Державна митна служба України
Академія митної служби України

Дмитро Бочаров

ПРАВОЗАСТОСОВЧА ДІЯЛЬНІСТЬ: ПОНЯТТЯ, ФУНКЦІЇ ТА ФОРМИ

Проблемні лекції

Затверджено науково-методичною радою
Академії митної служби України
Протокол № 3 від 17.11.2005 р.

Дніпропетровськ
2006

УДК 340.111.5
ББК 67.0
Б 86

Бочаров Д.О. Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми: Проблемні лекції. – Дніпропетровськ: АМСУ, 2006. – 73 с.

Рецензенти:
Петришин О.В., доктор юридичних наук, професор, головний учений секретар АПрН України, професор кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого;
Гмирко В.П., кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету Академії митної служби України

Видання містить матеріали до лекцій, присвячених висвітленню проблемних питань теорії правозастосування й правозастосовчої діяльності. За підготовку цієї роботи авторові присуджено премію Національної академії наук України для молодих учених.
Стане в нагоді при опануванні відповідними темами в рамках програми дисципліни “Теорія держави та права” і спецкурсу “Проблеми теорії держави та права”.

Автор Бочаров Д.О., старший викладач кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України
Контактна адреса автора в Internet (e-mail): dmitroboch@mail.ru

© Дмитро Бочаров, 2006
© Академія митної служби України, 2006

Лекція перша

Поняття правозастосовчої діяльності та її сутнісні ознаки

Питання щодо змісту й сутнісних ознак правозастосовчої діяльності вже доволі тривалий час перебуває в центрі уваги вчених-правознавців. Правозастосуванню в цілому й окремим проблемам правозастосовчої діяльності присвячено численні публікації радянських, вітчизняних і російських науковців, серед яких, передовсім, заслуговують на увагу праці М. Александрова, С. Алексєєва, І. Бенедика, Ю. Бро, Є. Додіна, І. Дюрягіна, В. Горшеньова, В. Лазарева, Я. Михаляк, П. Недбайла, С. Олейникова, П. Рабіновича, О. Черданцева, В. Юсупова та ін. [1]. У ході широкої дискусії, що відбулася в 1954 – 55 рр. на сторінках юридичних видань [2], та в подальшому [3] обговорено й визначено характерні ознаки правозастосування як специфічної форми реалізації права, а також у цілому сформовано єдину позицію щодо розуміння змісту й призначення правозастосовчої діяльності. Зокрема, під час означеної дискусії засуджено й відкинуто як хибні уявлення, що ґрунтувалися на ототожненні правозастосовчої діяльності з нормотворенням і такими формами безпосередньої реалізації правових норм, як використання, виконання й дотримання норм права, досягнуто попередньої згоди щодо принципових питань визначення суб'єктів правозастосування, його характеру й завдань тощо.

Нині вже можна констатувати факт набуття теорією правозастосування парадигмального характеру, тобто статусу своєрідної сталої системи координат, яка визначає проблематику й напрями подальших досліджень у цій сфері та править за основу таких досліджень. Про це, насамперед, свідчить одноманітність висвітлення базових положень теорії правозастосування в навчальних виданнях, що її Т. Кун визнавав найсуттєвішою ознакою завершення формування наукової парадигми [4], а також наявність фундаментальних досліджень з окремих питань, що визначаються як проблемні в рамках певної парадигми. Так, переважна більшість виданих останнім часом в Україні та Росії підручників і навчальних посібників з теорії держави і права зазвичай містить окремий розділ, присвячений висвітленню змісту, ознак і динаміки правозастосовчої діяльності в рамках єдиного, усталеного в пострадянській правовій науці підходу; здійснюються ґрунтовні наукові дослідження окремих аспектів і проблем правозастосування на рівні монографічних досліджень та наукових статей; вочевидь складно переоцінити вплив теорії правозастосування і на юридичну практику. "Практична спрямованість теорії правозастосування, природно, зумовлюється її безпосередньо прикладним характером, – пише П. Рабінович у відповідному розділі навчального посібника з теорії права та держави. – Адже майже всі службові обов'язки професійних юристів зосереджуються на застосуванні юридичних норм або на його забезпеченні. Тому як для майбутніх юристів, так і для осіб, що вже працюють у даній сфері, цей розділ курсу набуває, мабуть, найбільшого практичного значення" [5].

Отже, теорія правозастосування є зараз невід'ємним елементом "нормальної" [6] правової науки і має парадигмальний, базовий характер. Дискусії щодо проблемних положень теорії свідчать передовсім про нормальний розвиток науки в межах усталеної парадигми.

Зумовлений потребою визначення змісту поняття "правозастосовча діяльність" порівняльний аналіз вищезгаданих публікацій дає можливість виокремити такі принципові моменти теорії правозастосування.

Переважна більшість наукових дефініцій, що стосуються поняття "правозастосовча діяльність", є комплексними, тобто такими, що поєднують ознаки широко використовуваних у правовій доктрині визначень через рід і видову відмінність та операціональних визначень. Дефінієнс цих визначень складний і містить родове поняття, "традиційні" видові ознаки-характеристики й указівку на здійснювані в перебігу такої діяльності й властиві лише для неї операції (дії) та/або очікуваний результат. Родовим поняттям при визначенні поняття "правозастосовча діяльність" зазвичай виступає поняття "діяльність компетентних суб'єктів" у незначних його варіаціях, як от: "діяльність державних органів" (П. Галанза, І. Фарбер, М. Хангалов), "діяльність державних органів (посадових осіб) та уповноважених на те органів громадськості" (Ю. Бро, Є. Додін, І. Дюрягін), "діяльність державних органів, громадських організацій, а за державним уповноваженням – і громадян" (В. Лазарев, П. Недбайло) тощо. Усі названі тут суб'єкти належать до обсягу поняття "компетентний суб'єкт", адже правозастосувачами можуть стати лише за державним уповноваженням і діють виключно в межах наданої компетенції (обсягу повноважень).

Що ж до видових ознак правозастосовчої діяльності як діяльності компетентних суб'єктів, то найчастіше згадуються її складність; владний (державно-владний) творчий характер, який зумовлює імперативність і варіативність її результатів; її реалізація на засадах законності, ефективності, доцільності й обґрунтованості (доказовості); нормативна регламентованість меж власного розсуду правозастосувача, а також порядку й форм її здійснення.

Окрім того, переважна більшість визначень поняття "правозастосовча діяльність" як видову ознаку між іншими містить елемент, іманентно властивий дефінієнсам операціональних визначень. Операціональними визначеннями в науці називаються такі, що визначають поняття через указівку на характер і послідовність учинюваних дій (операцій) та/або результат цієї діяльності [7]. Визначення шляхом посилання на мету також, очевидно, слід уважати операціональним, оскільки мета зазвичай розглядається як очікуваний, сподіваний результат [8].

Наприклад, Є. Додін зазначає, що зміст правозастосовчої діяльності "становлять збирання, дослідження, опрацювання й зберігання інформації або, простіше кажучи, операції з нею" [9]. Метою правозастосовчої діяльності проф. Додін уважає поширення загальних приписів правових норм на персонально визначених суб'єктів [10].

На думку О. Козлова, задля того, щоб “утілити правову норму в життя”, компетентний суб’єкт мусить послідовно набути знання, по-перше, щодо конкретної ситуації, яка потребує владного втручання, по-друге, щодо змісту норми, яка підлягає реалізації, по-третє, щодо можливих сприятливих чи, навпаки, несприятливих для суб’єкта правових наслідків і насамкінець ухвалити відповідне рішення, владно підтвердивши вид та міру прав і обов’язків учасників правовідносин та, в разі потреби, визначивши вид і міру юридичної відповідальності [11].

“Застосування права, – пише О. Аверін, – це спрямований на забезпечення нормального перебігу процесу реалізації правових норм комплекс розумових і фактичних, організаційних і юридичних операцій (дій) суб’єкта правозастосування” [12].

Наведені дефініції є яскравими прикладами операціональних визначень через указівку на характер і послідовність учинюваних дій. Але не менш поширені й дефініції з посиланням на результат (мету) реалізації правозастосовчої діяльності. При тому найчастіше згадуються:

– вирішення юридичної справи;

– видання індивідуальних державно-владних приписів (правозастосовчого акта);

– здійснення акту застосування права (правозастосовчого акту).

Приміром, автори ґрунтовної праці “Теорія юридичного процесу” на чолі з В. Горшеньовим трактують правозастосовчу діяльність як специфічну діяльність уповноважених державних органів, громадських об’єднань та посадових осіб, спрямовану на розгляд і вирішення різноманітних індивідуальних справ, які мають юридичне значення [13].

С. Алексєєв визначає правозастосування як специфічну діяльність, спрямовану на вирішення юридичної справи, у результаті якої до матерії правової системи включаються нові елементи – владні індивідуальні приписи. “Правозастосовча діяльність є організаційним виразом застосування права та являє собою систему різнорідних дій основного й допоміжного характеру, втілених у правозастосовчих актах”, – пише він [14].

На думку І. Дюрягіна, “застосування норм права (правозастосовча діяльність) – то здійснювана в спеціально визначених законом формах державно-владна організаційна діяльність компетентних суб’єктів із видання індивідуально-конкретних правових приписів” [15].

З точки зору В. Юсупова, результатом правозастосовчої діяльності завжди є створення юридичного акта – акта застосування права, тобто рішення в конкретно-індивідуальній справі [16]. Визначення цієї діяльності В. Ісаковим може бути приведено до такої формули: “правомірна діяльність компетентних суб’єктів… що її результатом виступає індивідуальний правовий акт” [17].

