*. Якщо спрощено розглядати етапи утворення норми міжнародного права та зводити їх до двох головних – узгодження волі суб'єктів міжнародного права щодо правила поведінки та надання суб'єктами міжнародного права згоди на юридичну обов'язковість узгод-

⁶ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. – С. 184.

⁷ Международное право / под ред. Ю. М. Колосова, Э. С. Кривчиковой. – М., 2006. – С. 53.

жених правил поведінки⁸, міжнародна правотворчість проявляється саме на другому етапі. У цьому разі круг її суб'єктів різко скорочується. Можна навіть казати, при такому погляді на етапи утворення міжнародно-правових норм на першому етапі відбувається нормотворчість, а на другому – саме правотворчість, адже сформована норма набуває статусу саме юридично обов'язкової.

У широкому розумінні під міжнародною правотворчістю можна розуміти весь процес розроблення норм міжнародного права, який охоплює обидва названі етапи. У цьому разі суб'єктами міжнародної правотворчості можна вважати доволі широке коло суб'єктів: від традиційних (держава, міжнародні міжурядові організації) до тих, чия міжнародна правособ'єктність є дискусійною (міжнародні неурядові організації, транснаціональні корпорації тощо).

Цікавим у контексті вище викладеного є твердження К. А. Бекашева: «Офіційний характер джерелам міжнародного права надається, як правило, двома шляхами: а) шляхом правотворчості, коли суб'єкти міжнародного права схвалюють договори, зміст норми права або рекомендації міжурядових організацій; б) шляхом санкціонування, коли суб'єкти міжнародного права схвалюють звичаєві норми, надають їм юридичну силу»⁹. Як уявляється, автор розрізняє договірну правотворчість та утворення міжнародних звичаїв, що до поняття правотворчості не входить, адже не є власне творенням норми, а лише її санкціонуванням. Однак таке твердження є дискусійним, бо не є зрозумілим, у чому різняться схвалення змісту норм права у випадку правотворчості та санкціонування звичаєвих норм.

Незалежно від визначення міжнародної правотворчості важливим є розуміння того, які суб'єкти можуть створювати саме міжнародно-правові норми, а які приймати участь у створенні інших норм міжнародної поведінки неправового характеру.

На жаль, у теорії міжнародного права недостатньо розроблені питання розмежування міжнародної нормотворчості та правотворчості та визначення останньої. У цьому зв'язку цікаво звернутися до теорії російського та українського права, де ці категорії досліджено більш детально. Хоча і тут немає єдності думок щодо розуміння правотворчості.

⁸ Баймуратов М. А. Международное публичное право. Харків, 2007. – С.77.

⁹ Международное публичное право / отв. ред. К. А. Бекашев. – М., 2005. – С. 18.

«Більшість правознавців розмежують і оперують двома поняттями: «правотворення» і «правотворчість» ... У новітній юридичній літературі вимальовуються чотири підходи в розумінні правотворчості Перший зводиться до сприйняття цього процесу як встановлення державою, її органами норм ... Другий підхід підкреслює значимість процедури в діяльності державних органів не тільки щодо створення правових норм, а й визнання правовими тих правил, які вже склалися в суспільстві ... Третя точка зору більш поглиблено визначає правотворчість, підкреслюючи важливість не тільки процедури формування і прийняття саме правових норм, а й тих суб'єктів, які мають повноваження їх встановлювати. Особливу позицію займає В. С. Нерсесянц, переконаний в тому, що слід користуватися не терміном «правотворчість», а «правовстановлення». З його точки зору, «правовстановлення – це форма (і напрямок) державної діяльності, пов'язана з офіційним вираженням і закріпленням норм права, які складають нормативно-правовий зміст всіх чинних джерел позитивного права». Чітко розмежуюючи право і закон, В. С. Нерсесянц вважає, що право створюється не державою, не його державно-владної волею, а являє собою особливу духовну форму вираження сукупних підсумків складного і багатofакторного соціально-історичного процесу суспільного життя людей, досягнутого реалізацією в людських відносинах рівності, свободи і справедливості. Такої позиції дотримувалися багато відомих дослідники починаючи з античної епохи, на всіх етапах розвитку цивілізації, в тому числі К. Маркс, згідно з яким «законодавча влада не створює закону, вона лише відкриває і формулює його»¹⁰.

Окреме застосування отримав також термін «правозакріплення», під яким розуміють «заключний етап процесу правоутворення»¹¹, «організаційно врегульовану, особливу форму діяльності держави або безпосередньо народу, внаслідок якої потреби суспільного розвитку і вимоги справедливості набувають правової форми, що виявляється у певному джерелі права (нормативному акті, прецеденті, звичаї та ін.)»¹². Автори, що оперують цим поняттям, вважають, що «правозакріплення

¹⁰ Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы // Право и демократия: сбор. науч. трудов. – Минск, 2003. Вып. 14. – С. 9.

¹¹ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків, 2009. – С. 176.

¹² Там само. – С. 178.

відбувається шляхом санкціонування, тобто надання загальної обов'язковості і захисту з боку держави найбільш загальним і важливим правилам, що об'єктивно народжуються у суспільстві»¹³. Однак, на їхню думку, санкціонування теж може мати різні форми, а саме: форму надання юридичної сили судовим рішенням, звичаєм, договірним відносинам та форму нормотворчості (правотворчості) державних органів, завдяки якій з'являється писане право (законодавство)¹⁴. Отже, таке розуміння формування права призводить до розрізнення наступних категорій, що, як правило, виступають складовими одного єдиного процесу: правоутворення (як найбільш загальне поняття), правозакріплення (як останній етап правоутворення), санкціонування (як спосіб, у якій відбувається правозакріплення), власне санкціонування (тобто надання юридичної сили нормативним приписам неправового характеру) та правотворчість чи нормотворчість державних органів (як інший прояв санкціонування держави). Як здається, наведена наукова позиція викликає низку запитань, зокрема, щодо розрізнення санкціонування судових рішень, звичаїв, договірних відносин та «нормотворчості (правотворчості) державних органів, завдяки якій з'являється писане право (законодавство)», адже у такому випадку не зовсім зрозумілою є форма, у якій відбувається санкціонування неправових нормативних приписів. Крім того, дискусійним є застосування термінів «правотворчість» та «нормотворчість» виключно до діяльності державних органів із утворення так званого «писаного права» чи «законодавства», а також їхнє отождолення.

Не вдаючись до більш детального аналізу усього різноманіття наукових думок та концепцій у теорії національного права щодо питання правотворчості, можна констатувати певну їхню єдність щодо розрізнення таких понять, як формування права (чи правоутворення) та правотворчість.

Під формуванням права розуміють більшою мірою процес, обумовлений об'єктивними факторами: «Правоутворення є відносно тривалим процесом формування юридичних норм, що починається з визнання державою певних повторювальних суспільних відносин, усвідомлення необхідності їх правового регулювання, формального

¹³ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків, 2009. – С. 176.

¹⁴ Там само.

закріплення та державного захисту юридичних приписів»¹⁵. Щодо правотворчості, то її визначають вже як «організаційно оформлену, встановлену процедурну діяльність державних органів щодо створення правових норм і щодо визнання правовими сформованих, тих, що вже діють у суспільстві, правил поведінки»¹⁶. Отже, правоутворення є процедурою більш широкою, що охоплює різні складові, суб'єктів та засоби формування правових норм та включає правотворчість як один із етапів, на якому відбувається об'єктивізація нормативних приписів у певних, визнаних державою джерелах.

Як здається, таке розуміння правотворчості може бути застосоване й у міжнародному праві, що допоможе розрізняти цей процес із більш загальним процесом формування міжнародно-правових норм та міжнародною нормотворчістю у цілому.

Отже, визначаючи правотворчість, необхідно розмежовувати поняття міжнародної правотворчості та міжнародної нормотворчості, адже остання є процесом утворення не тільки правових, але й інших норм, що регулюють міжнародні відносини.

Міжнародну правотворчість можна розуміти у вузькому та широкому сенсах. Міжнародна правотворчість у широкому розумінні охоплює усі етапи формування нормативного припису, від його формулювання до надання йому юридичної сили. Міжнародна правотворчість у вузькому сенсі являє собою безпосереднє надання неправовим за своєю природою приписам юридичної обов'язковості, тобто трансформацію їх у міжнародно-правові норми.

Для розвитку теорії міжнародної правотворчості цікавим є звернення до наробітку національної правової науки, де вже давно має місце розрізнення таких категорій як «правоутворення» та «правотворчість».

Особливу увагу у контексті дослідження міжнародної правотворчості викликає питання її суб'єктів. На жаль, у науці міжнародного права немає однозначної відповіді не тільки на питання щодо того, у яких саме формах можуть бути утворені міжнародно-правові норми, але щодо того, хто саме їх може утворювати. Отже, дискусія щодо суб'єктів міжнародної правотворчості є щільно

¹⁵ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків, 2009. – С. 175.

¹⁶ Венгерова А. Б. Теория государства и права. – М., 2009. – С. 477.

пов'язаною із традиційною вже для науки міжнародного права дискусією щодо його джерел.

Якщо починати із класичного розуміння джерела міжнародного права, ним є міжнародний договір та міжнародний звичай. Таким чином, основними суб'єктами міжнародної правотворчості є саме ті суб'єкти, які є компетентними щодо підписання міжнародних договорів та утворення міжнародних звичаїв.

Осередком нормативної бази, яка регулює процес підписання міжнародних договорів, є Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. Стаття 1 конвенції чітко визначає, що її положення стосуються тільки договорів між державами, однак ст. 3 зазначає також, що «...конвенція не застосовується до міжнародних угод, укладених між державами та іншими суб'єктами міжнародного права або між такими іншими суб'єктами міжнародного права...». Ця норма дає змогу казати про те, що суб'єктами міжнародної договірної правотворчості можуть бути як держави, так й інші суб'єкти.

Безсумнівно, що до цих «інших суб'єктів міжнародного права» відносяться також міжнародні міждержавні організації. Їхня договірна правосуб'єктність підтверджується, зокрема Віденською конвенцією про право договорів між державами і міжнародним організаціями, а також між міжнародними організаціями 1986 р. Питання про те, хто ще може приймати участь у міжнародній договірній нормотворчості лишається відкритим.

Що ж до міжнародних звичаїв, то процес їхнього створення викликає ще більше запитань, адже є практично некодифікованим. Оминаючи низку інших проблемних аспектів формування та застосування міжнародного звичаєвого права, необхідно наголосити на невизначеності переліку суб'єктів, що можуть його формувати. Основна участь держави у цьому процесі не викликає запитань. Однак не є визначеним, чи може хтось ще, окрім неї, утворювати такі неписані правила міжнародного життя. Перш за все, мова йде про міжнародні організації.

Як уявляється, відповідь на це запитання, як і на більш широке запитання щодо суб'єктів правотворчості у міжнародному праві, залежить від розуміння самого поняття «суб'єкт міжнародної правотворчості». Його визначення можна надавати у широкому та вузькому значенні. У широкому розумінні під суб'єктом міжнародної

правотворчості можливо розуміти будь-якого учасника міжнародного правотворчого процесу, починаючи з етапу формування правила поведінки. У більш вузькому розумінні суб'єкт міжнародної правотворчості – це виключно той суб'єкт, від якого залежить процес надання певному правилу міжнародної комунікації юридичної обов'язковості, тобто перетворення його саме на міжнародно-правову норму. Зрозуміло, що згідно з таким підходом коло міжнародних правотворчих суб'єктів різко скорочується.

У багатьох роботах, присвячених міжнародному звичаєвому праву, можна простежити певну термінологічну невизначеність щодо цього питання, адже при утворенні міжнародних звичаїв автори посилаються як на поведінку взагалі суб'єктів міжнародного права, так і на практику саме держав. Здається таким, що не викликає запитань, твердження щодо того, що на етапі формування так званого «об'єктивного елементу» у структурі міжнародної звичаєвої норми, міжнародні організації відіграють дуже важливу, іноді навіть вирішальну роль. Але чи можуть вони приймати участь у формуванні його «суб'єктивного елементу», тобто мати право на висловлення власного *opinio juris*, лишається дуже сумнівним. Хоча деякі твердження, зокрема Міжнародного Суду ООН, примушують припустити можливість такої думки. Так, у Консультативному висновку про законність застосування чи погрози застосування ядерної зброї 1996 р. суд наголосив, «...що Генеральної Асамблеї, навіть якщо вони не є обов'язковими для виконання, можуть іноді мати нормативну цінність. Вони, за певних обставин, можуть надати докази, важливі для існування норми або виникнення *opinio juris*. Щоб встановити, чи вірно це для конкретної резолюції Генеральної Асамблеї, необхідно подивитися на її зміст і умови її прийняття; також необхідно подивитися, чи має переконаність в правомірності (*opinio juris*) нормативний характер. Або ж ряд резолюцій можуть показати поступовий розвиток *opinio juris*, необхідного для встановлення нового правила»¹⁷. Цей висновок, хоча й не має обов'язкової сили, однак демонструє важливу тенденцію у міжнародному праві – тенденцію до розширення кола суб'єктів міжнародної правотворчості.

На окремий розгляд у контексті міжнародної правотворчості, як вже зазначалося, заслуговує також джерела міжнародного права. Джерела

¹⁷ Хрестоматия. Действующее международное право / под ред. Ст. Люстига, А. Бастова, Н. Исмаилова, Г. Нааматовой. – Бишкек, 2012. – С. 51.

права є базовою категорією будь-якої правової системи. Не є виключенням й міжнародне право. Однак, навряд чи, у правовій системі якоїсь держави цей термін є настільки дискусійним та таким, що утворює величезну кількість проблем теоретичного та практичного характеру. Найвні проблеми є зрозумілими, адже саме від розуміння того, що може бути джерелом права, його нормативної ролі, залежать ті форми, у яких можуть бути вираженими та закріпленими правові норми, ті суб'єкти, що їх створюють, тощо. Ситуація, що склалася із цього приводу у міжнародному праві, є більш складною за умови відсутності як сталих правових традицій, так і чітких нормативних документів. Широко відома ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН не дає ані визначення самого джерела міжнародного права, ані їх вичерпного переліку. Останніми роками її зміст усе частіше піддається критиці із боку вчених різних країн, адже є зрозумілим, що Статут ООН та Статут Міжнародного Суду ООН, написані за часів майже безумовного домінування правового позитивізму у міжнародних відносинах, не можуть адекватно відповідати потребам сьогодення та тим правовим поглядам, що склалися в умовах наукового плюралізму останніх десятиріч.

Що до вітчизняної науки міжнародного права, вона, переважно, залишається на позиціях позитивізму, наслідуючи традиції радянських часів. Це зумовлює погляд на джерела права у цілому та на джерела міжнародного права зокрема у їхньому формальному прояві, що однак не зовсім відповідає світовим тенденціям праворозуміння.

Питанню джерел міжнародного права традиційно присвячено досить багато наукових публікацій. Зокрема, цієї проблематики стосуються роботи таких відомих вчених, як К. А. Бекашев, В. Г. Буткевич, О. В. Задорожній, І. І. Лукашук, В. В. Мицик, Ю. О. Тихоміров, Г. І. Тункін, Ентоні Д'Амато (Antony D'Amato), Алан Бойл (Alan Boyle), Ян Броунлі (Yan Brownlie), Крістін Чінкін (Christine Chinkin), Ласса Опенгейм (Lassa Oppenheim) та інші. Однак комплексних досліджень не так вже й багато. Серед останніх праць вітчизняних авторів варто відзначити монографії О.О. Мережко «Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики», Ю. В. Щокіна «Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики». Що ж до зарубіжних досліджень, їх набагато більше, але усі вони, як і вітчизняні, як правило, присвячені дослідженню окремих міжнародно-правових джерел.

Відповідно до класичного підходу до розуміння джерела права, відображеного у більшості праць вітчизняних та російських авторів, ним є форма закріплення (зовнішнього прояву) правових норм¹⁸. Ось як визначає джерело права патріарх радянської правової науки С. С. Алексєєв: «Якщо виходити з загальнопоширеного значення терміну «джерело», то у сфері права під ним слід розуміти силу, що утворює право. Такою силою перш за все є влада держави, що реагує на потреби суспільства, розвиток суспільних відносин та приймає відповідні правові рішення. Поряд із цим джерелом права слід також визнавати форму вираження державної волі, форму, у якій міститься правове рішення держави»¹⁹.

Схожої позиції дотримувалася й радянська наука міжнародного права, що визначала джерела міжнародного права як «форми, у яких існують норми міжнародного права, тобто як результат процесу утворення цих норм»²⁰.

Здавалося б з відходом від позицій жорсткого позитивізму у правових дослідженнях погляди вітчизняних та російських науковців щодо багатьох теоретичних питань міжнародного та національного права мали б змінитися, однак навіть зверхній огляд літератури дозволяє дійти висновку про те, що більшість з них дотримується попередньої позиції. Так, російські вчені Ю. М. Колосов та Е. С. Кривчікова вважають джерелами міжнародного права «ті зовнішні форми, у яких знаходять своє вираження його норми. Джерела міжнародного права – це кінцевий результат (чи спосіб) процесу нормотворення»²¹. Схожу думку висловлює Г. І. Курдюков, вважаючи джерела міжнародного права результатами процесу утворення норм міжнародного права та виокремлюючи два основні їхні різновиди: міжнародний договір та міжнародний звичай²².

Український вчений М. О. Баймуратов зазначає, що «термін «джерело права» вживають у двох значеннях – матеріальному та формальному. Під матеріальними джерелами розуміють матеріальні умови життя суспільства. Під формальними ж джерелами розуміють ті форми, у яких

¹⁸ Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. – М., 2004. – С. 240.

¹⁹ Алексєєв С. С. Теория государства и права. – М., 2004. – С. 257.

²⁰ Курс международного права. Т. 1. / Ю. А. Баскин, Н. Б. Крылов, Д. Б. Левин. – М., 1989. – С. 182.

²¹ Международное право / под ред. Ю. М. Колосова, Э. С. Кривчиковой. – С. 57.

²² Международное право. Общая часть / под ред. Р. М. Валеева, Г. И. Курдюкова. С. 128–129.

знаходять своє вираження та закріплення норми права. Тільки формальні джерела права є юридичною категорією та складають предмет вивчення юридичних наук, у тому числі міжнародного права. ...Джерелом міжнародного права прийнято вважати форму вираження міжнародно-правових норм»²³.

Автори вітчизняного підручника «Міжнародне право. Основи теорії» В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній більш виважено ставляться до питання визначення джерела міжнародного права, наводячи думки та теорії різних вчених-міжнародників із цього приводу та визнаючи найбільш поширеним наступний підхід до розуміння формальних джерел міжнародного права (поряд з якими вони посилаються також на погляди щодо існування й матеріальних джерел). Отже, на їхню думку, «під формальними джерелами міжнародного права мають на увазі фактичний, наявний на цей час матеріал, з якого фахівець-міжнародник визначає юридично обов'язкові правила, які можна застосовувати до конкретної ситуації. Такий матеріал поділяють на п'ять основних категорій: 1) міжнародні угоди; 2) міжнародні звичаї; 3) рішення міжнародних судових та арбітражних інституцій; 4) доктрини міжнародного права; 5) рішення міжнародних органів та організацій»²⁴. Така позиція є набагато більш прогресивною, але й вона викликає низку запитань, адже не є цілком зрозумілим, як саме фахівець-міжнародник може визначити юридично обов'язкові правила, не маючи чіткого уявлення щодо того, де саме вони можуть міститися, та не розуміючи критеріїв розрізнення юридично обов'язкових приписів та інших соціальних норм, які не є обов'язковими для дотримання. Така ситуація нагадує своєрідне замкнуте коло, де визначення одного поняття є неможливим без визначення іншого. Для того, щоб все ж таки вийти з нього, маємо визначити первинну категорію, якою, на наш погляд, є саме категорія джерела міжнародного права.

Звертаючись до поглядів представників західної науки міжнародного права першої половини ХХ сторіччя, зокрема, до вчення такого відомого класика, як Ласса Опенгейм (Lassa Francis Lawrence Oppenheim), знаходимо знайомий нам позитивістський підхід. На його думку, «унаслідок того, що основою міжнародного права є загальна згода держав членів сім'ї народів, вочевидь, повинно існувати стільки джерел

²³ Баймуратов М. А. Международное публичное право. – С. 82.