Проф. Алексєєв зазначає, що поняттям “вирішення юридичної справи” охоплюється кінцева правозастосовча дія, термін “індивідуальний державно-владний припис” указує на результат правозастосування, а

поняття “акт застосування” позначає результат вирішення юридичної справи в єдності з його зовнішньою формою, тобто акт-документ [18]. Отже, усі три наведених поняття у дещо різних аспектах характеризують підсумок правозастосовчої діяльності, її остаточний результат.

Що ж до бентежливої, на перший погляд, відмінності пропонованих різними авторами як видової ознаки роду “діяльність компетентних суб’єктів” переліків належних до здійснення операцій (перша група наведених дефініцій), то згідно з правилами визначення понять кожному дефінієнсу (визначенню) має відповідати лише один дефінієндум (визначуване), але кожний дефінієндум може мати декілька дефінієнсів [19]. Приміром, квадрат може бути визначений як “рівнобічний прямокутник” або ж як “рівнокутний ромб”: обидва дефінієнси визначають один (спільний) дефінієндум цілком адекватно. До того ж, ідеться про тотожні по суті операції, змальовані з різним рівнем деталізації у рамках різних підходів (кібернетичного, структурно-функціонального, психологічно-діяльнісного тощо), які не заперечують, а доповнюють один одного, таким чином збагачуючи зміст поняття “правозастосовча діяльність”.

Вважаю, що всі наведені приклади є дефініціями поняття правозастосовчої діяльності, навіть якщо в них ідеться про правозастосування чи застосування норм права, оскільки в усіх цих випадках правозастосування (застосування норм права) як специфічна форма реалізації права характеризується саме в його діяльнісному аспекті. Окрім того, наведений у розглянутих дефініціях перелік належних до вчинення дій (операцій) та їх результатів становить видову ознаку визначуваного поняття при його визначенні через родове поняття “діяльність компетентних суб’єктів”. Тобто, саме цей перелік характеризує специфіку змісту правозастосовчої діяльності (правозастосування, застосування норм права) як виду діяльності компетентних суб’єктів. До того ж поняття “правозастосовча діяльність”, “правозастосування” та “застосування норм права” доволі часто використовуються як рівнозначні в науковій і довідковій літературі. Приміром, упорядники фундаментальної вітчизняної юридичної енциклопедії [20] при визначенні поняття “застосування правових норм” без застережень використовують поняття *“застосування правових норм”* та *“правозастосовча діяльність”* як взаємозамінні. Аналогічне ставлення до понять *“застосування норм права”* та *“правозастосовча діяльність”* демонструє І. Дюрягін, про що свідчить вищенаведене визначення ним “застосування норм права (правозастосовчої діяльності)” як єдиного поняття.

Така практика ототожнення понять “правозастосування”, “застосування норм права” та “правозастосовча діяльність” попри свою усталеність в юридичній науці навряд чи є виправданою, оскільки здатна призводити (і, власне, вже призводить) до виникнення прикрих непорозумінь. Буває, що кінцева мета правового регулювання, тобто фактична реалізація визначених правовими нормами вимог і можливостей, досягається самим актом застосування відповідної норми (регулятивної чи

охоронної). Але нерідко досягнення цієї мети потребує й послідовного застосування компетентним суб'єктом (суб'єктами) значної кількості правових норм, як регулятивних, так і охоронних. Це спричиняє виникнення цілого комплексу питань, пов'язаних із визначенням такого роду діяльності. Чим є з позицій правової науки така діяльність? Що вона собою являє? З іншого боку, виникає проблема визначення статусу діяльності, що реалізується в межах окремої стадії акту застосування норми права і не приводить до ухвалення остаточного рішення у справі. Тому методологічно виправданою слід визнати пропозицію В. Реутова та О. Ушакова ставитися до понять "правозастосування", "застосування норм права" та "правозастосовча діяльність" з позицій розрізнення категорій *загального й окремого* та *частини й цілого*. Термін "правозастосування", на думку В. Реутова й О. Ушакова, має вживатися на позначення специфічної форми правореалізації, пов'язаної з реалізацією владної компетенції [21]. Натомість термін "застосування норм права" автори вважають за доцільне використовувати для позначення випадків повної реалізації норми самим актом її застосування, а більш складні випадки, що потребують послідовного здійснення численних актів застосування норм права (так би мовити, "забезпечення" кожного окремого акту застосування норм аналогічними попередніми або подальшими актами), позначати термінами "правозастосовчий процес" або "правозастосовча діяльність" [22]. Аналогічною є позиція В. Горшеньова, який зазначав, що правозастосовчу діяльність слід розглядати як сукупність різнорідних актів основного й допоміжного характеру, за допомогою яких забезпечується безперервність процесу реалізації нормативно-правових приписів [23]. Слід лише додати, що обсягові поняття "правозастосовча діяльність", на мою думку, належить не лише процес здійснення численних послідовно-паралельно пов'язаних взаємозалежних актів застосування норм права, а й окремо взяті акти застосування, які до того ж можуть спиратися серед фактичних підстав застосування норми на раніше вчинений, або ж відіграти роль юридичного факту за подальшого розвитку правовідносин, тобто, увійти ланкою до правозастосовчого ланцюжка-діяльності. Більше того, поняття "правозастосовча діяльність" може використовуватись і для позначення окремих дій у рамках акту застосування норми права, оскільки кожний такий акт складається з декількох стадій і потребує вчинення різнорідних дій, здійснюваних поетапно (до того ж, доволі часто – різними суб'єктами) [24].

Отже, з урахуванням наведених поза межами дефініцій додаткових характеристик можна виділити такі принципові для визначення змісту поняття "правозастосовча діяльність" риси.

По-перше, це специфічна діяльність компетентних суб'єктів. На відміну від таких форм безпосередньої реалізації правових норм, як їх використання, виконання й дотримання громадянами та ін., правозастосування є складною формою реалізації норм права, що потребує участі наділеного легальними владними повноваженнями суб'єкта. Позиції

Г. Федькіна та П. Недбайла, що припускали можливість здійснення правозастосовчої діяльності будь-якими суб'єктами (у т. ч. пересічними громадянами), з часом зазнали виправданої критики, так само, як і властива радянській правовій доктрині позиція (І. Фарбер, П. Галанза та ін.), що ґрунтувалася на визнанні правозастосовчої діяльності прерогативою виключно державних органів. Перший, так званий "широкий" підхід, як слушно зазначав згодом В. Лазарев, не є виправданим, оскільки ґрунтується на ототожненні правозастосування з формами безпосередньої реалізації правових норм [25]. Натомість прибічники другого, "вузького" підходу, вочевидь перебільшують роль державних органів у процесі регулювання суспільних відносин, категорично відкидаючи можливість визнання суб'єктами правозастосовчої діяльності не лише громадян, а й громадських організацій. "Особливість громадського правозастосування полягає в тому, – пише І. Дюрягін, – що воно здійснюється лише за уповноваженням держави й у визначених державою межах". Але це, на його думку, не дає підстав уважати, що від того змінюється сутність правозастосовчої діяльності [26]. "Із санкції держави, – стверджує В. Лазарев, – діяльність із правозастосування цілком можуть здійснювати й громадські організації, а в окремих випадках навіть громадяни" [27]. Проте в таких випадках, як слушно зауважує Є. Додін, вони беруть участь у правовідносинах уже не як громадяни, а як уповноважені особи [28]. Нині вважається загальновизнаним, що правозастосовчу діяльність можуть здійснювати державні органи, установи, державні й недержавні підприємства, громадські організації та навіть окремі особи за умови, що державою (законодавством) їм надано відповідні повноваження, та в межах своєї компетенції.

По-друге, така діяльність відзначається владним характером. Державні органи безпосередньо, а інші компетентні суб'єкти опосередковано та різною мірою реалізовують 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. "Державно-владне вповноваження – ось той чинник, що перетворює суб'єкта управлінських відносин на суб'єкта правозастосування... і виражається в наданні йому певної правозастосовчої компетенції, – пише Є. Додін. – Лише носій державної влади спроможний здійснити такий акт соціального управління, як реалізація загальних державних настанов у конкретних життєвих обставинах" [29]. Державні органи є носіями владних повноважень за визначенням, оскільки, власне, й уособлюють державну владу. Але, як зазначалося вище, акт делегування державою повноважень на здійснення правозастосування іншим суб'єктам "забарвлює" їх діяльність з реалізації наданих повноважень владною авторитетністю, зумовлює прояв у ній ознак імперативності. Унаслідок того, як зазначає І. Дюрягін, правозастосовчі акти ухвалюються такими суб'єктами, як акти одностороннього волевиявлення, характеризуються обов'язковістю,

гарантуються примусовою силою держави, тобто набувають імперативного, державно-владного характеру [30].

По-третє, це діяльність з індивідуальної регламентації та правозабезпечення, тобто така, що передбачає видання конкретизованих й індивідуалізованих владних приписів, які визначають суб'єктивні права й обов'язки адресатів приписів, та забезпечення їх фактичної реалізації адресатами в формі виконання й дотримання суб'єктивних обов'язків і заборон, а також використання суб'єктивних прав. Як індивідуальна регламентація, так і правозабезпечення знаходять своє вираження у відповідних актах-документах, що ними оформлюються (а за потреби й зумовлюються подальші) правозастосовчі акти-дії.