²⁴ Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії. – С. 111.

міжнародного права, скільки є (юридичних – О. Н.) фактів, що можуть викликати до життя таку загальну згоду. Держава цілком у той же спосіб, що й окрема особа, може висловити свою згоду або прямо, через явно виражену заяву, або мовчазно такою поведінкою, якої вони не стала б дотримуватися, якщо б не була згодна. Як наслідок, джерела міжнародного права є подвійними: 1) явно висловлена згода, що дається при укладанні державами договору, який передбачає певні норми майбутньої міжнародної поведінки сторін; 2) мовчазна згода, тобто згода, що мається на увазі, яка надається у такий спосіб, що держава додержує звичаю підкорюватися певним нормам міжнародної поведінки. Отже, договори та звичай є виключними джерелами міжнародного права»²⁵. Дискутуючи із представниками інших філософсько-теоретичних напрямів, зокрема, представниками природно-правової концепції, він каже, що «більшість цих вчених змішує поняття джерело із поняттям причини та унаслідок такої помилки приходять до висновку, що певні фактори, які впливають на розвиток міжнародного права, уявляються джерелами норм цього права»²⁶.

Однак класичний позитивізм у зарубіжній науці міжнародного права доволі швидко починає поступатися іншим теоретичним підходам до праворозуміння. Так, представник реалізму у міжнародному праві Ян Броунлі (Jan Brownlie) у 60-х роках ХХ сторіччя писав, що «у літературі розрізняють формальні та матеріальні джерела права. До перших відносять ті правові процедури та методи утворення норм, які мають загальне застосування, що є юридично обов'язковими для тих, кому вони адресовані. Матеріальні джерела служать доказом існування норм, які, якщо встановлено їхню наявність, мають статус юридично обов'язкових загальнозживаних норм. ... Що стосується міжнародних відносин, то тут вжиток терміну «формальне джерело» не є вдалим, з огляду на те, що в читача виникає уявлення про конституційний правоутворюючий механізм, що діє у державі. ... У певному сенсі «формальних джерел» у міжнародному праві немає. Як заміник та, можливо, еквівалент існує принцип, відповідно до якого загальна згода держав породжує норми, що мають загальне застосування. У такий спосіб у міжнародному праві

²⁵ Oppenheim L. International Law: a Treaties. Vol. 1. С. 21–22. <https://archive.org/stream/internationallaw12oppe#page/n1298/mode/1up> (дата звернення: 19.10.2017).

²⁶ Там само.

важко казати про відмінності між формальними та матеріальними джерелами. ... Реальне значення мають різноманітні матеріальні джерела, що відіграють першорядну роль доказів наявності згоди між державами відносно конкретних правил чи практики. Наприклад, рішення Міжнародного Суду, резолюції Генеральної Асамблеї ООН та «правотворюючі» багатосторонні угоди...»²⁷.

Дещо пізніше у 1971 р. інший авторитетний фахівець Ентоні Д'Амато (Antony D'Amato), представник однієї із нових теорій у міжнародному праві, так званої теорії ігор, у своїй праці «Концепція звичаю у міжнародному праві» навів глибокий аналіз існуючих підходів до розуміння джерела права. Він пише: «Серед дефініцій, викладених у літературі, ми можемо виокремити щонайменше шість площин для дискусії. У першій площині можливо розглядати «джерела» права як природу, розум, мораль, людську свідомість, божество, мудрість старійшин тощо. По-друге, джерело права може полягати у традиції, звичці, політиці, необхідності чи зручності. У третій площині можна було б розглядати джерела як законодавство, судові рішення, договори, звичай, дипломатичну переписку чи твори публіцистів. У рамках четвертого тлумачення терміну «джерела» можна посилатися на фізичні об'єкти, що містять «право», як-то: книги, бібліотеки, мікрофільми, листи, журнали, газети і таке інше. По-п'яте, можна стверджувати, що право походить від суддів, управлінців, дипломатів та іншого «повноважного» персоналу. Нарешті, у межах психологічного розуміння зазначеної категорії можливо віднайти джерела права у психології суддів, суб'єктивному підході управлінців, загальних очікуваннях народу щодо позиції влади чи повноважних органів»²⁸.

Д'Амато не поділяє поглядів багатьох науковців щодо розподілу усіх джерел міжнародного права на формальні та матеріальні через значну кількість протиріч, які мають місце у відповідних працях²⁹. Що ж до його власного підходу, Д'Амато розглядає категорію джерела міжнародного права через призму розподілу його норм на «первинні» та «вторинні». На його думку, «право «не приходить» з певного місця. У телеологічному сенсі можна сказати, що «джерело права» – це будь-який

²⁷ Броунлі, Ян. *Международное право*. – М., 1977. Кн. 1. – С. 21-22.

²⁸ D'Amato, Antony. *Concept of Custom in International Law*. Ithaca, London, 1971. – С. 264.

²⁹ Там само. – С. 265.

аргумент, який застосовується для того, щоб довести, що певне первинне правило чи норма фактично є нормою права. Такі аргументи, коли вони стають структурованими завдяки багаторазовому повторенню, набувають якості «вторинних правил» у сенсі, що використовується у цьому дослідженні»³⁰.

Отже, у такий спосіб Д'Амато наділяє «вторинні норми» якостями доказів існування певних «первинних норм». Певним чином він наділяє «вторинні норми» якостями матеріальних джерел міжнародного права у розумінні Ян Броунлі, які останній витлумачує як докази існування інших правових норм. Однак сам Д'Амато піддає критиці спроби багатьох науковців розглядати джерела як докази наявності норм міжнародного права³¹.

Як бачимо, міжнародному праву середини ХХ сторіччя властиві різноманітні погляди щодо джерел міжнародного права. Однак сучасні дослідники йдуть набагато надалі, наділяючи рисами джерел права конструкції, які традиційно такими не визнавалися³². Ще далі йдуть деякі представники американської науки зазначаючи, що «правотворчість двадцять першого сторіччя не може зводитися виключно до традиційної правотворчості у сенсі модельних кодексів та статичних текстів, оскільки сам процес будування відносин пожвавлює появу нормативних принципів у нових проблемних сферах, призводячи до формування soft law, «режимної розбудови», що іноді дійсно кристалізуються у правових нормах»³³. На розвиток висловленої думки радник з юридичних питань Державного департаменту США Гарольд Кох (Harold Hongju Koh) відносить до так званих «способів утворення міжнародних зобов'язань,

³⁰ D'Amato, Antony. *Concept of Custom in International Law*. Ithaca, London, 1971. – С. 267.

³¹ Там само. – С. 268.

³² Див. Ajevski M. *Judicial Law-making in International Criminal law – the Legitimacy Conundrum*; Ginsburg T. *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*; Johnstone J. *Lawmaking through the Operational Activities of International Organizations*; Pate R. Ashby. *The Future of Harmonization: Soft Law Instruments and the Principled Advance of International Lawmaking* тощо.

³³ Koh H. *Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking* // Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2013. С. 746. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5696&context=fss_papers (дата звернення: 19.10.2017).

що формуються» – «дипломатичний правовий діалог», «багаторівневу кооперацію», «гібридні публічно-приватні угоди»³⁴.

Сподіваємося, що ми спромоглися продемонструвати різноманіття теорій та поглядів щодо визначення джерел міжнародного права. Звісно, певний науковий плюралізм завжди є позитивним чинником ґрунтовного дослідження та розвитку будь-яких концепцій, однак, з іншого боку, занадто довільне тлумачення основоположних понять міжнародного права не може не викликати занепокоєння. Адже розмивання одних концепцій призведе до дестабілізації інших. Така ситуація певною мірою є припустимою щодо філософських напрямків наукового мислення. Однак у межах правової системи, що вимагає максимальної однаманітності правового регулювання ідентичних суспільних відносин, невизначеність понять може призвести до зловживань та функціональних порушень.

Отже, дослідження різноманітних наукових поглядів та практичних аспектів функціонування джерел міжнародного права дозволяє дійти висновку про те, що щодо визначення джерел міжнародного права завжди точилися гострі дискусії, адже кожний наступний науковий підхід до праворозуміння приносив із собою нові ідеї та поняття.

Протягом довгого часу домінуючою теорією, що визначала розвиток усієї міжнародно-правової системи, був юридичний позитивізм, який, однак, із зростаючою очевидністю не здатний задовільними потреби сучасних міжнародних відносин, що стрімко змінюються. В останні роки намітилася тенденція до значного збільшення кількості теорій щодо визначення міжнародно-правових джерел. На наш погляд, цей процес призводить до розмивання багатьох інших концептуальних понять у системі, зокрема, поняття правотворчості та її суб'єктів. Вважаємо, що відмова від класичного позитивістського підходу, який жорсткого обмежував перелік джерел міжнародного права, власно зводячи їх до міжнародних договорів, міжнародних звичаїв та окремих рішень міжнародних організацій, є необхідною та своєчасною. Однак утворюючи нову систему джерел міжнародного права, міжнародна спільнота має керуватися, перш за все, міркуваннями доцільності та

³⁴ Koh H. Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking // Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2013. – С. 727.
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5696&context=fss_papers
(дата звернення: 19.10.2017).

ефективності. Отже, нескінчене філософське осмислення цієї ключової правової категорії має знайти свої вираження у конкретних приписах міжнародних нормативних актів.

Розглядаючи концепцію правотворчості у контексті джерел міжнародного права, неминуче стикаємося з іншою проблемою теорії та практики міжнародного права – проблемою визначення не тільки самого поняття «джерело міжнародного права», але й системи його джерел.

Питання системи джерел міжнародного права є дискусійним, адже, на жаль, міжнародному нормативно-правовому полю бракує документа, який би чітко визначав перелік джерел міжнародного права. Як вже зазначалося, класичний вітчизняний науковий підхід вимагає визнавати джерелами міжнародного права міжнародний договір та міжнародний звичай. Однак сучасна міжнародно-правова наукова доктрина вже давно вийшла за межі прокрустових рамок джерельності міжнародного права та наділяє рисами джерела права найрізноманітніші форми вираження міжнародних норм.

Безперечно, розгляд концепту правотворчості був би не повним без його вивчення у контексті розгляду різних джерел міжнародного права, але перш ніж звернутися до сучасних підходів до цього питання, вважаємо за потрібне зупинитися на міжнародній договірній та звичаєві правотворчості.

Міжнародний договір є наразі основним та найбільш поширеним джерелом міжнародного права. У ХХ сторіччі у період так званого «буму» міжнародних договорів деякі вчені пророкували йому виключну роль у врегулюванні міжнародних відносин, посилаючись на те, що інше традиційне джерело міжнародного права – міжнародний звичай – віджило себе та у близькому майбутньому нібито мало зникнути зовсім. Однак практика міжнародних відносин довела протилежне – міжнародний договір, незважаючи на всі переваги, не зміг підмінити собою міжнародний звичай та справитись із врегулюванням усього масиву міжнародних відносин. Причини цієї невдачі полягають саме у процесі його укладання, тобто у специфіці міжнародної договірної правотворчості.

Міжнародна договірна, як і будь-яка, правотворчість базується на принципі вільного волевиявлення сторін договору. Наслідком порушення цього принципу є недійсність договору, що підтверджено у ст. 51, 52 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. Як

наслідок, примусити суверенну державу чи будь-якого іншого суб'єкта міжнародного права до укладання міжнародного договору є неможливим. Наразі це призвело до того, що провідні країни світу, зокрема США, взагалі не підписують чималу кількість конвенцій, пояснюючи це захистом державних інтересів та труднощами у їх дотриманні: «...Перед тим, як прийняти міжнародні зобов'язання, ми дуже уважно розмірковуємо над тим, що вони тягнуть за собою, саме через те, що ми дуже серйозно приймаємо ті зобов'язання, що виконуємо»³⁵. Як здається, часто за неприєднанням до тієї чи іншої конвенції стоять не тільки перешкоди у виконанні його зобов'язань, але й банальне небажання створювати для себе чіткі обов'язки та правила гри.

Як би то не було міжнародній договір є важливим регулятором міжнародних відносин. Звертаючись до окремих аспектів його укладання, бажаємо зосередитись на етапах та суб'єктах міжнародної договірної правотворчості.

На наш погляд, надати характеристику цих аспектів не можливо без чіткого визначення міжнародної правотворчості. Як вже зазначалося, необхідно розрізняти міжнародну нормо- та правотворчість. Крім того, навіть у рамках утворення саме норм міжнародного права можна казати про більш вузьке та більш широке розуміння правотворчості.

Виходячи із цього посилання, спробуємо надати загальну характеристику саме міжнародної договірної правотворчості, залишаючи поза нашою увагою етапи доправового, нормативного формування. Розуміючи процес утворення міжнародних договірних норм у найбільш широкому сенсі, можна виокремлювати щонайменше два основні етапи утворення його норм – етап формулювання самої норми та етап надання їй юридичної сили. Слід зауважити, що не слід плутати стадійність укладання міжнародного договору та етапність формування його норм. Їхня кількість суттєво різниться, адже одному етапу формування норм можуть відповідати декілька стадій укладання договору. Так наприклад, формування норм міжнародного договору може відбуватися протягом таких стадій, як підготовка, розроблення, узгодження та прийняття тексту договору та встановлення автентичності його тексту.

³⁵ Koh H. Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking // Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2013. – С. 734.
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5696&context=fss_papers
(дата звернення: 19.10.2017).

У більш вузькому розумінні правотворчості як процесу надання неправовим міжнародним нормам юридичної обов'язковості міжнародна договірна правотворчість може зводитися до одного етапу, а саме до етапу вираження згоди на обов'язковість міжнародних договірних норм, що у контексті стадій укладання міжнародного договору відбувається на етапах підписання, обміну документами, ратифікації, затвердження або приєднання. У випадку багатосторонніх угод мова йде, як правило, про дві основні стадії – підписання та ратифікацію (чи аналогічні процедури).

Що ж до суб'єктів міжнародної договірної правотворчості, то їхнє коло також безпосередньо залежить від розуміння міжнародної правотворчості. Якщо казати про правотворчість у широкому сенсі, то коло суб'єктів значно зростатиме, адже у процесі формування норм можуть приймати участь не тільки однозначно визнані суб'єкти міжнародного права – держави та міжнародні міждержавні організації, але й інші актори, чия міжнародна правосуб'єктність викликає широкі дискусії, як-то: міжнародні неурядові організації, наукові інституції, навіть окремі авторитетні вчені у галузі міжнародного права. Якщо ж звужувати поняття міжнародної правотворчості, то логічним є й звуження кола її суб'єктів до держав та міжнародних міждержавних організацій. Хоча деякі представники західної науки міжнародного права мають дещо інші погляди щодо цього питання, про що йтиметься нижче.

Як вже було зазначено, іншим джерелом міжнародного права, що не втратило свого значення протягом багатьох сторіч, є міжнародний звичай. Якщо процес укладання та виконання міжнародного договору, а також інші пов'язані із ним міжнародні відносини є більш-менш врегульованими, то утворення та застосування міжнародного звичаю викликає у науці та практиці міжнародного права набагато більше запитань. Найскладніші з них стосуються саме міжнародної звичаєвої правотворчості, адже ще й досі немає чітких відповідей ані щодо часу, потрібного для утворення міжнародного звичаю, ані щодо форм вираження так званого *opinio juris*, ані щодо суб'єктів такої правотворчості тощо. Не вдаючись до ґрунтовного аналізу зазначеного кола питань, маємо зазначити, що у класичному розумінні норми міжнародних звичаїв також мають проходити два основні етапи свого формування із тим, щоб отримати силу юридично-обов'язкового правила поведінки у міжнародних відносинах.

На першому етапі відбувається формування самого правила поведінки, тобто норми, яка, однак, ще немає статусу правової. Це так званий «об'єктивний» елемент у структурі міжнародного звичаю, для формування якого необхідно, аби певна одноманітна поведінка суб'єктів міжнародного права у аналогічних ситуаціях мала місце протягом достатньо довгого проміжку часу. Часто результатом такої поведінки стає так зване міжнародне узвичаєння, що не маючи юридичної обов'язковості, у той самий час становить норму поведінки, недодержання якої у міжнародних відносинах може розглядатися як недружній акт та викликати певні форми протесту. На наш погляд, саме цей етап можна розглядати як перший етап міжнародної звичаєвої правотворчості у широкому розумінні.

Другим, обов'язковим для формування саме правової норми, є етап, на якому до «об'єктивного» елементу міжнародного звичаю додають так званий «суб'єктивний» елемент – згоду суб'єктів міжнародного права на надання вже сформованій міжнародній звичаєвій нормі поведінки характеру юридично-обов'язкової. На цьому етапі відбувається перетворення просто звичаю на звичай правовий. Як здається, саме цей важливий етап можна вважати другим етапом міжнародної правотворчості у широкому розумінні.

Що ж до більш вузького її визначення, то за аналогією із міжнародним договором міжнародну звичаєву правотворчість у цьому випадку можна зводити до останнього етапу, а саме до етапу висловлення *opinio juris*, на якому безпосередньо з'являються юридично-обов'язкові звичаєві норми.

Звертаючись до суб'єктів такої правотворчості, ми знов наштковуємося на ключове питання щодо її визначення. Розуміючи міжнародну звичаєву правотворчість як двоетапний процес, слід по-різному визначати суб'єктів, що приймають у ній участь на цих етапах. Так, на першому етапі переважну роль у формуванні звичаєвої норми у її класичному розумінні відігравали саме держави як основні суб'єкти міжнародного права. Варто зауважити, що окремо у цьому контексті слід розглядати так звані «миттеві» звичаї, чіє існування обґрунтовують деякі дослідники, наприклад, І. І. Лукашук³⁶.

Суб'єкти другого етапу є більш суперечливими. Незважаючи на те, що традиційно висловлення *opinion juris* було прерогативою держав, у

³⁶ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. – С. 112.

наш час усе більшу роль у процесі визнання певної звичаєвої норми поведінки у міжнародних відносинах саме правовою нормою відіграють ще й інші суб'єкти міжнародного права. Перш за все, у цьому питанні зростає авторитет міжнародних організацій та міжнародних судових органів. Їхня поведінка інколи дає підстави для побоювань щодо підміни ними у процесі формування міжнародного звичаю самого правотворчого суб'єкта, тобто держави. Саме ці суб'єкти можуть розглядатися як суб'єкти міжнародної звичаєвої правотворчості у її найбільш вузькому розумінні.

Розгляд правотворчості у контексті джерел міжнародного права був би неповним без вивчення сучасних поглядів на джерельний склад цієї правової системи. Майже загально визнаним є підхід щодо виокремлення як джерела міжнародного права також деяких рішень міжнародних організацій. Як уявляється, у найбільш загальному розумінні характеристика суб'єктного складу та етапності правотворчості у цьому випадку є досить простою, адже зводиться фактично до одного етапу та суб'єкта – самої міжнародної організації.

Однак деякі представники західної науки йдуть набагато далі у відповіді на питання про джерела міжнародного права. Так, деякі італійські вчені розподіляють джерела з точки зору їхньої важливості та юридичної сили на джерела першого, другого та третього порядків. До перших вони відносять конститутивні принципи міжнародного права (норми *jus cogens*), до других – міжнародний договір та міжнародний звичай, до третіх – юридичну практику, наукову доктрину, право справедливості, односторонні акти держав та інших суб'єктів міжнародного права, а також *soft law*³⁷.

Як вже зазначалося, деякі представники американської науки розуміють сучасну правотворчість ширше, наголошуючи на тому, що вона «не може зводитися виключно до традиційної правотворчості у сенсі модельних кодексів та статичних текстів, оскільки сам процес будівництва відносин поживає появу нормативних принципів у нових проблемних сферах, призводячи до формування *soft law*, «режимної розбудови», що іноді дійсно кристалізуються у правових нормах»³⁸. До «способів утворення міжнародних зобов'язань, що формуються» вони

³⁷ Ledomanded'esamedi Diritto Internazionale Pubblico. Collaborazione di dott.ssa Giovanna Cammilli. Napoli, 2009. – С. 46–47.

³⁸ Koh H. Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking. – С. 746.