По-четверте, ця діяльність має реалізовуватися на засадах доцільності, справедливості й обґрунтованості, оскільки здійснюється з метою найбільш ефективного регулювання суспільних відносин та за умови прозорості підстав ухвалюваних рішень. Поняття доцільності правозастосовчої діяльності має щонайменше два смислових шари. У першому випадку застосування юридичної норми визнається доцільним тоді, коли воно забезпечує досягнення того соціального ефекту, що заради нього було створено норму. Інакше кажучи, доцільність правозастосовчої діяльності в цьому розумінні передбачає цілеспрямованість та ефективність такої діяльності. У другому розумінні поняття доцільності співвідноситься з поняттям оптимальності. Адже вищенаведене розуміння поняття доцільності, на думку П. Рабіновича, не дає відповіді на питання: якому з однаково правомірних у формальному відношенні варіантів поведінки, пропонованих нормою, слід надавати перевагу в конкретній ситуації? А таке питання постає щоразу, коли суб'єктові правозастосування доводиться мати справу з нормами, хоча б один зі структурних елементів яких характеризується відносно визначеним змістом [31]. Не варто забувати й про норми з так званими альтернативними гіпотезами, диспозиціями чи санкціями, а також про дискреційні [32] норми права. "Вирішення цього питання, – пише П. Рабінович, – можливе лише на основі критеріїв доцільності в її вужчому розумінні: доцільним має визнаватися лише такий варіант застосування норми, який дозволяє найкращим чином (за даних умов) досягти її мети. Таке розуміння доцільності ґрунтується на діалектиці співвідношення мети й способів її досягнення: будь-яка мета зазвичай може бути реалізована в конкретних умовах за допомогою різних дій (засобів). Усі такі дії будуть доцільними в широкому розумінні доцільності, але нерівноцінними з огляду на ступінь, рівень доцільності: деякі з них забезпечуватимуть досягнення мети швидше, простіше, з меншими "витратами", ніж інші" [33]. Тобто у вузькому розумінні доцільність означає те саме, що й оптимальність.

З поняттями цілеспрямованості й доцільності значною мірою пов'язане й поняття справедливості. "Право має регулювати людську поведінку в такий спосіб, – зазначає Р. Циппеліус, – щоб вигоди (цінності,

переваги) й обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо; суперечливі інтереси були задоволені в порядку, відповідному до їхньої ваги та значущості; ті, хто чинить карані діяння, отримували за них належну відплату, – одне слово, аби при вирішенні конфліктів, які виникають у суспільстві, панувала справедливість" [34]. Забезпечення соціальної справедливості здійснюється не лише через правотворення, але й через правозастосування, адже навіть справедливий закон потребує справедливого застосування [35]. Як зазначає О. Аверін, досягнення справедливості в правозастосовчому процесі залежить не стільки від процесуальної регламентації дій правозастосувача, скільки від рівня правової культури й правосвідомості його самого й інших учасників справи [36]. Норми з відносно визначеними, альтернативними, дискреційними елементами, про які вже йшлося, мають застосовуватися не лише на засадах доцільності, але й на принципах справедливості, з огляду на рівень матеріальної забезпеченості, ступінь вини, спроможність адекватно оцінювати значення власних дій учасниками правового конфлікту та інші індивідуальні особливості конфліктних ситуацій [37]. Правило *suum cuique ex aequo et bono* [38], сформульоване ще за часів Давнього Риму, з часом не втратило своєї актуальності. Окремо слід згадати й потребу забезпечення об'єктивності, неупередженості компетентних суб'єктів під час здійснення ними правозастосовчої діяльності як необхідної передумови ухвалення ними справедливих рішень. На думку О. Авєріна, упередженість і справедливість – принципово несумісні поняття [39]. "В юриспруденції зміст поняття справедливості відрізняється від загальнопоширеного пересічного розуміння, – пише В. Нікітаєв. – Будь-який юрист знає, що справедливий суд – це законно створений незалежний і неупереджений суд, який керується в своїй діяльності виключно інтересами права, а вирок справедливий тоді, коли покарання призначається з урахуванням передбачених законом індивідуальних особливостей злочину й особи, що його вчинила" [40].

Проте, як цілком слушно зауважував ще в позаминулому столітті Дж. Стіфен, слід пам'ятати, що ухвалення справедливого рішення – лише половина справи: конче потрібно, щоб справедливим його визнало суспільство [41]. Обґрунтованість ухвалених рішень є необхідною умовою, яка вможливлює не лише визнання їх справедливими суспільством, але й здійснення нагляду, контролю вищими інстанціями, оскарження й опротестування неправосудних рішень зацікавленими особами тощо. На думку Н. Глинської, обґрунтованість ухваленого рішення становить результат його обґрунтування й передбачає підтвердження правильності всіх висновків, що містяться в конкретному правозастосовчому акті, посиланнями на відповідні норми права, сукупністю доказів і взаємопов'язаних із ними переконливих доводів. Разом із тим авторка зазначає, що обґрунтування правозастосовчих рішень є не одноактною дією, а тривалим у часі процесом, що має свою структуру та складається з низки

відносно самостійних, послідовно і поступово здійснюваних у контексті правозастосовчої діяльності операцій. Н. Глинська виділяє такі етапи обґрунтування, як визначення предмета обґрунтування, встановлення доказової бази рішення, формулювання логіко-гносеологічних доводів рішення, викладення результатів обґрунтування у відповідному правозастосовчому акті [42]. Таким чином, обґрунтування є невід'ємною динамічною складовою правозастосовчої діяльності, а обґрунтованість – її засадничою вимогою. Як слушно зауважує О. Аверін, вимога щодо обґрунтованості правозастосовчої діяльності стосується всіх стадій правозастосовчого процесу. Обґрунтованим має бути не лише акт правозастосування, але й сама діяльність правозастосувача [43].

І нарешті, це піднормативна діяльність, що припускає творчу активність лише в межах і напрямках, визначених застосовуваними матеріальними нормами, та у формах, установлених відповідними процедурно-процесуальними нормами, тобто виключно на засадах підпорядкування вимогам правових норм [44]. Зумовлена потребами доцільності й справедливості варіативність правозастосовчої діяльності вимагає творчого підходу до її здійснення. Висування версій, інтерпретація текстів нормативно-правових актів та доказового матеріалу, формування доказової бази рішення та його обґрунтування – це також творчі акти, що потребують вправності й розвиненої уяви. Але з метою внеможливлення заснованої на владних повноваженнях "творчої сваволі", яка спроможна перетворити право в процесі його застосування на свою протилежність, правозастосовча діяльність здійснюється на засадах обмеження власного розсуду суб'єктів правозастосування правовими ж рамками.

Насамкінець варто навести ще одне колективне визначення поняття правозастосовчої діяльності, що характеризує її багатоаспектність: "Правозастосовча діяльність є складним явищем, яке не обмежується виданням актів застосування права. Вона виявляє себе не лише в рамках передбаченої процесуальними нормами процедури розгляду справи, але й значною кількістю побічних зв'язків і стосунків. У її перебігу учасники розгляду оцінюють стан правопорядку, формують власні позиції з питань застосування закону, обстоюють свої уявлення й спростовують уявлення інших, ухвалюють рішення в конкретних справах, змінюють юридичну практику, вносять пропозиції стосовно вдосконалення законодавства тощо. Увесь цей складний механізм матеріально-правових, процесуальних, організаційних, технічних, психологічних та інших зв'язків і відносин, власне, і являє собою правозастосовчу діяльність як таку" [45]. Природно, що зміст явища, яке вже стало об'єктом філософських рефлексій [46], не можна повноцінно виразити чотирма-п'ятьма рядками дефініції. До того ж належне усвідомлення змісту поняття "правозастосовча діяльність" потребує, між іншим, ретельного з'ясування й визначення змісту самої цієї діяльності.

Разом з тим, оскільки в подальших лекціях, з огляду на їх проблематику, вочевидь неможливо уникнути оперування поняттям

“правозастосовча діяльність”, пропоную тут так зване “робоче” його визначення.

На мою думку, в контексті цих лекцій правозастосовчу діяльність можна попередньо визначити як *здійснювану на засадах доцільності, справедливості й обґрунтованості піднормативну діяльність компетентних суб’єктів з видання конкретизованих й індивідуалізованих владних приписів (індивідуальної регламентації) та забезпечення їх видання й фактичної реалізації (правозабезпечення).*

Оскільки ж усі розглянуті дефініції поняття “правозастосовча діяльність” вільно трансформуються з номінальних у реальні [47], перелік належних до вчинення дій (операцій) та їх результатів, що його вони містять як складову дефінієнсів, певною мірою визначає й специфічний зміст правозастосовчої діяльності як виду діяльності компетентних суб’єктів. Зрештою, один із фундаторів операціоналізму П. Бріджмен зауважував, що будь-яке поняття завжди позначає певний ряд операцій. “Таким чином, – коментує його позицію Д. Горський, – Бріджмен розглядає термін (поняття) як замінник опису належних до здійснення фактичних операцій” [48], що в нашому випадку становлять зміст правозастосовчої діяльності як такої. “Особливість цього визначення – чи радше цих інструкцій, які є кориснішими, ніж визначення, – стверджував прагматист Ч. Пірс, – у тому, що воно розповідає вам, що позначає слово... вказуючи, що ви повинні робити” [49]. Значення символу, зазначає семіолог У. Еко, полягає в класі дій, призначених спричиняти певні відчутні наслідки [50]. Цей підхід до розуміння змісту понять поділяють і деякі вітчизняні вчені. Так, на думку В. Гаращука, визначення містять стислий зміст діяльності будь-якої державної чи недержавної структури, особи [51].

Лекція друга
Функції правозастосовчої діяльності

Питання щодо змісту правозастосовчої діяльності (а відтак – і змісту поняття правозастосовчої діяльності) не можна вважати вирішеним без попереднього визначення її функцій, оскільки саме в функціях найбільшою мірою знаходить своє вираження зміст цілеспрямованої діяльності. Як зазначає В. Авер’янов, характеризуючи функції управлінської діяльності, “функції слід розуміти як відносно самостійні складові змісту... діяльності” [52].

У традиційному його розумінні поняттям *функція* позначається роль, яку певне явище, процес відіграють у контексті певного цілого [53]. У цьому сенсі можна вести мову про соціальне призначення права (роль права в процесі соціальної регуляції) або функції правозастосовчої діяльності в структурі механізму правового регулювання. Правозастосовча діяльність не є самодостатньою, її призначення зумовлене місцем у механізмі правового регулювання й роллю в процесі правової регуляції суспільних відносин. Тому говорити про функції правозастосовчої

діяльності не можна безвідносно до того *цілого*, у структурі чи контексті якого правозастосовча діяльність посідає місце й реалізується. У нашому випадку таким *цілим* виступає механізм правового регулювання (статичний аспект *цілого*) та/або процес правової регуляції (динамічний аспект *цілого*).