відносять «дипломатичний правовий діалог», «багаторівневу кооперацію», «гібридні публічно-приватні угоди». Під дипломатичним правовим діалогом розуміють «постійне спілкування з приводу правових норм», що може, однак, «приймати форму меморіалізуючих угод чи угод взаєморозуміння, що ми маємо на папері, не утворюючи обов'язкових правових угод...»³⁹.

Що до багаторівневої кооперації, то, на думку Гарольда Коха, вона заводиться до так званої «режимної розбудови» у сенсі заохочення дискусій та розбудови консенсусу щодо набору норм, правил, принципів та процедур прийняття рішень, що поєднуються та застосовуються у певній проблемній сфері. Деякі документи, що виникають після таких дипломатичних дискусій можуть бути описані як *soft law*, оскільки вони прагнуть до визначення нових норм або ж пояснюють то, як вже встановлені норми мають застосовуватися у нових обставинах. Цей різновид юридичного діалогу завжди передус, а іноді замінює собою формальну правотворчість... Через цей повторювальний процес, у якому юристи-міжнародники з різних країн розмовляють про ці питання у двосторонньому та багатосторонньому порядку, ми створюємо те, що теоретики із міжнародних відносин називають епістеміологічною спільнотою або ж ... «інтерпретаційною спільнотою», де юристи-міжнародники розмовляють на одній мові для опису того ж самого транснаціонального феномену у тому наповненні, що він його отримує у їхній країні та їхніх міжнародних відносинах»⁴⁰.

Й нарешті, до гібридних публічно-приватних угод Гарольд Кох відносить інноваційні форми публічно-приватного партнерства, які б прагнули до залучення урядів, представників промисловості та громадянського суспільства до розробки нових норм, принципів та стандартів поведінки у деяких нових сферах суспільних відносин, де щільно переплітаються як державні, так і приватні інтереси, як-то: діяльність приватних охоронних агентств, видобувна діяльність тощо⁴¹.

Зазначені вище конструкції, що деякі вчені наділяють рисами джерел міжнародно-правових норм або щонайменше джерел норм міжнародної поведінки, що не мають правового характеру, є самі по собі значно дискусійними та такими, що потребують ретельних наукових

³⁹ Koh H. Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking. – С. 740.

⁴⁰ Там само. – С. 743.

⁴¹ Там само – С. 743–745.

досліджень та подальшого розвитку. Отже, й розглядати їх у контексті міжнародної правотворчості є дещо зарано. Однак очевидним є той факт, що визнаючи їх формами закріплення міжнародних нормативних приписів, ми значно розширюємо коло суб'єктів міжнародної нормотворчості. Це, у свою чергу, може викликати запитання щодо участі деяких із них вже безпосередньо у правотворчих процесах.

Наведені вище позиції не вичерпують усього різноманіття наукових підходів до розуміння джерел міжнародного права. Не заперечуючи право на життя багатьох із них, вимушені, однак, зауважити про потенційно небезпечні наслідки такої широти та невизначеності поглядів щодо однієї із ключових конструкцій будь-якої правової системи – джерела права.

Безкінечне розмивання його концепту у міжнародному праві може призвести до нівелювання інших стрижневих положень цієї системи, зокрема концепції міжнародно-правової норми. Як здається, тенденція, що намітилася, може призвести до свавільного утворення норм поведінки у міжнародних відносинах, додержання яких викликатиме багато дискусій, перш за все, із боку основного суб'єкта міжнародного права – держави, що в останні роки стрімко втрачає своє виключне домінуюче положення.

На завершення бажаємо підкреслити, що для ґрунтовного дослідження теми міжнародної правотворчості необхідний її аналітичний розгляд у контексті джерел міжнародного права, адже їхня специфіка впливає на особливості формування відповідних норм міжнародного права.

Теоретичний аналіз таких характеристик міжнародної правотворчості, як етапи та суб'єкти не можливий також без її чіткого визначення. Важливо у цьому зв'язку розрізнявати суб'єктів та етапи міжнародної правотворчості у вузькому та широкому сенсах, відокремлюючи їх у той самий час від аналогічних характеристик міжнародної нормотворчості, що становить собою більш широке поняття.

Аналіз міжнародної договірної та звичаєвої правотворчості у більш широкому розумінні продемонстрував, що у цілому їй властиві два основних етапи, однак суб'єкти-учасники цих етапів суттєво різняться, що особливою мірою стосується утворення міжнародних звичаїв.

Якщо зводити міжнародну правотворчість виключно до процесу надання міжнародним нормативним приписам юридичної обов'язковості,

то у цьому розумінні можна казати про один етап як міжнародної договірної, так і міжнародної звичаєвої правотворчості, основним суб'єктом якої виступає держава. Однак останні зміни у міжнародних відносинах демонструють тенденцію до поширення кола міжнародних правотворчих суб'єктів.

На окрему увагу заслуговує питання щодо рішень міжнародних судових органів як допоміжного засобу для врегулювання міжнародних відносин. Незважаючи на те, що протягом майже всього ХХ сторіччя у науці та практиці міжнародного права заперечували можливість застосування судових прецедентів як джерел міжнародного права, останні роки демонструють тенденцію до усе ширшого застосування у роботі різноманітних міжнародних судових інституції так званого принципу «*stare decisis, et non quietamovere*». Аналіз наукової літератури та судової практики щодо ролі судових рішень у міжнародному праві дозволяє дійти висновку про те, що класичний підхід, згідно з яким міжнародні судові рішення є виключно допоміжним засобом для встановлення міжнародного права, поступово змінюється, поступаючись думці про їхній правотворчий ефект. Основними причинами, що спонукають до зміни панівної концепції, є розширення системи міжнародної юстиції та поява нових міжнародних судів із явно вираженою ієрархічною структурою, що призводить до змін у ставленні суддів до судових рішень як внутрішнього, так і зовнішнього характеру. Застосування судового рішення як міжнародного судового прецеденту має свої відмінності відповідно до типу та сфери дії певної інституції. Відсутність жодної визначеної нормативної бази щодо цього питання та імпліцитний характер явища викликає занепокоєність через неконтрольованість та певну довільність процесу судової правотворчості. Це, у свою чергу, спонукає міжнародну наукову спільноту до пошуку та розроблення механізмів контролю за утворенням новітніх норм міжнародного права у міжнародних судових інституціях.

Досліджуючи питання міжнародної судової правотворчості, не можна оминати також застосування загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, та принципу *ex aequo et bono* врегулюванні міжнародних відносин на сучасному етапі. Як здається, у науці намітилася тенденція до більш широкого їх визнання як джерела міжнародного права, хоча й обмеженого у застосуванні.

Проблематичним залишається аналіз міжнародної правотворчості у контексті інших нетипових джерел міжнародної права, таких як soft law, наукова доктрина, юридична практика, гібридні публічно-приватні угоди тощо. Вважаємо, що їхня джерельна функція на цьому етапі розвитку міжнародних відносин не є однозначно доведеною. Однак тенденція до появи нових юридичних конструкцій, що нібито відіграють роль джерел права, демонструє наявність нагальної потреби у більш ґрунтовному дослідженні та нормативному закріпленні як концепції джерела міжнародного права, так і концепції міжнародної правотворчості.

Список використаних джерел

1. Алексеев С. С. Теория государства и права [Текст]: учебник для вузов / С. С. Алексеев. – 3-е изд. – М.: Норма, 2004. – 453 с.
2. Баймуратов М. А. Международное публичное право [Текст]: учебник / М. А. Баймуратов. – 2-е изд., перераб. и доп. – Х.: Одиссей, 2007. – 704 с.
3. Большой юридический словарь [Текст]: под ред. А. Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Инфра-М, 2004. – 704 с.
4. Броунли, Ян. Международное право [Текст]: в 2-х кн.; под ред. Г. И. Тункина / Ян Броунли. – М.: Прогресс, 1977. – Кн. 1. – 535 с.
5. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст]: підручник / за ред. В. Г. Буткевича; Міністерство освіти і науки України / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній. – К.: Либідь, 2002. – 608 с.
6. Венгеров А. Б. Теория государства и права [Текст]: учебник для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. – 6-е изд. – М.: Омега-Л, 2009. – 607 с.
7. Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы [Текст] / С. Г. Дробязко // Право и демократия: сбор. науч. трудов. – Минск: БГУ, 2003. – Вып. 14. – С. 15–34.
8. Загальна теорія держави і права [Текст]: підручник для студентів юрид. вузів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – 584 с.
9. Курс международного права [Текст]: в 7 томах. Т. 1. Понятие, предмет и система международного права / [Ю. А. Баскин, Н. Б. Крылов, Д. Б. Левин и др.]. – М.: Наука, 1989. – 360 с.

10. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть [Текст]: учеб. для студ. юрид. факультетов и вузов / И. И. Лукашук. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.
11. Международное право. Общая часть [Текст]: учебник / под ред. Р. М. Валеева, Г. И. Курдюкова. – М. : Статут, 2011. – 543 с.
12. Международное право [Текст]: учебник / под ред. Ю. М. Колосова, Э. С. Кривчиковой. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Международные отношения, 2006. – 816 с.
13. Международное публичное право [Текст]: учебник / Л. П. Ануфриева, Д. К. Бекашев, К. А. Бекашев, В. В. Устинов [и др.]; отв. ред. К. А. Бекашев. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 784 с.
14. Тазиев Н. Д. Международное нормотворчество: современные способы создания правовых норм [Текст]: автореф. дис. канд. юр. наук.: 12.00.10 «Міжнародне право. Європейське право» / Н. Д. Тазиєв. – Казань, 2002. – 24 с.
15. Хрестоматия. Действующее международное право [Текст] / под. ред. Ст. Люстига, А. Баєтова, Н. Исмаилова, Г. Нааматовой. – Бишкек, Алтын Принт, 2012. – 704 с.
16. D'Amato, Antony. Concept of Custom in International Law [Текст] / Antony D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. – 328 p.
17. Koh H. Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking [Электронный ресурс] / Н. Koh // Yale Law School Legal Scholarship Repository. – 2013. – С. 725-747. Режим доступа : http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5696&context=fss_papers/(дата звернення: 19.10.2017). – Назва з екрана.
18. Le domande d'esame di Diritto Internazionale Pubblico. Collaborazione di dott.ssa Giovanna Cammilli [Текст]. – Napoli: Simone, 2009. – 304 p.
19. Oppenheim L. International Law: a Treaties [Электронный ресурс] / L. Oppenheim – Vol. 1. Peace. – London : Longmans, Green, and Co, 1905. – 595 p. – Режим доступа : <https://archive.org/stream/internationallaw12oppe#page/n1298/mode/1up> (дата звернення: 19.10.2017). – Назва з екрана.

РОЗДІЛ XI. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ І ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

У сучасному світі в епоху трансформації суспільства та загальної міжнародної економічної інтеграції гостро постає питання про імплементацію норм і принципів міжнародного права у внутрішнє право держави. Міжнародна правова практика держав характеризується надзвичайною різноманітністю.

Дана об'єктивно існуюча реальність, детермінована стрімкими темпами розвитку міжнародного співробітництва в умовах мирного взаємодії, в першу чергу, пов'язана з розширенням кола суб'єктів міжнародного правотворчості, оновленням і появою все нових, і нових елементів в системі імплементаційного процесу, а також різноманітним, що створюються акторами, міжнародно-правових норм. В результаті чого відбувається розвиток і ускладнення механізму міжнародного правового регулювання.

По-перше, спостерігається розширення системи внутрішньо-державних органів влади, які беруть безпосередню участь як у здійсненні міжнародного правотворчості, так і в процесі імплементації міжнародних стандартів у внутрішнє законодавство; по-друге держави активно розвивають свої взаємини в створенні нових і ефективних міждержавних органів співробітництва; по-третє незрівнянно зростає роль багатосторонніх регуляторів міжнародного спілкування в особі міжнародних універсальних і регіональних організацій.

Роль міжнародної угоди як нормативного джерела для міжнародного приватного права в даний час вже не ставиться під сумнів, міжнародний договір або безпосередньо формулює готові для застосування матеріально-правові норми, або створює передумови для виникнення нових норм у внутрішньому праві конкретних держав. Однак через суперечності між цивільно-правової, національної природою міжнародного приватного права¹ і інтернаціональним характером самого міжнародного договору виникає «одвічна» теоретична проблема: яким чином правові норми, створені суб'єктами однієї правової системи,

¹ Міжнародне приватне право / Під ред. Г. К. Матвеева. – К., 1985. – С. 210.

набувають обов'язкового характеру для суб'єктів зовсім інших правових систем.

Як відомо, панівним думкою є те, що міжнародне і внутрішньодержавне право належать до різних систем права, тому міжнародний договір в силу суверенітету держави не може безпосередньо створювати права і обов'язки для суб'єктів внутрішньодержавного права.

Незважаючи на існування протилежних правових теорій, ми будемо дотримуватися цієї точки зору.

В юридичній літературі ця проблема вирішується за допомогою так званої «теорії трансформації», згідно з якою здійснення міжнародно-правових норм у внутрішньодержавному праві має бути опосередковано правовим актом відповідного держави, тобто між укладенням міжнародного договору і його регулюючим впливом на суб'єктів внутрішнього права повинен існувати вольовий акт держави, що допускає такий вплив².

Значною мірою ця теорія була розроблена Е. Т. Усенко, Д. Б. Левіним, С. В. Черниченко, Р. А. Мюллерсон для міжнародного права в цілому, а стосовно міжнародного приватного права конкретизована А. Л. Маковським, С. Н. Лебедєвим і М. І. Брагінським.

Для позначення процесу виконання норм міжнародного права всередині країни за допомогою норм національного права найчастіше використовується термін «трансформація», в широкому сенсі означає всі способи здійснення норм міжнародного права всередині країни, у вузькому сенсі – тільки один з таких способів. Разом з тим в літературі зустрічається і такий термін, як «імплементация», по суті є синонімом трансформації в широкому сенсі слова³.

Реалізація норм і принципів міжнародного права в національних правових системах означає не тільки власне здійснення конкретних нормативних приписів, а й створення на національному рівні правових можливостей для цього, тобто діяльність держави на всіх рівнях щодо створення необхідних умов для такої реалізації.

² Усенко Е. Т. Теоретичні проблеми співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права // Рад. щорічник міжнародного права. – М., 1978. – С. 67-86.

³ Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. – М., 1993. – С. 250.

Іншими словами, імплементація є цілісний механізм здійснення міжнародного права за допомогою засобів національного права. Вживання терміну «імплементація» зручніше ще й тому, що позначення хоч і споріднених, але різних понять одним терміном (як у випадку з трансформацією), ускладнює сприйняття теорії. Тому, на наш погляд, термін «імплементація» слід все ж віддати перевагу будь-яким іншим термінам, застосовуваним для позначення даного явища, а трансформацією назвати лише один із способів імплементації поряд з іншими способами, про які буде сказано нижче.

Безпосередньо концепція трансформації багато разів докладно викладалася і обговорювалася в літературі, тому для цілей цього дослідження повторимо лише її основні положення.

В цілому трансформація міжнародно-правової норми означає її перетворення в норму внутрішньодержавного права шляхом прийняття нормативно-правового акту. Виділяють два основних варіанти трансформації: шляхом відсилання і шляхом інкорпорації. Відсилання означає створення в національному праві норми, що відсилає до норм міжнародної угоди, в силу чого останні можуть діяти всередині країни в незміненому вигляді, тобто так, як вони існують в самій угоді. Під інкорпорацією розуміється прийняття державою норм, що сприяють виконанню приписів міжнародного права, які повторюють норму міжнародної угоди або в переробленому вигляді, або зберігають тільки її сенс. Іноді для цілей інкорпорації можуть застосовуватися вже існуючі норми внутрішнього права, але вони теж піддаються частковій зміні.

Держава, виходячи з цілей регулювання самих міжнародно-правових норм, а також з міркувань доцільності, саме вирішує, який спосіб трансформації обрати в тому чи іншому випадку. Тому міжнародні договори, що встановлюють лише рамки, в межах яких самі держави уточнюють і конкретизують свої зобов'язання, не можуть застосовуватися всередині країни в результаті відсилання до них, їх норми приводяться в дію тільки шляхом інкорпорації.

Конкретні ж детальні положення договорів, готові до застосування в сфері дії національного права, вже не потребують подальшої конкретизації, приводяться в дію шляхом прямої відсилання. Більш того, спеціальна їх адаптація до національного права країни найчастіше спотворює їх справжній зміст, оскільки переклад або виклад їх змісту термінами, прийнятими в національному законодавстві, не завжди

передає точний зміст початкової норми. Тому такі положення міжнародних договорів повинні застосовуватися державами-учасниками одноманітно і в незмінному вигляді.

Спірним в літературі є питання, чи вважати трансформаційним актом акт ратифікації міжнародної угоди вищим органом влади держави. Більшість вчених, які досліджують дану проблему, сходяться в думці, що ратифікація міжнародної угоди має значення трансформації⁴.

Існує також думка, що шляхом ратифікації держава тільки визнає для себе дійсність угоди, проте це не означає автоматичного приведення договору у дію всередині держави⁵, і таким чином, міжнародний договір в результаті ратифікації не набуває характеру джерела міжнародного приватного права.

Для того щоб визнати пріоритет того чи іншої думки, слід звернути увагу на ту обставину, що сенс ратифікації складається в добровільному прийнятті на себе певних міжнародним договором зобов'язань, одне з яких і складається в створенні внутрішньодержавної нормативної бази для реалізації цих зобов'язань. Тому сам акт ратифікації означає згоду держави на застосування нормативних приписів договору для регулювання конкретних правовідносин, які раніше не врегульованих або недостатньо врегульованих державою.

Отже, така згода свідчить про визнання державою норм міжнародного договору обов'язковими для виконання, в тому числі і на власній території. Основним аргументом проти визнання ратифікації актом трансформації є та обставина, що міжнародний договір може вступати в силу після закінчення певного проміжку часу або підлягати затвердженню після підписання в будь-якому державному органі, тому ратифікація може вважатися тільки одним з елементів фактичного складу, що тягне за собою трансформацію.

Однак тут слід враховувати, що якщо для міжнародного договору передбачаються певні умови вступу його в силу, то вони є або частиною самого договору, або частиною акта ратифікації і означають тільки особливість дії норм міжнародного договору на території держави. І в

⁴ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 415.

⁵ Плавич В. П. Імплементация норм і принципів сучасного міжнародного права у внутрішнє право (порівняльно-правові аспекти) [Текст] / В. П. Плавич // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 60. – С. 20-28.

тому, і в іншому випадку ратифікація залишається трансформаційним актом і не вимагає існування додаткових умов реалізації норм міжнародної угоди.

Механізм трансформації недостатньо чітко відпрацьований у внутрішній правотворчій і правозастосовчій діяльності України. Слід зауважити, що вітчизняним законодавством встановлено основне правило, відповідно до якого відбувається узгодження внутрішньодержавного права з нормами міжнародних договорів: якщо міжнародним договором встановлено інші правила, ніж чинним законодавством держави, то застосовуються норми міжнародного договору.

Однак таке правило міститься далеко не у всіх законах України, і воно усуває необхідність в кожному разі приєднання держави до міжнародної угоди приймати спеціальний внутрішній законодавчий акт, дослівно повторює положення договору. Природно, дана норма має на увазі такі міжнародні договори, які наша держава офіційно вважає обов'язковими для себе, тоді щодо норм яких мала місце процедура трансформації, тому вона відсилає до абстрактним словесним формулюванням міжнародно-правових норм, а до норм, трансформованим у внутрішнє законодавство.

Інше правило міститься в частині 2 статті 19 закону України «Про міжнародні договори України», згідно з яким якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору⁶. Тут обраний метод інкорпорації, тобто включення частини міжнародно-правових норм до складу внутрішнього законодавства держави. Проте потрібно зазначити, що навіть інкорпоровані таким чином норми міжнародних договорів не зливаються з нормами національного права, вони завжди зберігають автономний характер.

Таким чином, реалізація норм міжнародного права в нашому внутрішньодержавному праві здійснюється головним чином за допомогою вже існуючих норм внутрішнього права. В результаті процесу трансформації виникають нові норми внутрішнього права, які, проти, мають абсолютно особливий, автономний, характер. Разом з тим

⁶ Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

трансформація не охоплює всіх способів реалізації міжнародно-правових норм і виникнення на їх основі нових норм внутрішнього права. Постійно розширюється міжнародних економічних відносин стає тісно в рамках внутрішньо-національного права, тому виникла ідея загальної уніфікації норм національних правових систем держав.

Уніфікація правового регулювання передбачає таку нормотворчу діяльність кожного конкретного держави, в результаті якої досягається високий ступінь однаковості правового регулювання тієї чи іншої сфери суспільних відносин. Уніфікація здійснюється різними методами: найчастіше кілька держав укладають міжнародний договір, що містить готові до застосування на території держав-учасниць однакові норми, але іноді одна держава просто запозичує іноземну або міжнародну норму і переносить її в акт привести своє законодавство.

У літературі в якості одного з методів уніфікації називається гармонізація права⁷. Однак з цим твердженням не можна погодитися, оскільки гармонізація за своїм змістом є більш широким поняттям, ніж уніфікація. Процедура уніфікації законодавства завжди має кінцевою метою формування конкретної однакової норми шляхом прийняття внутрішнього акту законодавства чи шляхом укладення міжнародного договору. Однак навіть з прийняттям комплексу внутрішніх правових актів, що містять уніфіковані норми, що стосуються конкретного виду правовідносин, не завжди досягається однаковість правового регулювання даних правовідносин, так як відмінності і особливості національних правових систем полягають не тільки в їх нормах. Гармонізація ж передбачає приведення до однаковості одночасно цілого комплексу правових категорій: цілей правового регулювання, основних засад і принципів, понятійного апарату, нормативної термінології і т.д. При вирішенні завдань економічної інтеграції, особливо в рамках союзів і співтовариств держав, важливо узгодити спільні цілі і напрямки їх діяльності, в тому числі і нормотворчої. Ці завдання і вирішує гармонізація права. Таким чином, не гармонізація є методом уніфікації права, а сама уніфікація у всіх її видах служить цілям гармонізації правових систем різних країн. Найбільшу актуальність гармонізація набуває для правотворчої діяльності держав в рамках економічного і політичного союзу незалежних держав. Уніфікація національних систем

⁷ Марченко М. Н. Теория государства и права: Учебник // Под ред. М. Н. Марченко. Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Проспект. 2013. – С. 636.

законодавства відбувається не тільки за допомогою укладання відповідних міждержавних угод. Останнім часом явна перевага віддається такому способу уніфікації, як розробка і прийняття модельного або типового законодавчого акту. Переваги цього способу полягають в тому, що типовий акт не має обов'язкової сили для держав, він виробляється на основі загальної угоди про досягнення однаковості правового регулювання країн-учасниць і служить тільки зразком, моделлю можливого внутрішнього нормативного акту, тому у держав існує можливість, з одного боку, досить швидко досягти певного єдності і заповнити прогалини в нормативному регулюванні тих чи інших питань, з іншого – зберегти деякі старі положення і правила, які можливо в даний момент кардинально змінити. Разом з тим, в результаті здійснення уніфікації шляхом прийняття модельного акту досягається той же результат, що і при міжнародно-договірній уніфікації: виникають нові норми внутрішнього права, які опосередковують умови раніше укладеного міжнародної угоди. В такому розумінні уніфікація має схожість з процедурою імплементації, про цілі якої говорилося раніше. Тому, якщо міжнародно-договірну уніфікацію можна вважати різновидом імплементації, то до цієї ж категорії варто було б віднести і уніфікацію законодавства шляхом прийняття модельного акту.

У міжнародній практиці застосування різних способів уніфікації національних законодавств, як правило, мова йде про регулювання цивільно-правових відносин. Класичним прикладом може служити новий Цивільний кодекс Республіки Білорусь, який увібрав в себе і норми модельного Цивільного кодексу, рекомендованого Міжпарламентської Асамблеї держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав, і норми міждержавних угод СНД, що застосовувалися країнами-учасницями для регулювання окремих цивільно-правових питань.

В останні десятиліття з'явилися нові форми реалізації міжнародного права у внутрішньому. В першу чергу це пов'язано з інтенсифікацією економічного життя держав. Справа в тому, що імплементація – процес досить тривалий і вимагає проходження ряду офіційних процедур, тому держава, приєднавшись до міжнародного договору, ще до завершення процесу імплементації, може неофіційно зобов'язати своїх внутрішніх суб'єктів дотримуватися норм цього договору в процесі здійснення будь-якої діяльності. З іншого боку, держава часто має намір приєднатися до якого-небудь міжнародній угоди, однак з тих чи інших причин не робить

цього, але дотримується правил такого договору. І в першому, і в другому випадку на практиці виникає ситуація, коли внутрішньодержавні суб'єкти починають фактично виконувати міжнародні норми, навіть при відсутності їх трансформації в норми національного права. Якщо така діяльність суб'єктів носить досить тривалий характер, то в результаті виникає прогалина в правовому регулюванні, який з часом заповнюється, але вже нормою внутрішнього характеру. Таким чином, тут очевидно вплив міжнародного права на внутрішньодержавне право, але не загальноприйнятим офіційним шляхом трансформації. Практика показує, що вже можна говорити не про тенденції подібного впливу, а про реально створюваних внутрішніх нормах міжнародно-правового характеру, нормах прямого і безпосереднього дії, до яких важко застосувати концепцію трансформації у внутрішнє право. Розвиток цього процесу дозволяє визначити ще один спосіб реалізації міжнародного права, що має спільні риси з процесом гармонізації та уніфікації правових систем держав, але носить односторонній характер, тобто здійснюваний державою самостійно.

Виходячи з проаналізованих теорій реалізації норм міжнародних угод у внутрішньому праві та сучасної практики застосування окремих способів такої реалізації, можна, на наш погляд, зробити такі висновки.

1. Необхідно визнати, що трансформація є не єдиним способом національно-правової імплементації, що розуміється як вся сукупність методів здійснення норм міжнародних актів у національному праві окремих держав. Уніфікація законодавчих систем, що відбувається як шляхом укладення міжнародних договорів, що містять уніфіковані норми, так і шляхом прийняття модельного законодавчого акту, має схожі риси з трансформацією, тому може розглядатися як один із способів імплементації.

2. Гармонізація права є більш широким поняттям, ніж уніфікація правових норм, і може бути визначена як взаємодія держав, спрямоване на досягнення гармонійної взаємодії різних правових систем. Уніфікація права розуміється як нормотворча діяльність держави, результатом якої є встановлення однаковості правового регулювання окремих суспільних відносин. При цьому уніфікація служить більш загальним завданням гармонізації права.

Процес вдосконалення методів імплементації норм міжнародних актів у внутрішнє законодавство держав в даний час ще не завершений.

У процесі здійснення міжнародного співробітництва з'являються нові способи імплементації, змінюються традиційні, тому для нашої країни було б доцільним використовувати досвід міжнародної уніфікації та гармонізації права, накопичений насамперед Європейським Союзом і БРІКС.

Щодо окремих питань імплементації міжнародних норм у внутрішнє право та пов'язаної з цьому проблематикою. Питання про способи та форми реалізації міжнародних угод і взятих на себе державами зобов'язань в їх національному законодавстві є як теоретичну, так і практичну проблему, яка залишається актуальною протягом усього останнього століття. У наші дні значно прискорилися процеси інтеграції та інтернаціоналізації економічного життя всіх країн світу, тому роль міжнародних угод зросла настільки, що вже неможливо уявити собі взаємодію держав без створення базових нормативних актів, призначених для вирішення конкретних практичних завдань. Природно, що такі міжнародні договори стали одним з основних джерел правових норм і для міжнародного права, і, за певних умов, для внутрішніх правових систем окремих держав.

Відносно окремих питань імплементації міжнародних норм в систему національного права держави і пов'язаної з цим проблематикою. У сучасній Наколить міжнародної ситуації і непростих суспільних відносинах в епоху глобалізації та трансформації суспільства, дане питання постає особливо гостро. З урахуванням слабкої освітленості даної тематики не тільки в наукових виданнях але і в правотворчій області. Дії уряду в цілому і законодавчого органу зокрема, держави приймає на себе міжнародні зобов'язання договорів і угод не дотримуються лінії розвитку міждержавних органів та Інституті які повинні займатися питаннями вдосконалення і розвитку нових напрямків в роботі в області застосування і впровадження норм міжнародного права в національне законодавства. Моє бачення одного з шляхів вирішення даної проблеми, це створення спеціальних комісій юристів практиків і теоретиків, по виробленню уніфікованого законодавства і модельних актів. Що в свою чергу більшою мірою вирішить частину проблем при здійсненні міжнародного співробітництва держав, особливо на хвилі збільшення транснаціональних інтеграцій як в суспільстві так і в економіках зокрема.

Сучасний міжнародний світ, під час міжнародної інтеграції гостро реагує на питання щодо імплементації норм і принципів міжнародного права у національне право держави. Міжнародна правозастосувальна практика держав характеризується надзвичайною не стабільністю та одноманітністю.

Дана об'єктивно існуюча проблематика, детермінована стрімкими темпами розвитку міжнародного економічного та геополітичного співробітництва в умовах нового світопорядку, пов'язаний з розширенням кола інтересів транснаціональних корпорації, так званих суб'єктів міжнародного правотворчості, появою нових елементів в системі імплементаційного процесу, а також різноманіттям міжнародно-правових норм. В результаті чого відбувається ускладнення системи міжнародного правового регулювання. Спостерігається розширення системи міжнародних міждержавних органів, які беруть безпосередню участь у міжнародному правотворчості, і в процесі імплементації міжнародних принципів у національне законодавство; по-друге ТНК активно розвивають свої взаємини в створенні нових і ефективних міждержавних органів співробітництва; по-третє незрівнянно зростає роль міжнародних універсальних і регіональних інститутів як регуляторів міжнародного спілкування⁸.

Перш за все необхідно чітко розуміти терміни та давати визначення процесам.

Міжнародне право – це система юридичних принципів і норм договірної і звичаєвої характеру, які виникають у результаті погодження між державою та іншими суб'єктами міжнародного співтовариства і регулює відносини з метою мирного співіснування. Сфера дії міжнародного права поділяється на: сфера суб'єктна, яка пов'язана із колом суб'єктів, які виступають у міжнародно-правових відносинах; сфера об'єктна, говорячи інакше, це сфера, яка пов'язана із міжнародно правовими відносинами, які безпосередньо виступають об'єктом міжнародного права; сфера просторова або просто територіальна.

Загальновідомо, що однією з форм вираження норм міжнародного права, є міжнародні договори. Які водночас є й джерелами договірної

⁸ Тарасов О. В. Проблема суб'єкта в міжнародному публічному праві: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.11 «міжнародне право» / Тарасов О. В.; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – С. 40.

права. Досягти мети укладеного міжнародного договору можливо лише шляхом його узгодження з нормами внутрішньодержавного права. Укладаючи такий договір і беручи тим самим певні зобов'язання, необхідно дотримуватися загальновизнаного принципу – *pactasuntservanda* (лат. – договір повинен виконуватися).

Процес забезпечення виконання положень міжнародного права має назву «імплементация». Застосовуються різні варіанти імплементации: інкорпорація, уніфікація, відсилка, трансформація, створення спеціального правового режиму, рецепція та ін. Питання імплементации норм міжнародного права у внутрішньому праві досліджуються в працях М. Буроменського, В. Денисова, А. Дмитрієва, В. Євінтова, П. Мартиненка, Л. Тимченка та ін.⁹

У міжнародно-правовій літературі поняття «імплементация» використовується в широкому значенні – як здійснення норм міжнародного права на міжнародному й національному рівнях. Термін «імплементация» (від англ. *implement*) означає «здійснення, забезпечення виконання», буквально – «забезпечення практичного результату й фактичного виконання конкретними засобами»¹⁰.

Взаємодія внутрішнього і міжнародного права полягає у поєднанні двох взаємопов'язаних процесів – впливу національних правових систем на утворення і розвиток норм і принципів міжнародного права та впливу міжнародного права на еволюцію правової системи кожної окремої країни чи їх груп.

Основним проявом впливу міжнародного права на внутрішньодержавне право є узгодження змісту норм національного права з положеннями міжнародного права. Як правило, таке узгодження відбувається шляхом запозичення міжнародно-правових норм у національне право або шляхом прийняття національних норм, що за своїм змістом відповідають принципам та нормам міжнародного права. У вітчизняній літературі такі процеси називаються імплементацией або трансформацією міжнародно-правових норм.

⁹ Плавич В. П. Імплементация норм і принципів сучасного міжнародного права у внутрішнє право (порівняльно-правові аспекти) / В. П. Плавич // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2013. – Вип. 60. – С. 20-28.

¹⁰ Юлдашев Р. Т. Страховой бизнес: Словарь-справочник / Юлдашев Р. Т. – М.: Анкил, 2005. – С. 832.

Ці два терміни, хоча і мають певні нюанси у змісті, але часто використовуються на позначення одних і тих же процесів. Використання терміну «трансформація» у такому аспекті не зовсім вдале, оскільки етимологічно він означає зміну форми, а при реалізації міжнародно-правових норм на національному рівні утворюється нова національна норма права, яка змістовно хоча і повторює міжнародну, але має самостійну форму (нормативно-правовий акт, правовий прецедент тощо). Міжнародно-правова ж норма не припиняє своєї чинності і не змінює форми.

Тому більш коректним є використання терміну «імплементация» (англ. *implementation*), який буквально означає «виконання, здійснення». Крім того, використання цього терміну є більш доцільним, оскільки і у західній правовій доктрині, і в актах міжнародних організацій, передусім ООН, використовується переважно термін «імплементация» а не «трансформація»¹¹.

У національній юридичній практиці та праві держав є два основні підходи до імплементации норм міжнародного права. Перший склався в Англії і є характерним для країн англосаксонської системи права. Він пов'язаний із загальною засадою, що у XVIII ст. була встановлена Вільямом Блекстоном виключно як узагальнення тогочасної судової практики: «Право народів є частиною права держави».

У Великій Британії це узагальнення кваліфікують як доктрину, що не має вирішального значення в регулюванні внутрішньодержавних відносин, бо не має загальнообов'язкової юридичної сили. У країнах англосаксонської правової сім'ї питання імплементации норм міжнародного права практично зводиться до їхнього застосування національними судами. Слідом за Англією імплементация норм міжнародного права була сприйнята правовою системою США. У вітчизняній літературі А. Гавердовський, дослідивши теоретичні та практичні аспекти імплементации, переконливо довів переваги й доцільність її застосування як окремої концепції. За його визначенням, імплементация означає цілеспрямовану організаційно-правову діяльність держав, яка здійснюється індивідуально, колективно або в межах міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної і повної реалізації

¹¹ Плавич В. П. Выработка совершенного правовопонимания в эпоху нового синтеза // Ринкова економіка: Сучасна теорія, практика управління. – Вип. 10. – Одеса, 2006. – С. 122-123.

зобов'язань, прийнятих ними відповідно до міжнародного права. Отже, за А. Гавердовським, імплементація передбачає забезпечення здійснення норм міжнародного права як на міжнародному, так і на внутрішньодержавному рівнях усіма доступними й легальними для держав засобами: «Імплементація норм міжнародного права дуже часто неможлива без додаткових заходів правового характеру, які вживаються суб'єктами міжнародного права на міжнародному, національному рівнях або послідовно на тому й на іншому»¹².

Імплементацією є фактична реалізація міжнародних зобов'язань на внутрішньодержавному рівні, здійснювана шляхом трансформації міжнародно-правових норм у національні законодавчі та підзаконні акти. Норма міжнародного права зберігає свій статус, але її змісту надається й статус норми національного права. Це зазначено у ст. 9 Конституції України 1996 р., яка проголошує, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. Ідеться про імплементацію міжнародної норми за допомогою національного права України, тобто відбувається пряма рецепція (один із способів трансформації), коли норма міжнародного права без змін запозичується національним законодавством. Ефективність імплементації норм міжнародного права в середині держави насамперед залежить від організаційно-правових заходів, що становлять зміст механізму імплементації, метою якого є досягнення цілей норм міжнародного права¹³.

На сьогодні у вітчизняній літературі немає єдиного погляду щодо внутрішньодержавних способів імплементації норм міжнародного права та чітких критеріїв відмежування їх один від одного, а отже, й чітко визначеної систематизації способів імплементації міжнародно-правових норм. Віддаючи перевагу одним і заперечуючи інші, автори виходять із власних переконань та прихильностей.

У статті 18 Основного Закону йдеться про те що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигід-

¹² Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права / Гавердовский А. С. – К.: Вища школа, 1980. – С. 320.

¹³ Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1744/>

ного співробітництва з членами міжнародної спільноти за загальновизначеними принципами та нормами міжнародного права¹⁴. Зауважимо, що держава може запозичити з норм міжнародного права лише певні моделі поведінки та зробити їх обов'язковими для застосування шляхом закріплення в законі (такий процес має назву «рецепція»).

Коли йдеться про відсильну норму, посилаємося на статтю 19 Закону України «Про міжнародні договори України», де закріплено таке положення: якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, визначені інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору¹⁵. Тобто на законодавчому рівні закріплено пріоритет норм міжнародного акта над нормами внутрішнього законодавства, що й зумовлює відсилку до міжнародного договору в разі виникнення суперечностей. Таким чином, відсильні норми встановлюють співвідношення юридичної сили внутрішньодержавних і міжнародних норм.

Україна як і будь-яка інша держава, укладає велику кількість і багатосторонніх, і двосторонніх міжнародних договорів, тож не дивно, що іноді виникають суперечності між положеннями таких договорів і внутрішнім законодавством. Типовою є ситуація, коли необхідність узгодити внутрішнє законодавче поле із конкретним міжнародним договором водночас суперечить позиціям іншого договору та ряду внутрішніх норм. Така проблема розглядалася, зокрема, в роботі О. Тіунова¹⁶.

Отже в вітчизняній правовій системі треба створити дієвий механізм імплементації й умови для забезпечення реалізації та фактичного використання норм міжнародного права у різних галузях права України. Пропонуємо розглянути ще один аспект нашої тематики, а саме модельний акт як уніфікований інструмент механізму імплементації міжнародних норм у національну систему права в умовах сучасної трансформації суспільства, що ускладнює ці важливі міжнародні процеси.

¹⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96ВР, із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України – 1996. – № 30. – Ст. 141

¹⁵ Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України – 2004. – № 50. – Ст. 540.

¹⁶ Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України // Віче. – 2007. – №5-6. – С. 72-74.

Дієвість вибраної субтеми обумовлена, перш за все, визначенням найбільш оптимальних і перспективних шляхів та рішень теоретичних та юридичних проблем, пов'язаних із використанням модельної системи права як у міжнародному, так і в національному юридичному регулюванні. У пошуках нових перспективних напрямків гармонізації та уніфікації національних правових систем та міжнародно-правових підходів до регулювання індивідуальних відносин держави та міжнародні організації висунули необхідність використання конкретного методу правового об'єднання, а саме об'єднання за допомогою міжнародних модельних норм. Незважаючи на посилене використання таких категорій як «типовий законодавчий акт», «типовий договір», «єдиний і типовий закон» та інші, а також виникнення так званого типового закону, в даний час міжнародні модельні норми, що містять аналогічну модель (типова) конструкцій, ще не стали об'єктом комплексного дослідження.

У сучасному світі, в умовах зміцнення інтеграційних процесів, весна нових міждержавних організацій та міждержавних структур пов'язана насамперед із появою нових загроз глобального масштабу. Виникає питання про необхідність уніфікації та гармонізації системи права. Отже, модельна система права набуває більшого значення.

У сучасну епоху, внаслідок інтеграційних процесів та розвитку міжнародного співробітництва між народами світу, значення міжнародного публічного права зростає. Це вимагає вдосконалення методів та методологій міжнародно-правових досліджень. У методологічному апараті міжнародного публічного права важливе місце займає порівняльний метод. І навпаки, міжнародно-правові питання дуже важливі для порівняльної юриспруденції як напрям досліджень.

Порівняльний метод широко використовується в міжнародному публічному праві, наприклад, при вивченні взаємодії міжнародної та внутрішньої правової системи при уніфікації міжнародного матеріального права, у формуванні міжнародних правових звичаїв та загальних принципів міжнародного публічного права, тощо. Спеціалісти міжнародного приватного права проявляють великий інтерес до порівняльного права, і угорський вчений Ф. Мадл навіть пропонує ідею створення спеціального «порівняльного міжнародного приватного права»¹⁷.