Проблема визначення функцій правозастосовчої діяльності в минулому привертала увагу таких учених-правознавців, як С. Алексєєв, Є. Додін, І. Дюрягін, В. Горшеньов, В. Реутов, О. Ушаков та ін., наслідком чого стало створення декількох "функціональних" концепцій. Проте жодна з них донині не здобула загального визнання вчених, а це свідчить про збереження проблемою визначення функцій правозастосовчої діяльності своєї актуальності дотепер. Тож завданням цієї лекції є теоретичний аналіз наявних концепцій із позицій наведеного розуміння поняття "функція" та уточнення їх у рамках власне структурно-функціонального підходу.

Але передовсім, з метою уникнення термінологічної плутанини в подальшому, необхідно уточнити зміст використовуваних базових (знов-таки в контексті лекцій) понять.

На мою думку, поширене в літературі ототожнення понять "індивідуальне регулювання" й "індивідуальна регламентація" є невиправданим. Поняттям "індивідуальне регулювання" охоплюється процес упорядкування суспільних відносин аж до досягнення їх фактичної упорядкованості. Його результатом має бути відповідність нормативним та індивідуальним правовим приписам тих реальних суспільних відносин і станів, що є предметом регулювання. У цьому нескладно пересвідчитися, проаналізувавши численні публікації, присвячені категоріям "правове регулювання" й "механізм правового регулювання".

Так, Р. Русинов послідовно виділяє в механізмові правового регулювання три складові: нормативну регламентацію (створення правових норм, тобто приписів загального характеру), індивідуальну регламентацію (створення конкретизованих індивідуальних приписів на основі правових норм) і фактичну реалізацію (що доволі часто потребує додаткового забезпечення в формі контролю, заходів примусового характеру тощо) [54].

Автори колективної монографії, присвяченої специфіці процесуальних норм і відносин у "непроцесуальних галузях", стверджують наявність у структурі правового регулювання чотирьох основних стадій: правотворчої (стадії створення юридичних норм), стадії загальної (інформаційної, психологічної, ціннісно-орієнтаційної) дії норм, стадії конкретизації суб'єктивних прав та обов'язків і стадії фактичної реалізації суб'єктивних прав та обов'язків [55].

С. Алексєєв в одній із ранніх робіт також недвозначно вказує, що процес правового регулювання завершується фактичною реалізацією учасниками правовідносин суб'єктивних юридичних прав і обов'язків [56].

Натомість індивідуальна регламентація завершується виданням конкретизованих індивідуальних приписів на основі норм права. У такий

спосіб відбувається передовсім “спрямування правової енергії юридичних норм на конкретних суб’єктів” [57], а нормативні приписи загального характеру перетворюються на суб’єктивні права та обов’язки певного виду й міри. “Індивідуально-конкретні державно-владні акти, – зазначає В. Карташов, – пов’язані з певним казусом, мають персоніфікований (за учасниками, юридичними фактами, наслідками тощо) характер і забезпечують індивідуальну регламентацію (закріплення, охорону) відносин” [58].

Таким чином, індивідуальне регулювання не вичерпується самою лише індивідуальною регламентацією і потребує ще й реалізації суб’єктивних прав та обов’язків у подальшій фактичній поведінці адресатів індивідуального регулятивного впливу, а подеколи – й відповідного забезпечення їх реалізації.

Що ж до фундаментальних і самобутніх класифікацій функцій правозастосовчої діяльності, то таких, за моїм переконанням, запропоновано лише три, а решта може розглядатися як їх незначні модифікації (наприклад, класифікації В. Юсупова та В. Венгерова [59]).

Так, В. Горшеньов поділяє функції правозастосовчої діяльності на основні й неосновні. До основних він зараховує функцію правонадання й правоохоронну функцію, неосновними вважає функцію забезпечення безперервності процесу реалізації нормативно-правових приписів у фактичній поведінці та функцію встановлення істини в справі. Сутність функції правонадання проф. Горшеньов убачає в зміні правового стану суб’єктів конкретних правовідносин шляхом індивідуальної (піднормативної) регламентації, а також у забезпеченні контролю за розвитком суб’єктивного права (юридичного обов’язку) від стадії стану до стадії реалізації. Призначення правоохоронної функції, на його думку, полягає в сприянні подоланню перешкод на шляху реалізації суб’єктивного права, відновленні порушеного правового стану й у застосуванні заходів примусового характеру до зобов’язаного суб’єкта, що неналежно ставиться до своїх обов’язків [60].

За переконанням С. Алексєєва, призначення правозастосовчої діяльності знаходить своє вираження у функції індивідуального регулювання суспільних відносин і правозабезпечувальній функції. Перша з функцій реалізується тоді, коли без актів правозастосування правовідносини загалом не можуть виникнути чи зазнати змін, у контексті другої забезпечується належна реалізація вже наявних правовідносин [61].

Відзначивши наявність у класифікації В. Горшеньова охоронної, а в класифікації С. Алексєєва регулятивної функцій, В. Реутов та О. Ушаков пропонують за аналогією з традиційною класифікацією функцій права вважати функціями правозастосовчої діяльності регулятивну й охоронну. Такий підхід, на їхню думку, виявляє зумовленість функцій правозастосовчої діяльності функціями права й більш коректний у термінологічному плані [62].

На перший погляд, пропозиція В. Реутова й О. Ушакова здається вельми привабливою, оскільки створює враження перманентного переходу від регулятивного й охоронного призначення норми до регулятивного й охоронного призначення права через призначення (функції) правозастосовчої діяльності. Проте автори дещо непослідовні у власних міркуваннях: по-перше, з огляду на обстоюване В. Реутовим й О. Ушаковим розуміння функції як ролі складової, частини в структурі цілого, функції *частини* не можуть бути визнані функціями *цілого* і навпаки, функції *цілого* не можуть бути визнані функціями *частини*; по-друге, такий підхід ґрунтується на ототожненні акту застосування норми права з правозастосовчою діяльністю, що самі В. Реутов й О. Ушаков вважають неприпустимим.

Що ж до розбіжностей у поглядах С. Алексєєва та В. Горшеньова, то вони, вважаю, не є принциповими. Так, обидва вчених визнають існування двох основних функцій правозастосовчої діяльності: у процесі реалізації першої здійснюється піднормативна індивідуальна регламентація суспільних відносин шляхом видання конкретизованих приписів, що визначають суб'єктивні права та обов'язки адресатів регулятивного впливу й відіграють роль юридичних фактів у контексті правовідносин; друга полягає в сприянні подоланню перешкод на шляху реалізації суб'єктивного права, відновленні порушеного правового стану й у застосуванні заходів примусового характеру до зобов'язаного суб'єкта, що неналежно ставиться до своїх обов'язків, чим, власне, й забезпечуються рух і розвиток правовідносин. Тобто, розбіжності в поглядах С. Алексєєва та В. Горшеньова мають переважно термінологічний характер. Проф. Горшеньов, зокрема, зазначав, що визначення однієї з двох функцій (яка наведена вище першою) С. Алексєєвим як функції індивідуального регулювання створює хибне враження, нібито правозастосовча діяльність, окрім регулювання суспільних відносин, має ще й інше призначення; а назва другої функції суперечить усталеній практиці вживання терміна "правозабезпечення" [63]. Проте назви, привласнені розглянутим функціям В. Горшеньовим, також здатні породжувати небажані смислові колізії [64].

Спробуймо розібратися, у чому, власне, полягає сенс "індивідуального регулювання" (у термінології С. Алексєєва) або ж "правонадання" (у термінології В. Горшеньова).

Обидва вчені, майже дослівно дублюючи один одного, зазначають, що в окремих випадках суб'єктивні права та юридичні обов'язки взагалі не можуть виникнути (змінитися) без участі наділених відповідними владними повноваженнями державних органів або громадських організацій. Участь компетентних суб'єктів у тих випадках полягає в виданні спеціальних юридичних актів, спрямованих на забезпечення розвитку загального нормативного регулювання шляхом його доповнення піднормативною індивідуальною регламентацією [65]. Індивідуальна регламентація має на меті конкретизацію дії правових норм, адресне спрямування правового впливу певного виду й міри. У такий спосіб здійснюється індивідуалізація

правового регулювання (за С. Алексєєвим) і зміна правового становища учасників суспільних відносин через правонадання, тобто наділення одних – суб'єктивними правами, інших – юридичними обов'язками (за В. Горшеньовим).

Таким чином, спільним знаменником і єднальною ланкою для обох підходів є поняття індивідуальної регламентації, яке вичерпно відображає зміст (створення конкретизованих індивідуалізованих владних приписів на основі правових норм та в їх розвиток) однієї з основних функцій правозастосовчої діяльності. На мою думку, відповідною має бути й назва функції (функція індивідуальної регламентації).

Наступна функція визначається В. Горшеньовим як правоохоронна, а С. Алексєєвим – як правозабезпечувальна. У розумінні проф. Горшеньова зміст правоохоронної правозастосовчої діяльності полягає в попередженні правопорушень, розв'язанні правових конфліктів, оцінці неправомірної поведінки й визначенні негативних наслідків за таку поведінку, реалізації заходів державного примусу.

В. Горшеньов і С. Алексєєв майже однаково трактують завдання, що потребують реалізації в рамках правоохоронної функції:

– нагляд і контроль, правозабезпечення, розгляд правових конфліктів і справ за фактами правопорушень, реалізація заходів державного примусу (В. Горшеньов);

– нагляд і контроль, охорона громадського порядку, розслідування фактів правопорушень, реалізація юрисдикції, виконання юрисдикційних рішень (С. Алексєєв).