¹⁷ Саидов А. Х. Сравнительная юриспруденция (основные правовые системы современности): Учебник. – М.: Юристь, 2003. – С. 448.

У методологічному апараті ІРР порівняльний метод займає важливе місце, оскільки всі системи врегулювання конфліктів за законом передбачають застосування ряду випадків застосування іноземного законодавства. У той же час норми національного права порівнюються з нормами закордонного права.

Одним із можливих результатів порівняльних юридичних досліджень у галузі ІПП є уніфікація матеріальних і правових чи конфліктних правил. Таке об'єднання може здійснюватися двома способами: шляхом розробки єдиного акту, сприйнятого багатьма державами, або шляхом укладання міжнародного договору. Після об'єднання здійснюється проблема рівномірного тлумачення та застосування єдиного закону.

Порівняльний закон є вивченням відмінностей та подібності між законодавством різних країн. Більш конкретно, це передбачає вивчення різних правових «систем» (або «сімей»), що існують у світі, включаючи загальне право, цивільний закон, соціалістичний закон, канонічне право, єврейське право, ісламське право, індуїстське право і Китайське право. Він включає опис та аналіз закордонних правових систем, навіть якщо ніякого явного порівняння не проводиться. Важливість порівняльного права надзвичайно зросла в сучасному віці інтернаціоналізму, економічної глобалізації та демократизації.

Витоки сучасного порівняльного права можна простежити до Європи XVIII сторіччя, хоча до цього правознавці завжди застосовували порівняльні методології¹⁸.

Порівняльне право – це навчальна дисципліна, яка передбачає вивчення правових систем, в тому числі їх конституюючих елементів, як вони відрізняються та як їх елементи об'єднуються в систему¹⁹.

Кілька дисциплін розвинулися як окремі галузі порівняльного права, включаючи порівняльне конституційне право, порівняльне адміністративне право, порівняльне цивільне право, порівняльне комерційне право (у сенсі ділових організацій та торгівлі) та порівняльне кримінальне право. Дослідження цих конкретних областей можуть

¹⁸ Butler, William E. *Russia and the Law of Nations in Historical Perspective: Collected Essays*. Wildy, Simmonds and Hill. – London, 2008. – P. 590.

¹⁹ Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, vol. 31, – P. 295-360.

розглядатися як мікро- або макро-порівняльний юридичний аналіз, тобто детальні порівняння двох країн або широкомасштабні дослідження декількох країн. Наприклад, порівняльне вивчення цивільного права показує, як організується, інтерпретується та застосовується закон приватних відносин у різних системах або країнах. Цілями порівняльного права є:

- Здобути більш глибоке знання існуючих правових систем;
- вдосконалити існуючі правові системи;
- Можливо, щоб сприяти об'єднанню правових систем меншого чи більшого масштабу (див. наприклад ініціативу UNIDROIT).

Типове правило регулює відносини між суб'єктами міжнародного права, але не всі предмети, а лише правотворчі, здатні брати участь у законотворчому процесі. Це перш за все держава в особі її органів, а також міжнародні організації. Стандарт моделі є орієнтовним стандартом для суб'єктів міжнародного та національного нормування, правило, призначене для повторного застосування правовласниками.

Міжнародне правило модельного акта передбачає право чи обов'язок вводити закон в національну правову систему або укласти міжнародний договір певного змісту. Якщо хтось дотримується правильності формулювання, то міжнародна модельна норма – це норма, яка містить модель майбутніх правових норм. Міжнародні модельні норми визначають поведінку своїх учасників та визначають поведінку учасників у майбутніх правовідносинах – адресатів майбутніх правових норм. Таким чином, можна визначити норму, яка регулює відносини щодо розробки та прийняття нормативних актів (норм) – міжнародних або вітчизняних – змісту, визначеного в ній.

Як приклад, давайте наведемо ще одну модель Конвенції, яка передбачає Єдиний закон про форму міжнародного заповіту, підписаний у Вашингтоні 26 жовтня 1973 року. У статті 1 зазначеної Конвенції зазначається, що «кожна сторона зобов'язується не пізніше, ніж через шість місяців після набрання чинності Конвенцією стосовно однієї Сторони, включити до її законодавства норми, що стосуються міжнародного заповіту, що містяться в Додатку до цієї Конвенції».

Цей додаток є єдиним законом про форму міжнародного заповіта, що є частиною типової норми²⁰.

²⁰Convention providing a uniform law on the form of an international will, Washington D.C., 1973, [електронний ресурс], режим доступу:

Існує думка, що основною властивістю модельних норм є те, що вони є своєрідним мостом між нормами міжнародного та внутрішнього права, вони мають можливість «переплітатися» в тканину цих нормативних систем. Але, швидше за все, немає «переплетення», а лише сприйняття змісту типових норм.

Модельні норми безпосередньо «поглинають» попередній досвід правового регулювання, перетворюючи його в нормативно-концентровану форму, в тому числі в національних законодавчих актах. Наприклад, численні модельні кодекси, єдині закони – додатки до міжнародних договорів. Зміст типових норм різноманітний, оскільки вони можуть містити як нормативну концепцію, так і загальні принципи регулювання у даній сфері, норми, які є лише «силуетом» майбутніх норм (наприклад, рамковими конвенціями Ради Європи) або чітко структурована модель, яка служить моделлю для похідних національних та міжнародних правових актів, таких як «Резолюція Генеральної Асамблеї» ООН від 14 грудня 1990 року, що містить Типовий договір про видачу.

Можливо підсумувати кілька важливих тез:

- типова норма є орієнтовним стандартом для суб'єктів міжнародного та національного нормотворчості, правило, призначене для повторного застосування правовими особами;
- рекомендаційні стандарти призначені для регулювання відносин рекомендаційним шляхом, створення бажаної, відповідної моделі поведінки.

Список використаних джерел

1. Гавердовский А.С. Имплементация норм международного права / Гавердовский А.С. Київ: Вища школа, 1980.
2. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96ВР, із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

4. Міжнародне приватне право / Під ред. Г. К. Матвєєва. – К., 1985.
5. Марченко М. Н. Теория государства и права: Учебник // Под редакцией М. Н. Марченко. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Проспект. 2013.
6. Плавич В. П. Імплементация норм і принципів сучасного міжнародного права у внутрішнє право (порівняльно-правові аспекти)/ В. П. Плавич // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 60. – С. 20-28.
7. Плавич В. П. Выработка совершенного правопонимания в эпоху нового синтеза // Ринкова економіка: Сучасна теорія, практика управління. Вип. 10. – Одеса, 2006. – С. 122-123.
8. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
9. Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1744/>
10. Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України // Віче. – 2007. – №5-6. – С. 72-74.
11. Саидов А. Х. Сравнительная юриспруденция (основные правовые системы современности): Учебник. – М.: Юристъ, 2003.
12. Тарасов О. В. Проблема суб'єкта в міжнародному публічному праві: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.11 «міжнародне право» / Тарасов О. В.; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015.
13. Усенко Є. Т. Теоретичні проблеми співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права // Рад. щорічник міжнародного права. – М., 1978. – С. 67-86.
14. Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. – М., 1993.
15. Юлдашев Р. Т. Страховой бизнес: Словарь-справочник / Юлдашев Р. Т. – М.: Анкил, 2005.
16. Butler, William E. Russia and the Law of Nations in Historical Perspective: Collected Essays. Wildy, Simmonds and Hill. London, 2008.
17. Convention providing a uniform law on the form of an international will, Washington D.C., 1973, [Електронний ресурс]. – Режим доступа:

<http://www.unidroit.org/english/conventions/1973wills/convention-succession1973.pdf>

18. Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, vol. 31. – P. 295-360.

РОЗДІЛ XII. УНІФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЙОГО НОРМ В ЗАКОНОДАВСТВО ДЕРЖАВ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Однією з функцій, що виконує міжнародне право в глобалізованому світі, є уніфікація правового регулювання найбільш важливих відносин¹. М. Шоу та П.-М. Дюпуї цілком мають рацію, коли говорять в цьому сенсі про експансію міжнародного права². М. В. Буроменський навіть наполягає на тому, що ціла низка суспільних відносин в принципі не можуть бути врегульовані без міжнародного права³. Цю думку рішуче підтримують науковці, які досліджують значення міжнародно-правового співробітництва в окремих галузях права⁴. Водночас, було б перебільшенням ототожнювати міжнародне право з глобальним правом, що регулює глобалізовані правовідносини або розглядати уніфікацію в якості єдиного шляху до глобалізації права⁵. Так само, навряд чи можна бачити в перспективі повну уніфікацію права окремих держав на основі міжнародного права⁶. Структура взаємодії правових систем виглядає тут набагато складнішою. Водночас не варто і применшувати роль

¹ Лукашук пропонує тут говорити не про глобалізацію як про соціальне явище, а про її прояв в міжнародному праві в якості “інтернаціоналізації”. Зокрема, він пише, що інтернаціоналізація означає насамперед зближення політичних і правових систем держав, поглиблення їх взаємодії, взаємовпливу, а отже інтернаціоналізація держави в основному визначається глобалізацією економіки та інших сфер життя суспільства / Лукашук И. И. Международное право. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 256.

² Shaw, M. *International Law*. Sixth edition. Cambridge University Press, 2008. – P. 43-49; Dupuy, P.-M. The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. *International Law and Politics*. 1999. Vol. 31. – P. 793.

³ Міжнародне право. Навч. посібник. За ред. М. В. Буроменського. – К.: Юринком Інтер, 2006. – С. 60.

⁴ Clough, J. A World of Difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation. *Monash University Law Review*. 2014. 40(3). – Pp. 698-736.-Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2615789>

⁵ Le Golf, P. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007.14 (1). – Pp. 119-145. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss1/7> (Accessed:

⁶ Matteucci M. Prospects of International Unification of Law from a European Viewpoint. *Louisiana Law Review*. 1949. 10 (1). – P. 17. Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol10/iss1/9> (Accessed:

міжнародного права, без якого формування глобалізованих відносин в сучасному світі навряд чи можливо, так само, як це неможливо без уніфікації міжнародних правовідносин та включення до цього процесу національного законодавства.

Узагальнення різних підходів до поняття уніфікації міжнародного права дозволяє розглядати її з двох точок зору. З одного боку, це засіб систематизації міжнародного права як єдиної правової системи, що потребує таких цілеспрямованих зусиль в умовах зростання значення, розширення та поглиблення міжнародно-правового регулювання в міжнародній системі. З іншого боку, щойно починається проникнення міжнародного права в сферу внутрішньодержавного правового регулювання, виникає потреба в гармонізації, а потім і уніфікації національного законодавства відповідно до міжнародного права. Тому міжнародна уніфікація нерідко спрямована також на стандартизацію законодавства різних держав та на необхідну в такому разі його корекцію.⁷ Тобто якщо ставиться ще й така мета уніфікації міжнародного права, то вона не завершується на міжнародно-правовому рівні, а повинна призвести до змін в законодавстві, часом – радикальних. В цьому випадку необхідність в таких змінах законодавства або у прийнятті нового на основі міжнародного права є для держави лише фактом часу. Іноді «замість уніфікації законодавства може бути цілком достатньо скоординувати закони декількох держав для того, щоби уникнути конфліктів між ними»⁸, але і в цьому випадку в разі поглиблення міждержавної інтеграції уніфікації в подальшому не вдасться уникнути.

Таким чином, можна говорити про уніфікацію міжнародного права і міжнародну уніфікацію законодавства держав, що по суті не є одним і тим самим, але не існує одне без одного: міжнародна уніфікація національного законодавства можлива лише на основі уніфікованого міжнародного права, чи то загального, чи то в межах регіонального міжнародно-правового співробітництва. Ключовим питанням тут стає сфера правового регулювання того чи іншого міжнародно-правового інструменту, що залежить виключно від прагматичних потреб міжнародного співробітництва. Виникнення в міжнародному середовищі потреби в єдиному правовому регулюванні певних важливих відносин,

⁷ Ziegler, A. Particularities of Harmonization and Unification of International Law of Trade and Commerce. The Hague: C. Asser Press. 2000. – P. 781.

⁸ Matteucci, M. Op. cit. – P. 16.

проникнення міжнародно-правового регулювання в сферу регулювання внутрішнього права держави, поява сфер змішаного правового регулювання – міжнародного і національного, говорить про те, що саме там буде виникати й потреба в міжнародній уніфікації законодавства. Але перед тим повинна сформуватися певна єдність міжнародно-правового регулювання, тобто запроваджується уніфікація норм в галузях або інститутах міжнародного права.

В даному дослідженні хотілося б зосередити увагу передусім на тих питаннях, що пов'язані з міжнародною уніфікацією законодавства держав та відповідними внутрішньодержавними процедурами. Однак перед тим слід звернути увагу на ще одне важливе питання методологічного характеру. Останнім часом в юридичній літературі стають все більш поширеними дослідження, що стосуються гармонізації, апроксимації, імплементації, уніфікації, координації національного законодавства з міжнародним правом. Такі дослідження мають здебільше галузеві акценти⁹ і переважно стосуються того, яким чином має розвиватися національне законодавство, або в який спосіб окрема галузь міжнародного права впливає на відповідну галузь внутрішньодержавного права. Дуже часто автори таких досліджень беруть до уваги пріоритети розвитку національного законодавства, які їм, як фахівцям з внутрішнього права держав, більш близькі. Як наслідок, залишаються поза увагою питання, пов'язані з міжнародним правом, яке є усе-таки першоджерелом відповідних змін національного законодавства і чії інструменти у вигляді «жорсткого» та «м'якого» права тут найчастіше використовуються. Це найчастіше призводить до недооцінки, а часом і до переоцінки значення джерел міжнародного права в процесі міжнародної уніфікації законодавства.

Насправді природа нормоутворення в міжнародному праві є загальною, і незалежно від галузі міжнародного права дослідження міжнародно-правових інструментів повинно відбуватися з прийняттям цього важливого факту. Це означає, що завдання з міжнародної уніфікації права, що ставляться перед міжнародно-правовими актами, також є

⁹ Наприклад. А. Зіглер вважає, що уніфікація в сфері правового регулювання торгівлі і комерції принципово відрізняється від інших сфер права, які розвивалися переважно для регулювання внутрішніх процесів, які найбільше пов'язані з внутрішніми обставинами певних політичних осіб, маючи на увазі держави. Див.: Ziegler, A. Op. cit. – P. 783.

переважно універсальними, а відмінності будуть виникати у зв'язку з тим, в який спосіб передбачається інкорпорація змісту міжнародно-правової норми в національне право, особливо коли це стосується держав з різними правовими системами¹⁰. Це питання саме міжнародного права, за допомогою якого мають бути чітко встановлені вимоги до міжнародної уніфікації права, а отже і до наслідків імплементації відповідних правових конструкцій в законодавство держав. В українських дослідженнях міжнародного права широко застосовується такий підхід¹¹, і це виглядає цілком виправданим.

Вислів «уніфікація законодавства на основі міжнародного права» широко застосовується і в роботах з теорії національного права та використовується фахівцями з галузевого права. Але більш прискіпливий погляд дозволяє помітити відсутність єдиного розуміння цього вислову, застосування поряд з ним в якості синонімів багатьох інших висловів, таких як, наприклад, апроксимація, координація, гармонізація та ін. Міжнародна уніфікація права навіть ототожнюється з імплементацією. Спробуємо розглянути та оцінити це різноманіття думок та поглядів.

Передусім, чим є імплементація норм міжнародного права у внутрішнє право держави, і чи можна вважати її засобами уніфікацію, апроксимацію, координацію або гармонізацію? Це питання не виглядає простим передусім з огляду на відсутність загального розуміння в міжнародно-правовій доктрині самого поняття «імплементація». Питання ще більше ускладнюється з огляду на різний зміст цього поняття в державах з різними правовими системами. Якщо в країнах романо-германської правової сім'ї в це поняття зазвичай вкладають зміни законодавства на основі міжнародного права, то в країнах англосаксонської системи права питання імплементації норм міжнародного права пов'язується передусім з практикою їх застосування національними судами.

¹⁰ Matteucci, M. Op. cit. – P. 17.

¹¹ Див., наприклад: Нуруллаєв І. С. Міжнародно-правове співробітництво в системі Ради Європи у боротьбі з корупцією. – К.: Алерта, 2009. – 160 с.; Стрельцов Л. Є. Міжнародно-правові зобов'язання держав по охороні комп'ютерних програм. – К., 2016. – 19 с. Київець О. В. Міжнародно-правове регулювання боротьби з відмиванням “брудних” грошей. – К., 2003. 12 с. Столярський О. В. Міжнародно-правове співробітництво у боротьбі з відмиванням грошей від наркобізнесу. – К., 2006. – 12 с.

Спеціальні міжнародно-правові дослідження щодо змісту поняття «імплементация міжнародного права» найчастіше призводять до висновку, що вона полягає в «реалізації міжнародного права», тобто імплементация є «впровадженням»¹², «втіленням»¹³ норм міжнародного права у практичну діяльність держав та інших суб'єктів¹⁴. Відповідно, в науці міжнародного права розрізняють міжнародну імплементацию норм міжнародного права і імплементацию, що здійснюється всередині держави. Саме на такому розумінні імплементации наполягав А. Гавердовський, який вважає її «цілеспрямованою організаційно-правовою діяльністю держав, яка здійснюється індивідуально, колективно або в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної всебічної і повної реалізації прийнятих ними, відповідно до міжнародного права, зобов'язань»¹⁵. Подібну думку найчастіше висловлюють і інші вчені, які спеціально зверталися до теми імплементации норм міжнародного права.

Водночас, в міжнародно-правових дослідженнях імплементацию часом ототожнюють з трансформацією, застосовують ці поняття в якості синонімів. Р. А. Каламкарян і Мігачев Ю. І., наприклад, пишуть, що «трансформация заключається в том, что государство с помощью своего внутреннего права обеспечивает реализацию норм международного права, ее правильное именовать национально-правовой имплементацией норм международного права»¹⁶. М. Раскалей пише про імплементацию як про фізичну реалізацію міжнародних зобов'язань на внутрішньо державному рівні, здійснювану шляхом трансформації міжнародно-правових норм у національні законодавчі та підзаконні акти¹⁷. З цим можна погодитися лише в тій частині, що трансформація є лише одним з організаційно-правових засобів імплементации. А започатковувати

¹² Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. Міжнародне публічне право. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 184.

¹³ Міжнародне право. Основи теорії. – К.: Либідь, 2002. – 608 с.

¹⁴ Див. також: Суворова В. Я. Обеспечение реализации договорных норм международного права (юридическая природа) // Сов. гос. и право. – 1991. – № 9. – С. 115-119; Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И. Международное право. – М.: Изд-во Эксмо, 2004. – С. 184.

¹⁵ Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. – К., 1980. – С. 62.

¹⁶ Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И. Указ. соч. – С. 184.

¹⁷ Раскалей М. Особливості імплементации міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України. [Електронний ресурс] Віче. №22. 2009 листопад Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/1744>

дискусію щодо заміни поняття «імплементация» на «трансформацію» виглядає зайвим¹⁸ за умови широкого визнання в міжнародно-правовій науці поняття імплементация. Що же до назви організаційно-правових засобів здійснення імплементации норм міжнародного права, то розбіжності тут можливі, але не за сутністю процесів, що відбуваються¹⁹.