Але, на відміну від проф. Горшеньова, С. Алексєєв не вважає правоохоронну функцію рівнозначною до функції індивідуальної регламентації суспільних відносин. На його думку, правоохоронна функція правозастосовчої діяльності має службовий, факультативний характер і покликана забезпечувати реальне втілення правових приписів у фактичній поведінці учасників регульованих правом суспільних відносин [66]. Можливо, саме тому проф. Алексєєв і розширив зміст правоохоронної функції шляхом уключення допоміжних актів правозабезпечення, що передують і сприяють здійсненню основних або ж спрямовані на їх реалізацію. До числа допоміжних актів С. Алексєєв зараховує більшість актів нагляду й контролю, слідчих і виконавчих актів, а також деякі юрисдикційні акти (наприклад, ухвалу про відхилення клопотання учасника процесу тощо).

Таким чином, С. Алексєєв розглядає правоохоронну діяльність не як функціонально самодостатню, а як один з інструментів забезпечення неухильної реалізації нормативних вимог у людській поведінці (правозабезпечення).

Уже зазначалося, що як додаткову неосновну функцію, яка "виражає призначення правозастосовчої діяльності в механізмі правового регулювання", В. Горшеньов виділяє й функцію забезпечення безперервного руху від норми права до реалізації суб'єктивних прав та

юридичних обов'язків [67]. Натомість С. Алексєєв об'єднує обстоювані В. Горшеньовим функції забезпечення розвитку правовідносин і правоохоронну в єдину функцію (правозабезпечувальну).

Позиція С. Алексєєва видається мені більш конструктивною. Річ у тому, що поточна фактографічна діяльність [68], нотаріальна діяльність, окремі форми контролю тощо ніяк не "вкладаються" в "прокрустове ложе" класифікації В. Горшеньова. Яка, приміром, функція реалізується в процесі нотаріального посвідчення? Правонадання, вочевидь, не відбувається, правоохорони в її вузькому розумінні також. Фактично, має місце лиш офіційна констатація факту, правового стану, волевиявлення... Акт нотаріального посвідчення в більшості випадків є актом забезпечення подальшого розвитку правовідносин, як і поточна фактографічна діяльність. Аналогічне значення мають і рішення у справах окремого провадження в цивільному судочинстві. Це допоміжні акти правозабезпечення (у термінології С. Алексєєва), які безпосередньо правових наслідків не породжують, але за браком яких належний розвиток правовідносин не є можливим. Усвідомлення цього змушує, наприклад, В. Карташова поряд із правоохоронною функцією юридичної діяльності розмістити так звану "реєстраційно-посвідчувальну", зміст якої полягає в "...закріпленні конкретних соціальних ситуацій, посвідченні прав і законних інтересів громадян і організацій, угод, правочинів, фактів, що мають чи можуть набрати юридичного значення, в офіційній реєстрації й засвідченні справжності актів, станів, документів тощо" [69] – тобто всього того, що покликане "забезпечувати безперервний рух від норми права до реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків у правовідносинах". Та згадаймо про методологічний принцип "лезо Оккама" й запитаємо: а чи так вже необхідно з цих підстав ускладнювати класифікацію? В. Юсупов, наприклад, вважає, що зміст поняття "правозабезпечення" вочевидь охоплює не лише охорону прав, але й уключає діяльність із створення належних умов для нормального розвитку правовідносин (забезпечення можливості їх реалізації) [70]. Тому вважаю об'єднання функцій забезпечення розвитку правовідносин і правоохоронної (обстоюваних В. Горшеньовим) або ж правоохоронної та реєстраційно-посвідчувальної (обстоюваних В. Карташовим) у рамках єдиної правозабезпечувальної функції цілком виправданим. Тим більше, що такий підхід, між іншим, дозволяє розглядати доказування (з метою "встановлення істини" щодо обставин розглядуваної справи) як правозабезпечувальний чинник, а не як окрему функцію (субфункцію) правозастосовчої діяльності (позиція В. Горшеньова).

Таким чином, основними функціями правозастосовчої діяльності, на мою думку, може бути визнана функція індивідуальної піднормативної регламентації суспільних відносин і правозабезпечувальна функція. Реалізація цих функцій становить зміст індивідуального регулювання й забезпечує функціонування самого права.

Тож спробуймо детальніше з'ясувати сутність кожної з цих функцій і визначити завдання, що потребують вирішення в процесі їх реалізації.

За твердженням В. Ісакова, у системі правового регулювання можна виокремити три складові: нормативну регламентацію, локальне й індивідуальне регулювання. Нормативна регламентація, на його думку, є регулюванням суспільних відносин шляхом установлення норм – загальних правил поведінки. Натомість індивідуальне регулювання передбачає розв'язання реальних проблемних ситуацій на основі норм права з елементом вільного розсуду. Локальне регулювання – проміжна ланка між першим і другим – поєднує ознаки обох [71].

На відміну від В. Ісакова, В. Самігуллін виділяє два основних рівні правового регулювання – нормативний та індивідуальний. З точки зору цього автора, локальне регулювання є різновидом нормативного. "Локальним правовим нормам властиві ті самі ознаки, що й нормативно-правовим приписам, створеним *централізовано*, – зазначає він. – Натомість за індивідуального правового регулювання здійснюється вплив уже на одиничні суспільні відносини" [72].

Слід визнати більш переконливою позицію В. Самігулліна, оскільки в процесі локальної нормотворчості створюються загальнообов'язкові правила, що розраховані на типові ситуації, багаторазове застосування й містять узагальнені моделі належної (можливої) поведінки, тоді ж як результатом індивідуального регулювання виступають конкретизовані й індивідуалізовані владні приписи й гарантії їх реалізації, про що вже йшлося.

Є. Додін сутність індивідуального регулювання та його відмінність від нормативного визначає так: "...Нормативне регулювання зазвичай є лише першим кроком (першим етапом) правового регулювання. Правова норма сама собою далеко не завжди приводить до результату, заради досягнення якого вона створена. Для досягнення того результату потрібна також діяльність уповноважених суб'єктів, що полягає у виданні актів застосування норм права і виступає другим етапом регулювання. Отже, в окремих (але непоодиноких) випадках мета правового регулювання досягається лише за наявності як нормативного акта, так і акта, що поширює загальні приписи на конкретні життєві ситуації... Така потреба зумовлюється абстрактним характером правової норми та, водночас, конкретним характером життєвої ситуації, що в ній опиняються керівний і керований суб'єкти. Адже відомо, що норма права реалізується в суспільних відносинах лише за умов, зазначених в її гіпотезі, що теж, як правило, мають загальний характер. Законодавець зазвичай не використовує абсолютно визначених гіпотез, які б містили вичерпний перелік конкретних ситуацій, розрахованих на застосування норми. Найчастіше гіпотези мають відносно-визначений характер, що надає компетентному суб'єктові право оцінки ситуації й зіставлення її з умовами, зазначеними в гіпотезі, а в разі їх збігу – й право довести до

відома керованого об’єкта конкретизований припис про оптимально-належну поведінку в цій ситуації через визначення його суб’єктивних прав і обов’язків... у чому й полягає індивідуальне регулювання як таке” [73].

Коментуючи позицію проф. Додіна варто ще раз нагадати, що самé лише видання конкретизованих індивідуальних приписів на підставі правових норм також “далеко не завжди” приводить до результатів, заради досягнення яких, власне, й створювалися правові норми. Тому доречніше було б вести мову не про відмінності нормативного й індивідуального регулювання, а про різницю між нормативною та індивідуальною регламентацією. Призначення ж останньої, вважаю, Є. Додін окреслив у цілому адекватно.

Глибше з’ясувати специфіку процесів, які відбуваються під час індивідуальної регламентації, дозволить нам аналіз поняття *конкретизації*. Адже невипадково, мабуть, Г. Шмельова, яка присвятила визначенню ролі конкретизації в правовому регулюванні окреме наукове дослідження, вважає остаточну правозастосовчу конкретизацію *об’єктивно зумовленою, здійснюваною з метою забезпечення ефективної дії правових норм, закономірною діяльністю компетентних державних та інших уповноважених на те органів із видання індивідуальних конкретних велінь* [74], тобто одночасно, способом і результатом індивідуальної регламентації. І, напевно, недарма В. Карташов функцію індивідуальної регламентації в контексті розгляду функцій юридичної діяльності без вагань іменує “правоконкретизуючою” [75].

Загальне (спільне для правотворчості, правозастосування й інтерпретування права) поняття конкретизації найбільш удало, на мою думку, визначене П. Рабіновичем і Г. Шмельовою. Вони, зокрема, зазначають, що офіційна конкретизація права – це здійснювана державними та іншими вповноваженими органами діяльність зі зменшення обсягу понять юридичної норми на основі розширення їх змісту, результат якої набуває вираження у відповідних правових актах [76].

Піонером використання поняття конкретизації для пояснення специфіки процесів, які відбуваються під час правореалізації, був М. Гредескул. Він розрізняв чотири типи конкретизації: конкретизацію як розпізнавання умов застосування правової норми; конкретизацію суб’єкта (персоніфікацію); конкретизацію належної до вчинення дії; конкретизацію волевиявлення. Завдання конкретизації суб’єкта він убачав у віднаходженні того, до кого звернене правове веління. “Дивлячись на людей з усіма їх індивідуальними рисами й зіставляючи ті риси з ознаками, зазначеними в законі, потрібно визначити, хто підпадає під ті ознаки, або навпаки – яким ознакам, зазначеним у законі відповідають індивідуальні риси людини”, – писав М. Гредескул [77]. Аналогічним чином має здійснюватись розпізнавання умов застосування правової норми, з тією лише різницею, що порівнювати треба обставини конкретної життєвої ситуації з ознаками ситуацій, передбачених правовими нормами, і навпаки. Інша справа – конкретизація належної до вчинення дії:

“Конкретизація дії мусить бути не простим зіставленням її з прикметами, окресленими в законі, а творчим актом розвитку ознак дії, приписаної законом, аж до досягнення цілісного уявлення цієї дії з усіма її індивідуальними рисами, щоб була змога перенести цей образ дії зі сфери уявлень у царину дійсності” [78].

У подальшому поняття конкретизації змісту норми в контексті правозастосовчої діяльності набуло свого розвитку, передовсім, завдяки О. Черданцеву, який дослідив і модифікував його в річищі усталеної нині у правовій науці концепції двоелементної структури норми [79]. Саме тому “для адекватного розуміння сутності “правозастосовчої” конкретизації варто враховувати наявність у змістовній частині кожної норми таких аспектів, як “сфера застосування” і “сфера нормування”, – вважає О. Черданцев. – Під *сферою застосування* норм права слід розуміти сукупність (клас) окреслених нормою ситуацій, умов, за яких вона підлягає застосуванню, або сукупність фактичних станів, регульованих нею. Натомість під *сферою нормування* розуміємо сукупність (клас) дій, які норма дозволяє, забороняє чи зобов’язує вчинити. Ці дві сфери в цілому й охоплюють увесь зміст правової норми. Коли йдеться про конкретизацію норми права, то мається на увазі конкретизація її змісту, оскільки ніщо інше конкретизоване бути не може. Конкретизуватися, відповідно, можуть або сфера застосування, або сфера нормування, або ж обидві разом” [80].

З огляду на те В. Ісаков розрізняє конкретизацію гіпотези правової норми, конкретизацію диспозиції (санкції) й одночасну конкретизацію гіпотези й диспозиції (санкції). У першому випадку об’єктом конкретизації виступають юридичні факти – фактичні передумови правовідносин. У другому – конкретизуються правові наслідки: права, обов’язки тощо. Одночасна конкретизація сфери застосування й сфери нормування, на думку В. Ісакова, у практиці поширена мало, оскільки конкретизація разом як передумов правовідносин, так і їх юридичних наслідків, начебто, надає надто широкий простір для власного розсуду й уподібнює індивідуальне регулювання до самоуправства [81].

Останнє твердження В. Ісакова видається сумнівним, оскільки ґрунтується на ототожненні конкретизації змісту норми з його довільним тлумаченням. “Унаслідок застосування норми права зазвичай конкретизується як сфера застосування, так і сфера нормування, – цілком слушно, як видається, стверджує О. Черданцев. – Конкретизація сфери застосування втілюється в судженні про юридичну кваліфікацію окремого реального факту, а конкретизація сфери нормування – у владному велінні індивідуального характеру, що визначає суб’єктивні права й обов’язки персоніфікованих суб’єктів” [82]. На думку П. Рабіновича й Г. Шмельової, конкретизації можуть зазнавати всі елементи юридичної норми. “При конкретизації гіпотези норми здійснюється юридична кваліфікація одиничного факту, диспозиції – індивідуалізація прав і обов’язків суб’єктів конкретного правовідношення, – вважають вони. – Конкретизуючи санкцію, правозастосувач установлює максимально конкретну... міру

несприятливих для правопорушника наслідків, виходячи із загальної норми" [83]. Вважаю за необхідне нагадати тут, що в структурі так званої універсальної триелементної норми сфери "застосування-нормування" подвоєні, оскільки така норма складається одночасно з регулятивного й охоронного блоків [84].

Кожні суб'єктивне право й обов'язок становлять єдність якісних (вид) і кількісних (міра) характеристик можливої та належної поведінки суб'єктів. Норма права є мірилом, масштабом поведінки, оскільки вона має загальний характер. Під час ухвалення індивідуального рішення (акт індивідуальної регламентації) норма права трансформується в міру поведінки конкретних суб'єктів і втрачає статус загального її мірила, тому що відтепер визначає вид (якість) і міру (кількість) можливої або належної поведінки персоніфікованих суб'єктів.

У більшості випадків конкретизація сфери нормування здійснюється лише стосовно залежних від індивідуальних особливостей ситуації та суб'єкта кількісних характеристик прав і обов'язків, а вид цих прав і обов'язків вичерпно визначається змістом застосовуваної норми. Наприклад, у більшості норм Особливої частини Кримінального кодексу чітко й однозначно визначається лише якісна сторона міри покарання, кількісна ж – відносно визначена (приміром, "позбавлення волі... на термін від... і до..."). Така конкретизація потрібна не тільки в разі відносного визначення сфери нормування через зазначення "від... і до...", але й у тих випадках, коли визначені лише якісні параметри прав і обов'язків, а кількісні, згідно з законом, повністю залежать від конкретної ситуації. Ці випадки можуть різнитися мірою можливості правозастосувача діяти на власний розсуд: у одних конкретизація прав і обов'язків не залежить від оцінок, розсуду правозастосувача й визначається виключно наявною ситуацією, в інших – здійснюється за розсудом суб'єкта правозастосовчої діяльності. Наприклад, у разі розгляду спору за договором позики суд лише встановлює фактичну наявність відповідних права й обов'язку, а кількісний аспект конкретизації зумовлюється договором (сумою боргу). Натомість у разі розгляду спору про виплату аліментів одному з подружжя суд оцінює матеріальний і сімейний стан кожної зі сторін і на підставі цих оцінок визначає розмір платежів. У таких випадках, як бачимо, конкретизація міри прав і обов'язків залежить не лише від наявної ситуації, але й від оцінок самого суду. Така свобода розсуду випливає з того, що суд змушений давати фактам оцінку, критеріїв якої закон не визначає.

Проте доволі численними є випадки, коли сфера нормування потребує конкретизації не лише в кількісному, але й одночасно в якісному аспекті. Ідеться про застосування норм з альтернативно визначеною сферою нормування. У такому разі зазвичай конкретизується не лише міра, але й вид суб'єктивного права чи обов'язку.

Натомість конкретизація сфери застосування норми має на меті визначення того, чи є певна життєва ситуація, з урахуванням усієї її

неповторності, належною до визначеної зазвичай у загальних рисах сфери застосування норми. На думку С. Алексєєва, "стартовими ділянками" дії права виступають життєві обставини, що потребують правового втручання [85]. "Відправною точкою правозастосовчого процесу виступає... юридично значуща ситуація, – погоджується з думкою проф. Алексєєва В. Ісаков. – Саме вона є підставою й кінцевим об'єктом правового впливу. Але до сфери правового регулювання кожна така ситуація входить не прямо, а через свого "представника" – юридичний факт. Юридичні факти (фактичні склади) виступають безпосереднім об'єктом правозастосовчої діяльності, предметом установлення й доказування" [86].

Юридичні факти в науці зазвичай трактуються як передбачені правовими нормами реальні життєві обставини, що приводять до виникнення, зміни або припинення правовідносин [87]. Разом з тим, у реальній дійсності юридично значущі обставини мають конкретний характер, являють собою одиничні факти (конкретна дія конкретного суб'єкта в конкретній ситуації; конкретна одинична подія). Але правові норми саме тому є нормами (загальними правилами), що не розраховані на одиничний факт і регулюють відносини певного виду чи навіть роду, – а отже, орієнтують лише на ідеальні моделі, що є результатом узагальнення й абстрагування [88].

Ситуація зі своїми специфічними особливостями і проблема її зіставлення з певною нормою дають поштовх до того, аби встановити й за потреби уточнити обсяг сфери застосування норми, беручи до уваги дану конкретну ситуацію. О. Черданцев уважає, що конкретизація сфери застосування норми може здійснюватися або "зверху" (від загального правоположення до конкретного факту), або "знизу" (від конкретної ситуації до загальної й абстрактної норми). У першому випадку йдеться про виведення конкретних положень із більш загальних, у другому – про підведення (субсумцію) конкретного факту під дію загальної й абстрактної норми, унаслідок чого він неначе "включається" до сфери застосування норми [89].

Сутність першого типу конкретизації сфери застосування правової норми вельми вдало висвітлена П. Рабіновичем. На його думку, сама природа юридичних норм як абстрактно сформульованих правил поведінки вимагає витворення в буквальному розумінні наочного, заснованого на емпіричному досвіді уявлення про обставини їх застосування. "Не виключено, – пише П. Рабінович, – що смисл конкретизації полягає в перетворенні понять (як мислених образів, що мають смислове значення) в уявлення, тобто чуттєві образи, що мають предметне значення" [90].

Слушність припущення, висловленого П. Рабіновичем, почасти підтверджують результати експериментів, свого часу поставлених В. Кудрявцевим. Ним було виявлено, що для значної частини практиків

юридична кваліфікація полягає в зіставленні ґрунтованих на практичному досвіді еталонів-образів, які в свідомості правника включені до сфери застосування певних норм, із образом конкретного діяння, що є об'єктом кваліфікації. Проведенні психологами дослідження показали, що успішність кваліфікації залежить у таких випадках від еталонів, які виступають не у вигляді теоретичних понять, а радше у вигляді цілісних образів діянь, відомих юристові з практики й асоційованих у його свідомості з певними статтями закону [91].

І хоча наведена характеристика П. Рабіновичем суті конкретизації є характеристикою правотворчої конкретизації, можна стверджувати, що сказане повною мірою стосується й конкретизації сфери застосування правових норм, здійснюваної під час правозастосування [92].

Отже, конкретизація сфери застосування правової норми в такий спосіб передбачає визначення обсягу сфери застосування через деталізацію до рівня, який дозволяє уявити сукупність конкретних життєвих ситуацій (казусів), що на їх упорядкування розрахована норма.