Як писав А. Гавердовський: «Імплементация норм міжнародного права дуже часто неможлива без додаткових заходів правового характеру, які вживаються суб'єктами міжнародного права на міжнародному, національному рівнях або послідовно на тому й на іншому»²⁰. М. О. Куц називає заходи з імплементации комплексом заходів організаційного характеру з відтворення внутрішнім законодавством міжнародно-правових норм²¹. Таких основних засобів імплементации норм міжнародного права в міжнародно-правовій науці налічують якнайменше три, до яких належать трансформація, рецепція та відсилання. Це найбільш визнаний підхід до розуміння засобів її реалізації²². В міжнародно-правових дослідженнях з цього приводу наводяться приклади різновидів таких засобів. Наприклад, говорять про попередню чи наступну трансформацію²³. Називають різновиди відсилання, виокремлюючі загальне або галузеве²⁴, або їх не виокремлюючі²⁵. Розрізняють

¹⁸ І. І. Лукашук пропонує об'єднати поняття «імплементация» і «трансформація», говорячі саме про трансформацію як про загальний засіб перетворення норм міжнародного права в право внутрішнє, а не про імплементацию. Див.: Лукашук І. І. *Международное право. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2001. – С. 239.* Про те, що «імплементация норм международного права в параметрах фактической реализации норм международного права на территории государств осуществляется путем трансформации международно-правовых норм в нормы внутригосударственного права» говорять Каламкарян і Мігачев. Див.: Каламкарян Р. А., Мігачев Ю. И. *Указ. соч. – С. 193.*

¹⁹ Шоу М., наприклад, говорить про «доктрину трансформації» як про дуалістично-позитивістську. Див.: Shaw M. *Op. cit.* P. 139 і про «доктрину інкорпорації», яка побудована на автоматичному входженні норм міжнародного права до внутрішнього права (*Ibid.* P. 140) без потреби в ратифікаційній процедурі.

²⁰ Гавердовский А. С. *Указ. соч. – С. 53.*

²¹ Куц М. О. Про особливості тлумачення терміна «імплементация» [Електронний ресурс] *Часопис Київського університету права. 2010. № 2. – С. 136. – Режим доступу: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_2/133.pdf*

²² *Міжнародне право. Основи теорії. – К.: Либідь, 2002. – С. 440.; Міжнародне право. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 68.*

²³ Лукашук І. И. *Международное право. Общая часть. – 2-е изд. перераб. и доп. – С. 240*

²⁴ *Міжнародне право. Основи теорії. – К.: Либідь, 2002. – С. 440.*

також різні види рецепцій норм міжнародного права у внутрішнє законодавство держав. Але це жодним чином не змінює загального, видового поділу засобів імплементації на трансформацію, рецепцію та відсилання. Кожний з цих засобів імплементації має власний зміст, маючи на увазі техніко-юридичні процедури та заходи, що мають наслідком реалізацію державою тих чи інших міжнародно-правових норм. І хоча лунає думка про те, що «спір про терміни в цьому питанні є малопродуктивним»²⁶, ототожнення трансформації з рецепцією або з відсиланням за таких умов навряд чи виправдано, а врешті здатне призвести до плутанини. Цілком влучною є характеристика як несприйнятних спроб замінити поняття імплементації на трансформацію, надана Г. В. Ігнатенком з наступними аргументами. По-перше, трансформація означає припинення існування предмету, що трансформується, що не властиве міжнародно-правовим нормам. По-друге, на стадії правозастосування взаємодія двох правових систем замінюється одноособовою дією правової системи держави, яка поглинула міжнародні норми. По-третє, традиційно у деяких галузях національного права допускається застосування норм іноземного законодавства, однак не висловлюється припущення про трансформацію цих норм в національне право²⁷.

Ще одне питання, яке пов'язано з розумінням імплементації норм міжнародного права у внутрішнє право держав, виникло у зв'язку з широким використанням з кінця 90х років ХХ століття понять уніфікація, гармонізація, апроксимація, координація. Постає питання, по-перше, про співвідношення цих понять між собою і, по-друге, про їх відношення до поняття імплементація. В застосуванні цієї термінології так само відсутні єдність і чіткість, що не завжди дає можливість зрозуміти сутність процесів, що відбуваються між міжнародним правом і національним правом тієї чи іншої держави.

З одного боку, в науковій літературі можна зустріти пропозиції додати до відомих і широко визнаних організаційно-правових засобів імплементації норм міжнародного права також такі їх види, як гармонізація, апроксимація, адаптація і навіть координацію і наближення, які найчастіше розглядаються окремо від уніфікації. Часом такі ідеї

²⁵ Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И. Указ. соч. – С. 186.

²⁶ Там само. – С. 184.

²⁷ Международное право. – М., 1995. – С. 115.

можуть взагалі заперечувати потребу в необхідності таких організаційно-правових засобів. М. Маттеуччі пише, наприклад, про «координацію», яка часом можлива замість уніфікації законодавства та без залучення міжнародно-правових процедур і механізмів. На його думку, іноді може бути набагато простіше зкоординувати законодавства декількох країн, ніж усувати колізії між ними²⁸. По-перше, «координація» є в даному випадку нічим іншим, а ніж засобом усунення колізій. По-друге, такі міркування, на нашу думку, найчастіше недооцінюють усю палітру можливостей міжнародного права, зводять її до вкрай обмеженого кола формалізованих кроків. Насправді, і в наведеному випадку потрібні міжнародно-правові заходи, які, можливо, будуть мати більш латентний характер і не обов'язково повинні бути оформленими в формі міжнародного договору. Можливе використання в цьому випадку також засобів «м'якого» міжнародного права, що за загальної згоди все-таки завершується імплементацією таких «м'яких» норм. При цьому слід зазначити, що застосування для міжнародної уніфікації законодавства актів «м'якого» міжнародного права є доволі новим явищем, що потребує спеціальних досліджень.

З іншого боку, в правових дослідженнях ототожнюють імплементацію з поняттями уніфікації, гармонізації, апроксимації, координації, наближення, вживають ці поняття замість імплементації, що знову-таки може створювати враження однорідних понять. Якщо імплементація є реалізацією норм міжнародного права у внутрішньому праві держав, то тоді чим є уніфікація, гармонізація, апроксимація, координація, оскільки саме ці поняття нерідко застосовують разом з поняттям «імплементація» або замість нього? Наприклад, В. В. Гомонай так і пише: «Для позначення процесу гармонізації в офіційних документах ООН дістав поширення термін «імплементація»»²⁹. Знайомство з деякими академічними курсами міжнародного права також свідчить про відсутність відмінностей між імплементацією і адаптацією³⁰.

²⁸ Matteucci, M. Op. cit. – P. 16.

²⁹ Гомонай В.В. Зближення законодавства України з правовою системою Європейського Союзу [Електронний ресурс] - Режим доступу: <http://radnuk.info/statti/228-konst-pravo/3497-2010-01-22>

³⁰ Курс международного права. Т. 1. – М.: Наука, 1967. С. 227.

В свою чергу, в дослідженнях не завжди зрозумілими виглядають відмінності між самими поняттями уніфікації, гармонізації, апроксимації, координації, кожне з яких часом вживають замість або рівнозначно з поняттям імплементації. Наприклад, деякі дослідники ототожнюють поняття уніфікації і гармонізації. Саме так робить К. Джонатан, коли говорить про уніфікацію і про гармонізацію як про однопорядкові явища³¹. Близький до такої думки й М. Маттеуччі, коли пише про уніфікацію і фактично ототожнює її з гармонізацією, з точки зору мети: «...to point out the subject upon which it is useful or necessary to bring the different legislation in to harmony» (визначити предмети, відносно яких було б доцільним або необхідним здійснити гармонізацію законодавств – *перекл. з англ. Є.С.*)³². А. Зіглер говорить про гармонізацію і уніфікацію законодавства як про близькі між собою явища³³, а тому пропонує називати їх «стандартизацією»³⁴. Натомість І. І. Лукашук говорить про гармонізацію як про самостійне явище, окреме від уніфікації. Він пише: «Гармонизация способствует усовершенствованию внутреннего права и обеспечивает эффективность права международного. Поэтому достижение гармонизации является одним из главных направлений национальной правовой системы»³⁵. На нашу думку, така характеристика гармонізації права, її відокремлення від міжнародної уніфікації законодавства найбільше характеризує природу цих правових явищ.

Гармонізація законодавства з міжнародно-правовими нормами спрямована на максимальне його узгодження з визначеними міжнародно-правовими нормами. Ступень такого узгодження може визначатися самою державою, або спільно державою і міжнародною організацією, або міжнародним союзом, з яким встановлені відповідні відносини. Наприклад, досягнення необхідного ступеню гармонізації українського законодавства з правом ЄС має отримати оцінку органів Європейського Союзу. Гармонізація завжди залишає державі, що її здійснює, певний ступень дискреції, хоча і не виключає власного бажання держави замінити гармонізацію її законодавства уніфікацією. Міжнародна уніфікація законодавства, що здійснюється державою на основі

³¹ Clough, J. Op. cit. – Pp. 698-736.

³² Matteucci, M. Op. cit. – P. 16.

³³ Ziegler A. Op. cit. – Pp.781-792.

³⁴ Ibid. – P. 788.

³⁵ Лукашук И. И. Международное право. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – С. 264.

міжнародно-правового рішення, найчастіше, міжнародного договору, в якому вона бере участь або здійснює підготовку до вступу, завжди є юридично необхідною, обов'язковою. В цьому випадку держава найчастіше позбавлена можливості дискреції. На відміну від уніфікації законодавства на основі міжнародного права здійснення гармонізації, це значно більш м'яка вимога до імплементації норм міжнародного права.

З іншого боку, в наукових дослідженнях існує тенденція до отождоження понять гармонізації і апроксимації. До цього схиляється Л. Комзюк³⁶. В. О. Туляков вважає, що «апроксимація як процес наближеного зображення одних об'єктів правової форми іншими, що сходні за суттю та змістом із первісними, набирає дедалі більшого обсягу у кримінальному законодавстві різних країн у зв'язку із необхідністю послідовного вирішення питань кримінально-правового контролю над транснаціональною злочинністю»³⁷. При цьому він вважає, що апроксимація відбувається за допомогою гармонізації³⁸. В свою чергу, Ю. Капіца пропонує вживати термін «наближення», зокрема, щодо уніфікації законодавства України з правом ЄС на основі Угоди про співробітництво. Він зазначає, що в праві ЄС вживають терміни наближення та гармонізація. У випадку «наближення» йдеться про досягнення того чи іншого рівня відповідності. Зі свого боку, гармонізація може означати як досягнення «певної ідентичності норм права держав-членів Євросоюзу через прийняття регламентів ЄС, так і визначення цілей, єдиних для держав-членів, через прийняття директив ЄС»³⁹. Апроксимацію як «наближення» розглядає Національна стратегія наближення (апроксимації) законодавства України до права ЄС у сфері охорони довкілля⁴⁰.

³⁶ Комзюк Л. Апроксимація охорони прав на «осиротілі твори» в ЄС як фактор розвитку медіа-права [Електронний ресурс]. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2013. № 5. – С. 40-49. – Режим доступу: ftp://ndiiv_guest:fxU8uPzgv@ftp.s43.freehost.com.ua/2013_5/6.PDF

³⁷ Туляков В. О. Апроксимація у кримінальному законодавстві // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 47. – С. 7.

³⁸ Туляков В. О. Там само. – С.11.

³⁹ Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 19.

⁴⁰ Національна стратегія наближення (апроксимації) законодавства України до права ЄС у сфері охорони довкілля [Електронний ресурс]. – К., 2015. – 107 с. – Режим доступу: https://menr.gov.ua/files/docs/draft_NAS_FEB2015.pdf

Отже, гармонізацію, адаптацію, апроксимацію, координацію, так само як уніфікацію, жодним чином не можна ототожнювати з імплементацією, оскільки жодний з цих видів наближення національного права до міжнародного не є реалізацією міжнародного права. Жоден з цих видів наближення національного права до міжнародного не є організаційно-правовим засобом, інструментом, за допомогою якого здійснюється реалізація норм міжнародного права у внутрішньому правовому порядку держав. Натомість гармонізація, адаптація, апроксимація, координація і уніфікація є різновидами *наслідків* національної імплементації норм міжнародного права. І кожен з цих наслідків може бути досягнутим з застосуванням відомих організаційно-правових засобів імплементації норм міжнародного права. В кожному з цих випадків держава сама визначатиме, в який спосіб і до якого ступеня буде відбуватися наближення законодавства до її міжнародно-правових зобов'язань, і, таким чином, держава реалізовуватиме такі зобов'язання. Таким чином, ключовим питанням в даному випадку стають міжнародно-правові вимоги до глибини імплементації тієї чи іншої норми міжнародного права. Варто зазначити, що гармонізація, на відміну від уніфікації, може просто не забезпечити необхідний рівень єдності правового регулювання⁴¹. В цьому сенсі і виникає можливість говорити про правові особливості міжнародної уніфікації законодавства.

Правові особливості міжнародної уніфікації законодавства та її відмінності від гармонізації, адаптації, апроксимації і координації пов'язані з правовою природою уніфікації. Можна погодитися з В. В. Гомонаєм, який вбачає загальну відмінність уніфікації у «впровадженні єдиних норм до різних національних правових систем через міжнародно-правові зобов'язання держав»⁴². Не випадково міжнародну уніфікацію права іноді називають ще стандартизацією. Саме цим міжнародна уніфікація законодавства передусім відрізняється від інших наслідків імплементації норм міжнародного права, хоча і здійснюється тими

⁴¹ Джонатан К. звертає увагу на те, що Конвенція про кіберзлочинність передбачає гармонізацію законодавства, проте "...harmonisation presents considerable challenges when seeking to address issues as complex and diverse as substantive and procedural law, mutual assistance and extradition" ("... гармонізація представляє собою значні проблеми у розв'язанні складних і різноманітних питань, таких як матеріальне та процесуальне право, взаємна допомога та видача – *перекл. з англ. Є. С.*). Див.: Clough, J. Op. cit. – P. 701.

⁴² Гомонай В.В. Зазнач. твір.

самими організаційно-правовими засобами. Міжнародна уніфікація законодавства може бути спрямована на зміни в усіх галузях приватного і публічного права, в тому числі в конституційного. Не випадково переважна більшість наукових досліджень стосуються передусім галузевої уніфікації норм внутрішнього права держав на основі міжнародного права⁴³. Водночас особливості міжнародної уніфікації законодавства не обмежуються згаданою вище її відмінністю від інших наслідків імплементації норм міжнародного права.

На нашу думку, з огляду на очевидну специфіку завдань, що постають в разі потреби у здійсненні міжнародної уніфікації законодавства, цілком доцільним було б її виокремлювати серед інших наслідків імплементації норм міжнародного права. Міжнародна уніфікація законодавства є найбільш ефективним цілеспрямованим засобом міжнародного впливу на законодавство держав, і це пов'язано передусім з *політико-правовою* метою уніфікації, що надає можливість характеризувати її в якості особливого, відмінного від інших засобу такого впливу⁴⁴. Розгляд міжнародної уніфікації законодавства під таким кутом зору надає можливість побачити такі відмінності, виокремити їх, з'ясувати їх правову природу та надати юридичну характеристику.

Передусім, міжнародно-правовою основою уніфікації законодавства держав є загальний принцип, відповідно до якого міжнародний договір може вимагати від держави змінити її законодавство⁴⁵. Значення цього принципу для розуміння уніфікації виходить далеко за межі звичайного розуміння імплементації норм міжнародного права, коли держава значною мірою сама визначає межі наближення свого законодавства до відповідних міжнародно-правових норм. Не випадково юристи, які досліджують види імплементації, пропонують певну їх взаємодію. І.І. Лукашук, наприклад, вважав, що уніфікація внутрішнього права, тобто включення у правові системи однакових норм, є «особим видом гармонізації»⁴⁶. З цим можна погодитися з тим застереженням,

⁴³ Ramberg, J. *Methodology of the Unification of Commercial Law in the 2000's*. – Riga, 2001. – 15 p.

⁴⁴ Деякі вчені називають особливості міжнародно-правових договорів про уніфікацію законодавства в окремих галузях. Наприклад, М. В. Буроменський пише про міжнародні договори про уніфікацію кримінального законодавства. Див.: *Міжнародне право*. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 215-216.

⁴⁵ Shaw, M. *Op. cit.* – P. 138.

⁴⁶ Лукашук И. И. *Международное право*. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – С. 263-264.

що взаємодія міжнародної уніфікації і гармонізації законодавства є більш складним процесом. Вимога міжнародної уніфікації законодавства може стосуватися як матеріального, так і процесуального права⁴⁷.

Слід звернути увагу на те, що уніфікація в сучасному світі не існує сама по собі. Вона є наслідком усвідомлених і цілеспрямованих дій міжнародних міждержавних інституцій за активної участі найвпливовіших держав світу. При цьому не варто применшувати роль міжнародних міждержавних організацій, які нерідко мають в цьому власні інтереси і навіть беруть на себе тягар здійснення міжнародної уніфікації права для його імплементації в державах⁴⁸. Автори, які досліджують проблеми глобалізації права, не випадково звертають у цьому зв'язку увагу на міждержавні союзи, такі, як ЄС, на такі міжнародні організації, як ООН, включаючи її спеціалізовані установи, та на міжнародні арбітражі і міжнародні професійні асоціації⁴⁹. В свою чергу, питання уніфікації міжнародного права викликає інтерес з точки зору реакції на нього регіональних інтегрованих міжнародних утворень⁵⁰. Водночас міжнародну уніфікацію права, уніфікацію міжнародного права і глобалізацію права усе-таки не варто розглядати в якості однорідних явищ.

Отже міжнародна уніфікація права відбувається не заради вдосконалення міжнародного права як такого чи національного права держав, принаймні вдосконалення не є головною метою цього глобального процесу. Міжнародне право існує не заради самого себе і в цьому сенсі в окремих своїх галузях воно давно вийшло за межі регулятора виключно міжнародно-правових відносин. Не можна не помічати перетворення міжнародного права протягом другої половини ХХ століття на потужний засіб зовнішнього впливу на держави, його рішучого проникнення в сферу внутрішньо-правового регулювання. М. В. Буроменський, досліджуючи уніфікацію кримінального законодавства, робить принципові висновки, що мають беззаперечно більш широке застосування, про те, що уніфікація законодавства є

⁴⁷ А. Зіглер не зовсім правильно зосереджує увагу на уніфікації матеріального права. Див.: Ziegler, A. Op. cit. – P. 784. Варто зазначити, що міжнародна уніфікація спрямована на широкий комплекс цивільного процесуального законодавства, зокрема за допомогою багатосторонніх договорів про міжнародну правову допомогу в цивільних справах.

⁴⁸ Ziegler, A. Ibid. – P. 788.

⁴⁹ Le Golf, P. Op. cit. – P. 130-131.

⁵⁰ Див., наприклад: Matteucci, M. Op. cit.

найпотужнішим засобом впливу міжнародного права на національні правові системи. У цьому, власне, проявляється інтерес глобалізованої міжнародної спільноти до максимальної уніфікації моделей міжнародно-правового спілкування, також в передбачуваності і в керованості світу. Тому процес міжнародної уніфікації законодавства є керованим з боку найпотужніших міжнародних акторів. Наведемо для прикладу рішення UNICITRAL під час підготовки Модельного закону про Електронну торгівлю (Electronic Commerce), яким було визнано необхідність міжгалузевої уніфікації законодавства⁵¹.

З іншого боку, міжнародне право беззаперечно виступає тут як інструмент реалізації інтересів окремих найбільш потужних держав, а частіше – їх груп у збереженні міжнародної атмосфери, сприятливої для підтримки повноцінного політичного та економічного співробітництва. «Можна навести чимало прикладів того, як прагнення наблизитися до авторитетних міжнародних центрів політичного та економічного тяжіння спонукає держави до укладення багатосторонніх міжнародних договорів. Ні для кого не є секретом, що ці договори становлять невід'ємну частину внутрішньої і зовнішньої політики таких центрів міжнародної інтеграції. ... вступаючи в такі договори, держава повинна визнати для себе неминучість входження в новий правовий простір. При цьому елементи допустимої дискреції в дотриманні єдиних правил загального правопорядку можуть бути зведені до мінімуму»⁵². Виглядає не випадковим те, що дослідники міжнародної координації та уніфікації права часом наполягають на важливості її обмеження «практичними потребами», щоб це не виходило за межі відмінностей між законодавством держав⁵³. Таким чином, міжнародна уніфікація права на основі уніфікації міжнародного права є складним і, більше того, суперечливим політико-правовим явищем. Саме з цієї точки зору виглядає найбільш доцільним оцінювати і досліджувати таку уніфікацію в міжнародному праві та її значення для національного права держав, а отже і характеризувати специфіку імплементації норм міжнародного права, спрямованих на уніфікацію національного законодавства.

⁵¹ Report of the UNICITRAL 28 May-14 June 1996. – Pp. 210-215.

⁵² Буроменський М. В. Міжнародне кримінальне право та кримінально-правова система України. *Сучасна кримінально-правова система України: реалії та перспективи*. – К.: ВАІТЕ, 2015. – С. 465.

⁵³ Matteucci, M. Op. cit. – P. 16.

Отже, ключовою особливістю міжнародної уніфікації законодавства є її пов'язаність з інтегративною функцією міжнародного права. І. І. Лукашук абсолютно правий, коли звертає увагу на таку особливість уніфікації: «Наиболее значительны масштабы гармонизации и унификации в рамках интеграционных объединений»⁵⁴. Звісно, міжнародна уніфікація законодавства може відбуватися в неширокому колі держав та за відсутності глибокої інтеграції. Наприклад, модельні закони, прийняті Парламентською Асамблеєю СНД, мають рекомендаційний характер⁵⁵, а реальна перспектива їх застосування на практиці не виходить за межі членів цієї Організації⁵⁶. Однак найчастіше уніфікація усе-таки пов'язана з участю в багатосторонніх міжнародних договорах. Дослідники міжнародної уніфікації законодавства справедливо звертають увагу на важливість саме всеосяжності цього процесу⁵⁷. Це означає, що з уніфікацією переважно пов'язаний інтерес широкої групи держав, отже і міжнародний договір для таких цілей повинен бути загальним або укладатися в межах широкого та впливового регіонального представництва, наприклад, в рамках ЄС з включенням держав, що уклали з ним Угоди про асоціацію.

Таким чином, уніфікація дуже часто пов'язана зі створенням складних нових, часом автономних, правових просторів, в яких завжди домінує міжнародне право. Тобто уніфікація передбачає примат міжнародного права у відповідних правових відносинах. При цьому слід

⁵⁴ Лукашук И. И. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – С. 264.

⁵⁵ Лаптев Г. С., Федорова М. Ю. Модельное законодательство Содружества Независимых Государств в области социального обеспечения // *Современное право*. 2010. – № 7. – С. 132- 135.

⁵⁶ Див., наприклад: Модельный кодекс о недрах и недропользовании для государств-участников СНГ. Принят на двадцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление N 20-8 от 7 декабря 2002 года) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_a34; Модельный торговый кодекс для государств-участников СНГ. Принят на тридцать третьем пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление N 33-24 от 3 декабря 2009 года)[Електронний ресурс] – Режим доступу:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_n01. Загалом кількість модельних законів сягає декількох сотен. (Див: Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых государств. Документи МПА СНГ[Електронний ресурс] – Режим доступу: http://iacis.ru/activities/documents/modelnye_kodeksy_i_zakony/

⁵⁷ Clough, J. Op. cit. – P. 700.

мати на увазі, що уніфікація не лише з'являється внаслідок потреби в створенні правових просторів, а і пов'язана з найбільш послідовним і жорстким контролем за її дотриманням, що має забезпечувати єдність імплементації. Це також є особливістю сучасної уніфікації міжнародного права⁵⁸. Саме походження потреби в уніфікації виключає байдуже ставлення з боку відповідної міжнародної спільноти (світової чи регіональної) до якості імплементації уніфікованих міжнародно-правових норм та наступної правової практики на основі таких імплементованих норм. Слід звернути увагу на те, що умови створення автономних міжнародно-правових просторів достатньо жорстко прописуються в міжнародних договорах, в тому числі, щодо умов набуття членства в таких договорах⁵⁹. При цьому говорять про загальні і регіональні правові простори, в яких відбувається уніфікація законодавства. Для загальних правових просторів найчастіше застосовують принцип універсалізму участі в міжнародному договорі про уніфікацію законодавства. Наприклад, в Гаазькій конвенції з питань цивільного процесу сказано: «Будь-яка держава, не представлена на Сьомій сесії Конференції, може приєднатися до цієї Конвенції, якщо тільки одна або більше держав, які ратифікували її, не висловили проти цього заперечень протягом шести місяців від дати повідомлення Урядом Нідерландів про таке приєднання» (ч. 1 ст. 31)⁶⁰. Подібна норма міститься в ч. 1 ст. 28 Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах⁶¹.

Міжнародна уніфікація передбачає найбільш жорстку модель обов'язкового приведення державою свого законодавства і права у

⁵⁸ Dupuy, P. – M. Op. cit. – Pp. 795-796.

⁵⁹ "З цієї доктринальної дискусії можна зрозуміти, що питання допуску усіх держав до участі в багатосторонніх договорах лишається не до кінця вирішеним в теорії міжнародного права і є суперечливим на практиці. Тому для загальних багатосторонніх міжнародних договорів про правову допомогу не може бути заздалегідь встановлена вимога універсального доступу до участі в них усіх бажаних держав світу. Як наслідок, в їх текстах присутні обидва підходи." Див.: Ємець І. О. Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах [Електронний ресурс]. – Харків. 2017. С. 97. – Режим доступу: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Emec/d_Emec.pdf

⁶⁰ Конвенція по вопросам гражданского процесса [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_083

⁶¹ Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_890

відповідність з міжнародно-правовими зобов'язаннями. Уніфікація на основі міжнародного права є, очевидно, єдиним випадком, коли не діє загальне правило імплементації, про яке пише В. Н. Денисов: «... від того, наскільки держава морально і юридично готова до дії в її власному праві міжнародно-правових норм і який вона обере для цього правовий механізм, залежить багато в чому ступінь реалізації норм міжнародного права як таких в дійсне життя»⁶². Тобто в разі міжнародної уніфікації законодавства держава або не має зовсім, або має мінімальні можливості дискреції в межах своїх міжнародно-правових зобов'язань, на відміну від гармонізації, апроксимації чи адаптації. Це, звісно, не означає, що держава завжди зв'язана обов'язком відтворити дослівно текст міжнародно-правової норми⁶³ – це не завжди й можливо з огляду на різні правові системи та різні правові сім'ї, що існують в державах. За словами Ю. А. Тихомирова, в разі міжнародної уніфікації законодавства істотне значення має здатність моделей, що пропонує міжнародно-правовий акт, «уплітатися» в тканину названих нормативних систем⁶⁴. Тому це повинно враховуватися в відповідному міжнародному договорі. Наприклад, в разі міжнародної уніфікації кримінального законодавства поняття складу злочину в міжнародному договорі не може застосовуватися з огляду на використання цього поняття лише в певному колі держав, тому договір буде містити перелік ознак злочину. Або ж договір може передбачати обов'язкові ознаки правовідносин, що підлягають міжнародній уніфікації законодавства⁶⁵. У будь-якому разі міжнародна уніфікація зобов'язує

⁶² Денисов В. Н. Развитие теории и практики взаимодействия международного и внутреннего права. *Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве*. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 7.

⁶³ Часом обов'язок відтворити зразок, закріплений в міжнародно-правовому акті, все-таки існує. Переважно це стосується так званих модельних законів. Як зазначає Житарев Є. В.: "У цілому модельний закон будується як самостійний і завершений акт, що без будь-якої доробки може бути включений у правову систему кожної держави." Див.: Житарев Є. В. Модельний закон як вид уніфікованого акта [Електронний ресурс] // *Актуальні проблеми держави і права*. – 2007. – Вип. 36. – С. 200 – Режим доступу: <http://www.apdp.in.ua/v36/38.pdf>

⁶⁴ Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – С. 88.

⁶⁵ У Довідці до Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів зазначено: "Головна мета Конвенції – обґрунтування і докладна регламентація питань, пов'язаних із застосуванням строку позовної давності у міжнародній торгівлі. Вона спрямована на чітке визначення проміжку часу для вирішення спорів або претензій, що можуть виникати внаслідок порушення або

державу відтворити в своєму законодавстві зміст міжнародно-правові норми відповідно до традицій національної правової техніки і практики. Водночас абсолютно праві ті дослідники, які все-таки вбачають існування об'єктивної межі для здійснення міжнародної уніфікації законодавства, коли це пов'язано з критичними розбіжностями правових систем⁶⁶.

Якщо міжнародно-правова норма є зразком, на основі якого відбувається уніфікація права в державі, то виникає питання про вимоги до міжнародно-правової форми (договірної чи звичаєвої) такої норми міжнародного права. Чи завжди потрібен міжнародний договір для міжнародної уніфікації законодавства? І. І. Лукашук вважає, що «основным инструментом унификации служат международные договоры»⁶⁷. Таку точку зору висловлює й М. В. Буроменський, який надає загальну характеристику таких договорів, зокрема тих, що пов'язані з уніфікацією кримінального законодавства⁶⁸. Подібну думку висловлюють й інші автори⁶⁹. Такий висновок виглядає логічним з огляду на правові механізми, що лежать в основі міжнародної уніфікації законодавства та створюють її юридичні передумови: наявність зрозумілої, загальноприйнятої, чітко сформульованої і юридично обов'язкової для реалізації правової моделі, яка повинна бути імплементованою в законодавство держав. Але, як показує досвід, міжнародна уніфікація законодавства і права можлива також на основі звичаєвого міжнародного права, що відбулося, наприклад внаслідок прийняття ІНКОТЕРМС. Причому, як свідчать здійснені дослідження, у випадку гармонізації і уніфікації комерційного і торговельного права результати таких дій можуть бути не лише у вигляді конвенцій, а і у вигляді модельних законів, узагальнень звичаєвого права, тощо⁷⁰. Виникає питання про розширення практики використання актів «м'якого» права для міжнародної уніфікації законодавства, ця тема стає предметом все більш активного інтересу

невиконання зобов'язань за міжнародними договорами купівлі-продажу товарів." Див.: Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів[Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_002

⁶⁶ Matteucci, M. Op. cit. – P. 17.

⁶⁷ Лукашук И. И. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – С. 264.

⁶⁸ Міжнародне право. – К.: ЮрінкомІнтер, 2006. – С. 215-216.

⁶⁹ Жигарев С.В. Знач. твір. – С. 199-203.

⁷⁰ Ziegler, A. Op. cit. – P.791.

науковців⁷¹. І все-таки міжнародний договір залишається на цей час найбільш застосовною і ефективною правовою основою здійснення міжнародної уніфікації законодавства.

Дослідження міжнародних договорів про міжнародну уніфікацію законодавства свідчить, що вони набули певної специфіки. Причому, вони самі нерідко в першу чергу підпадають під міжнародну уніфікацію, а вже потім використовуються для цілей уніфікації законодавства. Аналізуючи тексти багатосторонніх договорів про міжнародну правову допомогу, що містять норми про уніфікацію цивільного, господарського, адміністративного процесуального законодавства, І. Ємець, звертає увагу на те, що «відповідні договірні норми значною мірою стандартизовані»⁷². В даному випадку це означає те, що різні багатосторонні договори про міжнародну правову допомогу в цивільних справах в окремих своїх частинах уніфіковані за своїм змістом. Безпосереднім наслідком тут стає збільшення кількості держав, що будуть зобов'язані однаково уніфікувати своє законодавство, навіть якщо такі держави не будуть учасниками одного й того самого договору. Тобто уніфікація законодавства держав на основі міжнародного права відбувається внаслідок уніфікації норм самого міжнародного права, коли відповідна норма міжнародного права набуває належної узгодженості держав.

Обов'язок держави здійснити уніфікацію свого законодавства на основі міжнародного права зазвичай стає зрозумілим з самого тексту міжнародного договору. Така мета укладання договору присутня ще на стадії підготовки тексту, добре відома сторонам і його укладають з врахуванням такої мети. Це зовсім не означає, але і не виключає того, що текст договору буде містити якусь стандартизовану текстуальну конструкцію, що потребує лише її перенесення до національного закону, навіть в тих випадках, коли ставиться саме така мета. Наприклад, згадувана Конвенція про кіберзлочинність містить правові конструкції такого роду: «1. Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для надання повноважень своїм компетентним органам для обшуку або подібного доступу до: а. комп'ютерної системи або її частини і комп'ютерних даних, які зберігаються в ній; та б. комп'ютерного носія інформації, на якому

⁷¹ Бабін Б. В. Програмне регулювання у сучасному міжнародному праві: еволюція, форми та механізми реалізації. – Одеса : Фенікс, 2012. – С. 245-328.

⁷² Ємець І. О. Зазнач. твір. – С. 100.

можуть зберігатися комп'ютерні дані на її території» (ч. 1 ст. 19)⁷³. З цього цілком зрозуміло те, що держава буде використовувати для уніфікації такий спосіб імплементації, як трансформація. Зовсім інша правова конструкція міститься в ст. 5 Конвенції про цивільний процес: «[1] Подтверждение вручения имеет место или в виде удостоверенной расписки адресата с указанием даты или в виде свидетельства властей запрашиваемого государства, в котором констатируется факт вручения и указывается способ и дата вручения. [2] Расписка или свидетельство оформляются на одной из копий документа или в виде приложения»⁷⁴. В цьому випадку незалежно від обраного міжнародно-правового механізму імплементації у держави відсутній широкий вибір, тим не менше він не стосується корекції всієї галузі права або певного правового інституту. Набагато складнішою для держав може бути пропозиція модельного закону, що є суттєвим втручанням в законодавство, а повноваження їх створювати мають не лише регіональні міжнародні організації, а і такі органи, як Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Є. В. Житарев абсолютно правий, коли говорить про значні ризики введення модельного акта в національне законодавство без будь-яких корегувань⁷⁵. Тобто імплементація всього тексту міжнародно-правового акту шляхом його рецепції або відсилання найчастіше не виглядає ідеальним кроком до уніфікації. Найчастіше рецепція і відсилання можливі і відбуваються з окремими міжнародно-правовими нормами, які в такий спосіб переносять до внутрішнього права держави. Найчастіше імплементація для уніфікації законодавства на основі міжнародного права потребуватиме трансформації, тобто створення на основі міжнародного договору нового тексту акту законодавства. Юридичні особливості і можливі правові наслідки такої імплементації можна побачити на прикладі уніфікації кримінального законодавства⁷⁶,

⁷³ Див.: Конвенція про кіберзлочинність [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_575. Конвенцію ратифіковано із застереженнями і заявами Законом N 2824-IV від 07.09.2005, ВВР, 2006, N 5-6, ст. 71

⁷⁴ Див.: Конвенція по вопросам гражданского процесса [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_083

⁷⁵ Житарев Є. В. Зазнач. твір. – С. 200.

⁷⁶ Див.: Буроменський М. В. Зазнач. твір. – С. 484-489. Єпур Г. В. Впровадження міжнародно-правових актів в кримінальне законодавство України. – Харків, 2005. – 16 с.

але все це має набагато більш широке значення для розуміння міжнародної уніфікації законодавства.

Оскільки метою міжнародної уніфікації законодавства є цілеспрямована і контрольована зміна законодавства держав, договори про уніфікацію укладають зазвичай за умови їх ратифікації. Це забезпечує не лише додатковий контроль з боку держави за змінами власного законодавства, а і спонукає до формування нової практики його застосування. В міжнародно-правових дослідженнях з цього питання справедливо зауважують про те, що «...говорячи суворо юридично, міжнародно-правові приписи далеко не завжди звернені виключно до ... законодавця, але нерідко й до органу правозастосування»⁷⁷. Але роль національних судів в міжнародній уніфікації законодавства ще потребуватиме спеціального дослідження.

Навіть стислий огляд такого явища, як міжнародна уніфікація законодавства, свідчить про його значні особливості. Виникнення потреби в міжнародній уніфікації законодавства не мало відношення до сучасних потреб глобалізації. На своєму початку в середині XIX століття уніфікація обслуговувала певні комерційні і гуманітарні інтереси, далекі від великої політики. Ще і досі такі погляди не є поодинокими, коли уніфікацію пов'язують виключно з розвитком приватно-правових відносин. Але реальність міжнародних відносин свідчить про те, що міжнародна уніфікація законодавства виявилася надзвичайно важливим і потрібним інструментом захисту більш широких інтересів регіональних і загальносвітових міжнародних спільнот, що об'єдналися у міжнародні міждержавні організації або у міждержавні союзи, і у своєму сучасному вигляді має цілком очевидні політико-правові риси. Уніфікацію законодавства в умовах глобалізації вже не можна розглядати як наслідок виключно суверенного вибору кожної з держав, а слід оцінювати як результат впливу різних факторів.

Міжнародній уніфікації законодавства передують уніфікація міжнародного права в тих галузях і інститутах, де воно проникає в сферу регулювання внутрішнього права. Міжнародна уніфікація законодавства завжди має на меті забезпечення пріоритетів міжнародно-правового регулювання – саме в такій ієрархії цінностей слід її розглядати. Зважаючи на мету міжнародної уніфікації законодавства, можна говорити про правові особливості міжнародно-правових інструментів, що

⁷⁷ Буроменський М. В. Зазнач. твір. – С. 466.

спрямовані на таку уніфікацію. Ними можуть бути не лише міжнародні договори, а і акти «м'якого» міжнародного права. В неширокому сегменті правовідносин міжнародна уніфікація можлива на основі звичаєвого права.

Імплементация уніфікованих норм міжнародного права залишає державам мінімальні можливості дискреції. З цим пов'язана її ефективність для міжнародно-правового регулювання визначених відносин. Це радикально відрізняє уніфікацію від гармонізації, апроксимації, адаптації та інших наслідків внутрішньодержавної імплементации норм міжнародного права. З іншого боку, міжнародна уніфікація законодавства завжди пов'язана з необхідністю врахування особливостей національних правових систем, що потребує техніко-юридичної адаптації правових конструкцій, закріплених в міжнародному праві. Міжнародна уніфікація законодавства досягається за допомогою організаційно-правових засобів національної імплементации, і їх вибір є суверенним рішенням держави.

Список використаних джерел

1. Бабін Б. В. Програмне регулювання у сучасному міжнародному праві: еволюція, форми та механізми реалізації : монографія [Текст] / Б. В. Бабін / за заг. ред. проф. М. О. Баймуратова. – Одеса : Фенікс, 2012. – 454 с.
2. Буроменський М. В. Міжнародне кримінальне право та кримінально-правова система України [Текст] / Ю. В. Баулін, М. В. Буроменський, В. В. Голіна та ін. // Сучасна кримінально-правова система України: реалії та прерспективи/ під заг. ред. Ю. В. Бауліна. – К.: ВАІТЕ, 2015. – 688 с.
3. Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права [Текст] / А. С. Гавердовский – К., 1980. – 320 с.
4. Гомонай В. В. Зближення законодавства України з правовою системою Європейського Союзу [Електронний ресурс]/ Гомонай В. В. – Режим доступу: <http://radnuk.info/statti/228-konst-pravo/3497-2010-01-22>
5. Денисов В. Н. Развитие теории и практики взаимодействия международного и внутреннего права [Текст] / В. Н. Денисов. // В кн. Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 2-24.

6. Дмітрієв А. І., Муравйов В. І. Міжнародне публічне право. Навч. посіб. [Текст] / А. І. Дмітрієв, В. І. Муравйов / Відп. редактори Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губерський. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 640 с.
7. Dupuy P.-M. The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice // International Law and Politics. -1999. – Vol. 31. – Pp. 791-807.
8. Ємець І. О. Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах: дис. ... канд. юрид. наук: : 12.00.11.[Електронний ресурс] / Ємець І. О. – Х.: Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого, 2017. – 204 с. – Режим доступу:http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Emec/d_Emec.pdf
9. Єпур Г. В. Впровадження міжнародно-правових актів в кримінальне законодавство України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. [Текст] / Г. В. Єпур. – Х., 2005. – 16 с.
10. Житарев Є. В. Модельний закон як вид уніфікованого акта / Є. В. Житарев // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – Вип. 36. – С. 199-203. – Режим доступу: <http://www.apdp.in.ua/v36/38.pdf>
11. Ziegler A. Particularities of Harmonization and Unification of International Law of Trade and Commerce [Text] / A. Ziegler // Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr. – C. Asser Press. The Hague. Netherlands, 2000. – Pp. 781-792.
12. Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И. Международное право: Учебник [Текст] / Р. А. Каламкарян, Ю. И. Мигачев. – М.: Изд-во Эксмо, 2004. – 688 с.
13. Київець О. В. Міжнародно-правове регулювання боротьби з відмиванням «брудних» грошей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. [Текст] / О. В. Київець. – К., 2003. – 12 с.
14. Комзюк Л. Апроксимація охорони прав на «осиротілі твори» в ЄС як фактор розвитку медіа-права [Електронний ресурс] / Комзюк Л. // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2013. – № 5. – С. 40 – 49. – Режим доступу: ftp://ndiiv_guest:fxU8uPzgv@ftp.s43.freehost.com.ua/2013_5/6.PDF
15. Курс международного права. Т. 1. [Текст]. – М.: Наука, 1967. – 284 с.
16. Куц М. О. Про особливості тлумачення терміна «імплементація» [Електронний ресурс] / М. О. Куц // Проблеми державного управління та адміністративне право. Часопис Київського університету права. – 2010. –

№2. – С. 133 – 138. – Режим доступу:
http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_2/133.pdf

17. Лаптев Г. С., Федорова М. Ю. Модельное законодательство Содружества Независимых Государств в области социального обеспечения [Текст] / Г. С. Лаптев, М. Ю. Федорова // Современное право. – 2010. – № 7. – С. 132- 135.