Другий спосіб конкретизації сфери застосування правової норми, за О. Черданцевим, полягає в субсумції реальних фактів щодо нормативних моделей. Термін *субсумція* походить від лат. sub-sum (бути підпорядкованим) і позначає процес підведення, зокрема в логіці – процес підпорядкування видового поняття родовому, або ж окремого – особливому чи загальному [93]. Відношення підпорядкування може існувати лише між такими поняттями, одне з яких належить як частина до обсягу іншого. Поняття з більшим обсягом називається підпорядковуючим, а поняття з меншим обсягом – підпорядкованим [94]. У нашому випадку *підпорядковуючим* буде сфера застосування норми, а *підпорядкованим* – конкретна ситуація, звісно, якщо вона дійсно належить до сфери застосування норми. Визначитися щодо того, чи перебувають сфера нормування певної норми й певна життєва ситуація у відношенні підпорядкування можна, зіставивши їх ознаки. "Адже з огляду на зміст між підпорядкованим і підпорядковуючим існує таке відношення: підпорядковане включає до свого змісту всі ознаки, властиві підпорядковуючому, плюс ознаки, специфічні тільки для підпорядкованого. Із цього випливає досить важливий висновок для пізнання: все, що стверджується про підпорядковуюче поняття, ми можемо стверджувати й про підпорядковане, тобто не можна мислити предмет, відображений підпорядкованим поняттям, без тих ознак, що властиві підпорядковуючому", – зазначав В. Жеребкін [95]. Зіставивши ознаки реального діяння чи події з ознаками нормативної моделі й установивши наявність серед ознак реального факту всіх ознак нормативної моделі, можемо констатувати, що дана життєва ситуація, факт, належать до сфери нормування відповідної правової норми. У такий спосіб здійснюється введення конкретного факту до сфери застосування певної норми, тобто його субсумція [96].

На думку Р. Циппеліуса, сутність конкретизації сфери застосування правової норми полягає в іншому. Узявши за приклад ситуацію, коли внаслідок підпалу було знищено п'ятдесят невеличких дикорослих ялин, він пропонує пройнятися питанням: чи можуть ці ялинки вважатися лісом? "Звідки ці сумніви, – запитує проф. Циппеліус, – чи означають вони, що проблема полягає в зіставленні (кваліфікації в широкому розумінні) 50 ялин як "лісу"? Тобто чи справді, як вважають представники досить поширеної позиції, основна проблема права полягає в зіставленні? Конкретні обставини описаної вище ситуації є встановленими. Якщо вважати, що поняття "ліс", яке перебуває у "верхньому рядку" юридичного силогізму, є також чітким і однозначним, то на запитання, чи справді підпалені дерева слід вважати "лісом" у розумінні закону, можна відповісти за допомогою встановлення ідентичності (однаковості) між ознаками норми, з одного боку, й обставинами справи – з другого. Однак таке формальне співвідношення або є, або його немає. Воно не може ані містити проблем герменевтики, ані вирішувати їх. Тому очевидно, що його слід вважати помилковим. Насправді питання потрібно ставити не як проблему зіставлення, а як проблему тлумачення: чи можна описану сукупність дерев вважати лісом (чи відповідає вона цьому поняттю за своїм типом) і, як наслідок, чи слід охоплювати її поняттям "ліс" [97].

Р. Циппеліус, судячи з цього, протиставляє конкретизацію сфери застосування норми, здійснювану "зверху" (в термінології О. Черданцева) з конкретизацією "знизу" (надаючи перевагу першій), хоча й зазначає, що конкретизацію "здійснюють, "кидаючи погляд то туди, то сюди", то на норму, то на ситуацію, що її ця норма має врегулювати" [98]. Слід визнати, певною мірою він має рацію: якщо процес сходження від абстрактного до конкретного цілком може бути названий конкретизацією, то зворотній процес навряд чи заслуговує на таку назву. Проте процеси фрагментації дійсності, семіозису фрагментів і субсумції витворених фактів, через які реалізується так звана "конкретизація знизу" (в термінології О. Черданцева), у жодному разі не можна недооцінювати: без них адекватна індивідуальна регламентація просто не є можливою.

Дещо специфічним є характер правозастосовчої конкретизації, здійснюваної, так би мовити, за відсутності об'єкта конкретизації [99]. Річ у тім, що нормативна регламентація державою суспільних відносин не є суцільною; тож під час визначення юридичної основи справи подеколи з'ясовується, що наявні фактичні обставини прямо не передбачені жодною правовою нормою, а отже й "конкретизувати" немає що. "Німування" права в таких випадках може або ж позначати "правосвободний" простір, або ж являти собою прогалину в праві. "Завжди існує певне коло суспільних відносин, фактів й обставин, – зазначає В. Лазарев, – стосовно яких право мовчить, оскільки вони просто не потребують правової регламентації в силу своєї природи. Їх сукупність утворює "правосвободний" простір. Правосвободний простір уключає всі ті

відносини, які не є об'єктом прямого юридичного впливу" [100], та, відповідно, не мають потреби в індивідуальному правовому регулюванні.

Вести мову про наявність прогалин у праві можна в тому разі, коли суспільні відносини вочевидь потребують правової регламентації й перебувають у межах так званої сфери правового регулювання [101], але з певних причин нормативно не регламентовані. Прогалини в праві ускладнюють процес правореалізації, виступають перешкодами на шляху ефективного регулювання правнорелевантних суспільних відносин. По суті, єдиним у рамках національної правової системи способом ліквідації прогалин у праві виступає правотворчість. Але це не значить, що з моменту їх виявлення до моменту ліквідації прогалини безповоротно блокують дію механізму правового регулювання у сфері неналежно регламентованих суспільних відносин. "Не може бути жодного сумніву в можливості застосування права навіть за відсутності необхідних для того норм, – пише В. Лазарев, – оскільки в будь-якому разі проблемні фактичні обставини потребують *правової* кваліфікації. У випадку, коли бракує норми, що прямо передбачає наявну в справі ситуацію, суб'єкти правозастосування використовують норми, які регламентують схожі суспільні відносини, або спираються в своїй діяльності на загальні засади й смисл законодавства" [102]. У процесі індивідуального регулювання з метою долання прогалин у праві (за відсутності прямої заборони в законі) припускається використання аналогії.

У логіці аналогією називається такий умовивід, у якому від схожості предметів (явищ) в одних ознаках робиться висновок про схожість цих предметів (явищ) і в інших ознаках [103]. Тобто, підставою висновків за аналогією виступає подібність предметів, явищ, а в юриспруденції – ситуацій, – у певних суттєвих ознаках, попри відмінність їх в інших. Ототожнення в суттєвому (юридичному) на ґрунті схожості в явленому (фактичному) становить сенс правових аналогій.

Юридична наука розрізняє два види аналогії: аналогію закону й аналогію права.

Аналогія закону передбачає ухвалення рішення з посиланням на норму, що регламентує подібні до наявних у справі обставини, але не тотожні їм.

У цьому випадку перед суб'єктом правозастосування постає непросте завдання: вирішити, чи дійсно між наявними в справі неврегульованими законом відносинами та подібними до них урегульованими є правова схожість. Це питання вирішується за допомогою тлумачення закону й аналізу реальної ситуації, з урахуванням соціального, господарського та іншого значення реальної ситуації й нормативної моделі тощо. У разі наявності їх принципової правової подібності для регулювання проблемної ситуації застосовується закон, що регламентує схожу ситуацію. "Так звана аналогія закону, – зазначає М. Гурвич, – передбачає охоплення проблемної ситуації... гіпотезою правової норми, що регулює схожі відносини, та, відповідно, підпорядкування диспозиції цієї норми" [104]. Тобто, конкретизація сфери нормування при застосуванні аналогії закону

відбувається звичайним порядком, а специфіка конкретизації сфери застосування полягає в тому, що до сфери застосування використовуваної правової норми включається факт належного роду, але неналежного виду.

Стосовно долання прогалин з використанням "аналогії права" слід зазначити, що в буквальному розумінні цей прийом "з аналогією як такою не має нічого спільного" [105]. Аналогія права передбачає вирішення справи з огляду на загальні засади та з урахуванням смислу законодавства. Тому М. Гурвич уважає, що застосування так званої аналогії права, яке по суті являє собою акт регулювання "на власний розсуд", не варто пов'язувати з логічною аналогією. "У цьому випадку ситуації, схожої до проблемної, але регламентованої законом, не існує, а значить, жодна норма для вирішення справи використана бути не може. Диспозиція правової норми нерозривно пов'язана з її гіпотезою; якщо відсутня придатна для використання гіпотеза, то не може бути використана й жодна диспозиція... Природно, що за відсутності "аналогічного" закону, жодний закон "за аналогією" застосований бути не може", – цілком слушно стверджує М. Гурвич [106]. Там, де немає подібності, не може бути й мови за аналогію.

Разом з тим, зводити все до застосування закону або власного розсуду, як це робить М. Гурвич, також навряд чи доцільно. "Проблема наявності прогалин у праві, – зауважує С. Алексєєв, – донині розглядається надто догматично, лише з огляду на те, наскільки щільною й детальною є нормативна регламентація певної ділянки соціального буття нормами закону, що дозволяють чітко визначити волю законодавця з кожного питання... Слід розуміти, що порожнини в мережі норм заповнені правовими ідеями, які, зрештою, й утворюють найглибший шар правової матерії, її фундамент. Правові ідеї являють собою суть, осердя юридичної організації (внутрішньої форми) правового матеріалу; виступають... тим, що зазвичай називається галузевими принципами, засадами галузі законодавства; зумовлюють специфіку галузевого методу регулювання" [107]. Тому, наприклад, проф. Алексєєв уважає доречним говорити лише про наявність прогалин у законі, а не в праві. До речі, М. Гурвич також виходив у своїх міркуваннях з презумпції повної правової врегульованості суспільних відносин [108].