18. Le Golf P. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization / P. Le Golf // Indiana Journal of Global Legal Studies. – 2007. – Vol. 14. Issue 1. Article 7. – Pp. 119 – 145. – Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss1/7>

19. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. [Текст] / И. И. Лукашук. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.

20. Matteucci M. Prospects of International Unification of Law from a European Viewpoint [Electronic resource] / M. Matteucci // Louisiana Law Review. – 1949. – Vol.10. Number 1. – Pp. 15 – 24. – Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol10/iss1/9>

21. Международное право : Учебник для вузов [Текст] / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, О. И. Тиунов и др. / Под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Высшая школа, 1995. – 398 с.

22. Міжнародне право. Навч.посібник[Текст] / За ред. М.В. Бу-роменського. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 336 с.

23. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] /Ред. В. Г. Буткевич. – К.: Либідь, 2002. – 608 с.

24. Національна стратегія наближення (апроксимації) законодавства України до права ЄС у сфері охорони довкілля [Електронний ресурс] – Київ, 2015. – 107 с. – Режим доступу: https://menr.gov.ua/files/docs/draft_NAS_FEB2015.pdf

25. Нуруллаев І. С. Міжнародно-правове співробітництво в системі Ради Європи у боротьбі з корупцією. Монографія[Текст] / І. С. Нуруллаєв. – К.: Алерта, КТН, Центр навчальної літератури, 2009. – 160 с.

26. Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток [Текст] / За ред. В. С. Журавського. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 296 с.

27. Ramberg J. Methodology of the Unification of Commercial Law in the 2000's[Electronic resource] / J. Ramberg // Riga Graduate School of Law

Working Papers №2. – Riga, 2001. – 15 p. – Available at : <http://www.rgs1.edu.lv/images/stories/publications/RWP2Ramberg.pdf>

28. Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України [Електронний ресурс] / М. Раскалей // Віче. – 2009. – No 22. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1744>

29. Clough J. A World of Difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation [Electronic resource] / J. Clough // Monash University Law Review. Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2015/06.– 2014. – 40(3). – Pp. 698-736.- Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2615789>

30. Столярський О. В. Міжнародно-правове співробітництво у боротьбі з відмиванням грошей від наркобізнесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. [Текст] / О. В. Столярський. – Київ, 2006. – 12 с.

31. Стрельцов Л. Є. Міжнародно-правові зобов'язання держав по охороні комп'ютерних програм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. [Текст] / Л. Є. Стрельцов. – Київ, 2016. – 19 с.

32. Суворова В. Я. Обеспечение реализации договорных норм международного права (юридическая природа) [Текст] / В. Я. Суворова // Сов. гос. и право. – 1991. – № 9. – С. 115-119.

33. Shaw M. International Law [Text] / M. Shaw. Sixth edition. – Cambridge University Press, 2008. – 1542 p.

34. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения [Текст] / Ю.А. Тихомиров. – М.: Издательство НОРМА, 1996. – 432 с.

35. Туляков В. О. Апроксимація у кримінальному законодавстві [Текст] / В. О. Туляков // Актуальні проблеми держави і права. – О.: Юрид. література, 2009. – Вип. 47. – С. 7-11.

ЗАМІСТЬ ЗАКІНЧЕННЯ. КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Вітчизняна юридична наука постала перед необхідністю дослідження й розв'язання ряду фундаментальних проблем, зокрема, перед потребою формування теоретичних і методологічних засад реформування механізму державної влади в Україні, розроблення концептуальних підходів та механізмів реалізації політико-правової реформи, теоретико-методичних основ здійснення конституційного процесу і забезпечення поступального розвитку національної правової системи, а також проблем організації та функціонування державної влади в умовах європейської інтеграції України¹.

Труднощі концептуальної влади та відсутність одностайності в її розумінні взагалі породили сумніви щодо необхідності такого поняття, в його науковій корисності та придатності для проведення досліджень соціальної практики. Деякі автори вважають поняття влади настільки невизнаним, що від нього варто відмовитись, або принаймні, всіляко уникати. У зв'язку з цим відомий західний дослідник Дж. Марч назвав «владу» поняттям, яке «розчаровує», а на думку Дж. Скотта – редактора трьохтомного видання з кратології (сучасної науки про владу), яке репрезентує стан оспорюваних понять у соціологічному лексиконі.

Відсутність єдиних теоретико-методологічних засад реформування державної влади в Україні негативно впливає на розвиток політико-юридичного процесу, стримує необхідні суспільству реформи, узвичаює негативну практику перетворень у публічно-правовій сфері хибним, методом спроб і помилок, що дезорганізовує систему державної влади та місцевого самоврядування, призводячи до небезпечного зниження рівня законності, виникнення нових конфліктів в середині влади, посилення правового нігілізму і, зрештою, втрати довіри громадян до політичних і владних інститутів, зневіри у їх спроможність розв'язувати загальні проблеми.

Сучасний період, коли громадянське суспільство не склалося, а його інститути не набували належного розвитку, роль держави особливо

¹ Плавич В. П. Теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз правотворчості: наукові реалії сучасності: [монографія]/ В. П. Плавич. – Одеса: Астропринт, 2017. – С. 282-283.

важлива для формування такого суспільства. Саме держава покликана сприяти розвитку ініціативи і самодіяльності громадян, залученню суспільства до процесів перетворень. На цій основі має досягатися злагода у суспільстві і державі.

Модель реформативних відносин передбачає збереження державної влади, її поступальне, помірне змінення у контексті трансформації суспільних відносин, що відбувається в рамках еволюційного перетворення всієї соціальної системи. На відміну від революції, реформи одразу ж (без проміжної фази безладу) приводять до закономірного результату самоорганізації соціальної системи – взаємодії її підсистем. Дана синергія проявляється в укладенні вигідної для обох сторін угоди про розподіл свободи, яка має місце в соціальній системі. Інформація про необхідність подібної угоди надходить з соціальної системи до відкритої нелінійної підсистеми керованою державною владою народу, створюючи у локалізованому там середовищі громадянського суспільства певну дисипативну структуру – суб'єкта реформ, – який від імені народу укладає дану угоду. Оскільки виконання договору можливе тільки якщо державній владі притаманні атрибутивні параметричні значення, наближені до легітимних, цей суб'єкт, діючи в рамках досягнутого компромісу, схиляє її до проведення відповідних реформ. Очевидно, що у ролі атратора реляційного концепту реформативний режим значно стійкіший і більше відповідає параметрам, що управляють соціальною системою, тобто більш ізоморфний ідеальному режиму як її атрибутивному параметричному значенню.

Отже, реформативний режим визначається як оптимальний для суспільних відносин між державною владою і власне суспільством².

Реформи можна розділити на два напрямки: структурні та політичні, реорганізація державної структури передбачає, по-перше, модифікацію її елементів, по-друге, перетворення відносин між ними. До системи державної влади мають відібрати професіоналів, які володіють творчим потенціалом та спеціалізуються в задоволенні потреб саме українського народу. У відносинах між підсистемами, що складають державну владу, необхідно поміняти пропорцію: роль вітчизняних інститутів самоврядування слід зробити значно вагомішою.

² Антонов О. В. Соціально-філософський аналіз державної влади у контексті суспільних відносин: автореф. дис. ... канд. філос. наук/ О. В. Антонов. – Одеса, 2016. – С. 18.

Реформи, які потрібно проводити у відношенні державної політики, умовно диференціюються на економічні і правові. Обидва блоки реформ тісно пов'язані між собою, і оптимізувати один можна лише в кореляції з іншим. Так, низький рівень задоволення наших економічних потреб зумовлений прогалинами та колізіями в діючому законодавстві. А потреби в організації, яка виражається у дотриманні режиму законності, не можуть бути задоволені в умовах сильного економічного дисбалансу.

Лейтмотивом реформативної концепції повинна стати філософська категорія міри, так як помірність-це властивість, яка відрізняє реформативний режим від революційного. Така значуща роль міри свідчить на користь того, що реформативний режим є оптимальним для України, адже помірність-правічна риса нашого народу.

Режим реальних відносин між державною владою та керованим нею суспільством відрізняється від ідеального (від легітимності). Існують два режими реальних відносин: революційний і реформативний. Причина їх утворення – невідповідність атрибутивних параметричних значень державної влади атрибутивним параметричним значенням ідеального режиму, котрі були прийняті соціальною системою як параметри, що нею управляють. У точці біфуркації соціальна система повинна самоорганізуватися, обравши один з реальних режимів у якості атрактору, значення атрибутивних параметрів котрого максимально наближені до легітимності. Революційний режим непрогнозований, так як передбачає невизначений період відсутності державної влади, що характеризується продовженням хаосу і сильних флуктацій, котрі можуть невідновно дезорганізувати соціальну систему. Реформативний режим оснований на дисипативному порядку, передбачуваності і взаємодії підсистем, яка виражається в угоді щодо компромісного використання свободи і помірного реформування державної влади. Від імені народу в угоді приймає участь спеціально утворена в середовищі громадянського суспільства дисипативна структура – суб'єкт реформ. Реформативний режим відповідає параметрам, що управляють соціальною системою (легітимності), більше, ніж революційний, отже він-оптимальний.

Загальною є й проблема «спасіння» українською парламентаризму. Потрібна кореляція в системі парламентських виборів, обмеження депутатської недоторканості, скасування частини пільг для депутатів, збільшення частки професійних юристів у складі депутатського корпусу тощо. Ця частка коливається на рівні 10 відсотків, тоді як у зарубіжних

парламентах вона становить 35-40 і більше відсотків. Актуальною є також проблема оновлення не тільки Конституції України, а й всього конституційного законодавства. Діючий Основний Закон, зберігаючи свою правову інерційність, поступово перестає виправдовувати високі суспільні запити і сподівання щодо стимулювання процесів національного державотворення та правотворення. Функції Президента України у формуванні Кабінету Міністрів України повинні бути посилені шляхом запровадження інституту консигнатури. Найбільш важливим є питання про ефективність процесів організації державної влади, що фактично і означає сильну, тобто ефективну державу. Така ефективність залежить від глибоко усвідомленої та науково обґрунтованої необхідності не формальної, а творчої дисципліни всіх ланок організації державної влади. Це відбувається завдяки усвідомленню об'єктивних процесів дезорганізації, які повинні бути стримані не тільки окремими ланками системи державного управління, а і сутністю як управлінської діяльності, так і функціонування керованих об'єктів.

Процеси реформування державної влади вимагають особливої уваги, оскільки будь-яке реформування означає зміщення балансів (постійно чи тимчасово) у бік організації, або у бік дезорганізації.

Теоретичні положення в цій галузі зводяться до того, що існує певна парадигма реформування державної влади з точки зору її організації, яка полягає в наступному: будь-яке реформування неодмінно викликає нові дезорганізаційні процеси чи активізує дезорганізаційні процеси, які існували до моменту реформування; в майбутньому реформуванні повинно встановити необхідний баланс і надалі забезпечити контрольованість дезорганізаційних процесів і більш високий рівень організації, який існував до процесу реформування.

Проблема, таким чином, полягає в тому, наскільки довго в ході реформування державної влади відбувається досягнення балансів між організаційними та дезорганізаційними процесами. Якщо процеси дезорганізаційні, викликані реформуванням системи державного управління, відбуваються недовго, то наслідком реформуванням неодмінно буде новий рівень організації і значна ефективність такого процесу. Проте фактор часу може діяти в зворотному напрямку. Якщо цілі та завдання реформування вибрані невірні, форми й методи не відповідають завданням та функціям державних методів, то швидкі процеси реформування можуть наблизити загальну дезорганізацію

системи, її руйнацію, тобто суттєву, якісну зміну зв'язків між елементами системи. Разом з тим такий варіант розвитку організації ще не є найгіршим, оскільки він породжує «кризу» в системі організації державної влади, яка, разом з тим, відкриває нові можливості для зміни векторів реформування, а отже, до досить швидких позитивних тенденцій щодо організації державної влади³.

Не зрозумівши базисної суперечності суспільства, не можна визначати загальний напрям його розвитку і перспективи зміни суспільства, а отже правильно обирати стратегію реформ, у тому числі реформування державних інститутів. Якщо сказати коротко, зміст базисної суперечності українського суспільства полягає у відчуженні праці від власності, в якому трудящі залишаються ще більше позбавленими власності, ніж трудящі у період соціалістичного будівництва в нашій країні. Етатизація суспільства призвела до парадоксальної ситуації: чим більше функцій і повноважень опинилося в руках держави, чим «символічною» вона стала як правовий інститут, тим слабшою виявляється як інструмент державного управління, інститут відповідальності та механізм захисту прав людини⁴.

Суспільство потрапила у ситуацію невизначеності, нечіткості перспектив подальшого розвитку в усіх сферах суспільного життя, включаючи невизначеність свого місця в системі цінностей нового устрою⁵. Надзвичайно актуальною сьогодні є необхідність становлення загально-суспільної ціннісної парадигми в контексті перехідного періоду, що перетворить людство та перетворить його на нову глобальну цілісність, якій важлива єдність комунікаційних та інформаційних чинників. Основою такої парадигми має бути творення суспільства нового типу, під яким розуміється глобальна спільність громадян, котрі утворюватимуть поліцентроване, комбіноване суспільство, схоже на єдиний організм. При цьому розуміючи загальнолюдські цінності як

³ Кубко Є. Б. Методологічні основи вдосконалення державної влади в сучасній Україні// Проблеми організації державної влади в Україні в контексті політико-правової реформи: матеріали методологічного семінару. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. – С. 34.

⁴ Кресіна І.О. Громадянське суспільство в Україні: стан і перспективи розвитку// Державно-правові та суспільно-політичні перетворення в Україні: проблеми і перспективи. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 84.

⁵ Нарядько Г. Я. Особистість в ціннісній парадигмі соціуму перехідного періоду: автореф. дис. ... канд. філософ. наук/ Г. Я. Нарядько. – Одеса, 2010. – С.14-15.

духовні загальнозначущі, збагачені ідеєю творчої, «Homo intellegent» особистості, а «ядром» загальносуспільної ціннісної парадигми має стати антропологічна основа. Сутністю нової ціннісної парадигми має стати рівноцінність, рівнозначність колективного та індивідуального, як у мов розвитку суспільства та особистості; суспільне та особисте мають стати рівноправними ціннісними структурами, взаємопов'язаними, взаємозумовленими та заснованими на взаємовідповідальності. «Новий» гуманізм як конкретно-особистісний початок є центром сучасної ціннісної парадигми, в якому свобода мислиться як встановлення рівноправно-партнерських відносин з тим, що знаходиться поза людиною, з природними процесами, з іншими людьми, з цінностями, культурою, з соціальними процесами. Автор виходить з того, що особистість за власною генезою є космобіопсихосоціокультурним утворення, а за своїм походженням обумовлена суб'єктом.

КОЛЕКТИВ АВТОРІВ

О. І. Домбровський – к.і.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ I).

В. П. Плавич – д. філос. наук, к.ю.н., професор, академік, Заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ II; V).

І. В. Борщевський – к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ III).

Р. С. Прітченко – ст. викладач кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ IV).

О. Д. Гринь – к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ VI).

Є. Г. Бобрешов – к.ю.н., помічник судді Малиновського районного суду міста Одеси (розділ VII).

О. І. Донченко – к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ VIII).

А. С. Ткачук – к.ю.н., старший викладач кафедри економіки, права та управління бізнесом Одеського національного економічного університету, адвокат (розділ IX).

О. О. Нігрєва – к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ X).

М. А. Мурчин – аспірант кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ ім. І. І. Мечникова, адвокат (розділ XI).

Є. Д. Стрельцова – к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права ОНУ імені І. І. Мечникова (розділ XII).

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА РЕДАКТОРА	3
----------------------------------	----------

ЧАСТИНА ПЕРША. ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЮРИДИЧНА КАТЕГОРІЯ ТА ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ ДІЙСНОСТІ

Розділ I. ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ЗАКОНОДАВСТВА В ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1917 – 1920 рр.)	9
--	----------

(О. І. Домбровський)

Розділ II. СИСТЕМА КОНСТИТУЦІЙНИХ АКТИВ-ЗАКОНІВ І ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ПРАВОНАСТОСУВАННЯ В ПЕРЕХІДНИЙ ПЕРІОД	29
--	-----------

(В. П. Плавич)

ЧАСТИНА ДРУГА. МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

Розділ III. РОЛЬ НЕТРАДИЦІЙНИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА В ПРАВОТВОРЧИХ ПРОЦЕСАХ УКРАЇНИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА	59
---	-----------

(В. І. Борщевський)

Розділ IV. СУТНІСТЬ, ЗМІСТ І ФОРМИ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ	95
--	-----------

(Р. С. Прітченко)

Розділ V. ФЕНОМЕН ДУШІ АБО ЕНЕРГОІНФОРМАЦІЙНА СУТНІСТЬ В ПРЕДМЕТНОМУ ПОЛІ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОГО АНАЛІЗУ: В РАМКАХ РАЦІОНАЛЬНОГО ТА ІРРАЦІОНАЛЬНОГО	112
---	------------

(В. П. Плавич)

ЧАСТИНА ТРЕТЯ. ОСОБЛИВОСТІ І ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Розділ VI. ПРОБЛЕМИ ПРАВОНАСТОСОВНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ НОРМ	133
---	------------

(О. Д. Гринь)

Розділ VII. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ	166
--	------------

(Є. Г. Бобрешов)

Розділ VIII. ОСОБЛИВОСТІ І ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ПРАВОТВОРЧОСТІ В СУЧАСНИХ УМОВАХ.....	200
<i>(О. І. Донченко)</i>	
Розділ IX. ВПЛИВ ПРАВОСВІДОМОСТІ НА ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В КОНТЕКСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВОТВОРЧОСТІ.....	239
<i>(О. С. Ткачук)</i>	

ЧАСТИНА ЧЕТВЕРТА. ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ЗАСІБ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Розділ X. ПРАВОТВОРЧІСТЬ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ	267
<i>(О. О. Нігрєва)</i>	
Розділ XI. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ І ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА	294
<i>(М. А. Мурчин)</i>	
Розділ XII. УНІФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЙОГО НОРМ В ЗАКОНОДАВСТВО ДЕРЖАВ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ	314
<i>(Є. Д. Стрєльцова)</i>	
ЗАМІСТЬ ЗАКІНЧЕННЯ	339
КОЛЕКТИВ АВТОРІВ	345

Наукове видання

*Домбровський Олексій Ілліч
Плавич Володимир Петрович
Борщевський Ігор Вячеславович
Прітченко Роман Сергійович
Гринь Оксана Дмитрівна
Бобрешов Євген Генадійович
Донченко Олена Іванівна
Ткачук Альона Сергіївна
Нігрєєва Олена Олександрівна
Мурчин Марат Андрійович
Стрельцова Євдокія Джонівна*

**ФОРМУВАННЯ І РОЗВИТОК ПРАВОТВОРЧОСТІ
В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА**

Монографія

Редактор Т. Р. Короткий
Технічний редактор Ж. А. Гардиман

Підписано до друку 15.11.2017. Формат 60x84/16.
Ум.-друк. арк. 21,75. Зам. № 1801-01. Тираж 300 прим.

Видано ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.
e-mail: www.law-books.od.ua