"Власний розсуд у правозастосуванні відіграє неабияку роль за будь-яких обставин, лише міра його різна, – пише В. Лазарев. – При конкретизації та, особливо, в умовах вирішення справи за аналогією, суб'єкту правозастосування доводиться самому формулювати відповідні правові положення. Він має керуватися при тому загальним смислом і принципами права, конкретними нормами, що регулюють суміжні й аналогічні обставини, а також ураховувати специфіку законодавчої політики й інші політико-правові чинники" [109]. У разі нехтування цими вимогами *вільний розсуд як складова правозастосовчої діяльності* перетворюється на свою протилежність – *протиправне свавілля* [110].

Отже, навіть у разі застосування аналогії права відбувається процес конкретизації смислу законодавства, правових принципів і засад [111] – усього того, що С. Алексєєв уважає "найглибшим шаром правової матерії, її основою, квінтесенцією права". Значно складніше в цьому випадку вирішити питання щодо безпосереднього об'єкта конкретизації [112]. Можна лише припустити, що конкретизації зазнають визначена правовими нормами сфера відання (юрисдикція в широкому розумінні) правозастосовчого органу та його компетенція, тобто передбачений законом обсяг владних повноважень [113].

До речі, розуміння сутності аналогії права як конкретизації геть усуває потребу виокремлення функції праводоповнення (пропозиція І. Дюрягіна [114]) у статусі факультативної функції правозастосовчої діяльності, оскільки за такого підходу "доповнення" права не відбувається – здійснюється лише конкретизація смислу законодавства, його принципів і засад. Недоцільним у цьому контексті видається й виокремлення функції реалізації галузевих принципів [115], запропоноване В. Юсуповим: як випливає з наведених цілком слушних тверджень С. Алексєєва та В. Лазарева, під час застосування певної норми безпосередньо чи за аналогією – а тим більше в разі застосування аналогії права, – суб'єкти правозастосовчої діяльності мають керуватися загальним смислом і принципами права, конкретними нормами, що регулюють суміжні й аналогічні обставини, а також ураховувати специфіку законодавчої політики й інші політико-правові чинники. При тому невідворотно реалізуються й галузеві принципи, засади галузі законодавства тощо.

Насамкінець варто ще раз нагадати про певну невідповідність усталеної з почину С. Алексєєва назви розглянутої функції (функція індивідуального регулювання) її змістові й призначенню. У рамках реалізації розглянутої вище функції здійснюється, передовсім, видання правозастосовчих актів регламентації (у термінології С. Алексєєва – актів-регламентаторів). Проф. Алексєєв визначає цей різновид актів, як "акти, спрямовані на казуальну (індивідуальну) регламентацію суспільних відносин" [116]. На його думку, за допомогою "актів-регламентаторів" здійснюється персональне *визначення* суб'єктів (учасників) регульованих суспільних відносин, а також їх змісту (суб'єктивних прав і обов'язків) [117]. Але досягнення остаточної мети правового регулювання, як уже зазначалося вище, потребує ще й *реалізації* суб'єктивних прав і обов'язків у подальшій фактичній поведінці адресатів регулятивного впливу, а подеколи – й відповідних примусових заходів, покликаних забезпечити їх реалізацію. Тож тому, по-перше, "функцію індивідуального регулювання" у подальшому видається доцільним іменувати "функцією індивідуальної регламентації" (про що вже йшлося), а по-друге, саме тому деякі вчені (П. Недбайло, Я. Михаляк) вважають за потрібне включати до змісту правозастосовчої діяльності й дії компетентних суб'єктів, спрямовані на забезпечення реалізації (виконання) створених шляхом

індивідуальної регламентації конкретизованих індивідуальних приписів (регламентів), а також заходи контролю за їх реалізацією.

Так, на думку Я. Михаляк, наступний за виданням акта регламентації етап правозастосовчої діяльності "полягає в практичній реалізації акту застосування, тобто в здійсненні матеріально-технічних, фактичних заходів на забезпечення виданого акта застосування" [118] (регламентації. – *Авт.*). Лише після вчинення належних фактичних дій авторка вважає за можливе вести мову про застосування норми права до конкретного випадку як про таке, що відбулося.

П. Недбайло також вважав, що правозастосування як процес охоплює не лише стадію видання актів, що мають породжувати правовідносини, але й вчинення фактичних, фізичних, матеріально-технічних дій суб'єктів цих відносин, наслідком яких є стан фактичної відповідності відносин приписам норм [119].

Такий підхід до розуміння змісту правозастосовчої діяльності, проте, визнання наукового загалу не здобув. В. Горшеньов та І. Дюрягін виразили позицію більшості так: "Деякі автори до змісту правозастосовчої діяльності зараховують не лише встановлення фактичних обставин, аналіз правової норми й ухвалення рішення, але й фактичні дії з безпосереднього виконання приписів правозастосовчих актів суб'єктами права, до яких ці акти адресовані. Цілком зрозуміло, що така позиція зумовлена прагненням виявити важливість доведення ухвалених рішень до практичного втілення в діяльності людей. Не викликає сумнівів і те, що ухвалення рішення та його виконання пов'язані одне з одним. Але це ще не є підставою для об'єднання їх в одному понятті. Видання правозастосовчого акта й фактичні дії *людей* (курсив мій. – *Авт.*) на виконання його приписів – різні явища, що пов'язані як причина й наслідок. Окрім того, – зазначають далі автори, – якщо вважати правозастосуванням не лише видання індивідуально-конкретних рішень, але й фактичні дії людей, спрямовані на їх виконання, доведеться визнати, що цим поняттям охоплюється й виконання людьми своїх обов'язків. Адже внаслідок застосування норм права в конкретних осіб виникають як суб'єктивні права, так і юридичні обов'язки. Але ж відомо, що виконання обов'язку не може бути застосуванням права: обов'язок не можна застосувати, його можна лише виконати або не виконати" [120]. Останнє твердження належить П. Недбайлу [121] і, на думку його опонентів, суперечить його власній позиції в питанні стосовно змісту правозастосовчої діяльності.

Разом з тим, як видається, позиція П. Недбайла та Я. Михаляк таки не позбавлена рації – звісно, якщо не ототожнювати структуру акту застосування норм права зі структурою правозастосовчої діяльності. Безперечно, що дії "людей" (пересічних громадян) із фактичної реалізації приписів, які містяться в актах індивідуальної регламентації, не можуть становити зміст правозастосовчої діяльності "за визначенням". Це суперечить розумінню правозастосовчої діяльності як діяльності компетентних суб'єктів. Але якщо звернути увагу на те, що доволі часто

вчинення таких дій покладається на певних суб'єктів законом і потребує реалізації ними своїх владних повноважень, фактична реалізація приписів індивідуальних актів застосування правових норм набуває ознак повноцінної правозастосовчої діяльності. Ідеться, передовсім, про органи державної виконавчої служби, на яких покладене завдання здійснювати своєчасне, повне і неупереджене примусове виконання рішень суду й інших органів відповідно до законів України. Не варто забувати також і про органи й установи виконання покарань, основним завданням яких є примусове виконання судових вироків щодо осіб, які засуджені за вчинення злочину. Вчинення цими органами й установами відповідних "фактичних, фізичних, матеріально-технічних дій", на мою думку, забезпечує виконання приписів правозастосовчих актів, що в інший спосіб реалізовані бути не можуть [122], чим зрештою й досягається "стан фактичної відповідності відносин приписам норм й індивідуальним приписам". Якщо виходити з доволі поширеного розуміння юридичної відповідальності як "зумовленого вчиненням правопорушення специфічного обов'язку зазнати визначених законом утисків і обмежень у правах" [123], доведеться визнати, що реалізація деяких обов'язків також потребує відповідного "сприяння" [124] з боку держави в особі уповноважених на те органів та установ. Хіба що термін "сприяння" не дуже доречний у такому контексті: правильніше, вважаю, вжити термін "забезпечення" [125]. Виконання покарань, примусова реалізація заходів юридичної відповідальності вповноваженими на те суб'єктами здійснюються, на моє переконання, у рамках реалізації функції правозабезпечення і становлять один із напрямків (факультативних етапів) правозастосовчої діяльності.

Звичайно, зміст правозабезпечувальної функції не обмежується лише цим. На думку С. Алексєєва, виконавчі акти є одним з багатьох видів актів правозабезпечення, до яких він зараховує також акти нагляду й контролю, слідчі акти, юрисдикційні акти й акти, здійснювані в процесі охорони громадського порядку. Окрім того, усі правозабезпечувальні акти він поділяє на основні й допоміжні. Основними вважає акти, що містять підсумкову оцінку обставин справи й владне веління, до допоміжних зараховує акти, які є підготовчими щодо основних або спрямовані на їх реалізацію [126]. Таким чином, акти, пов'язані з виконанням покарань, реалізацією заходів юридичної відповідальності в розумінні проф. Алексєєва навіть не належать до основних правозабезпечувальних.

Розподіл правозастосовчих актів за функціональною ознакою на акти регламентації й правозабезпечувальні акти навряд чи доцільний. Функції правозабезпечення й індивідуальної регламентації є функціями складного цілісного динамічного явища – правозастосовчої діяльності, а не функціями окремих її складників, хоча кожен з них тією чи іншою мірою "функціонально забарвлений" (зазвичай двозначно [127]). Акт індивідуальної регламентації складається з правозабезпечувальних дій і процедур (доказування, тлумачення, кваліфікація, мотивування,

процесуальні рішення тощо), водночас в цілому являючи собою правозабезпечувальний чинник, оскільки без нього неможливий подальший належний розвиток правовідносин [128]. І навпаки, кожний "правозабезпечувальний" акт нерозривно пов'язаний з актом індивідуальної регламентації, є його передумовою, складовою або ж наслідком, тобто елементом окремого циклу правозастосовчої діяльності, осердям якого виступає акт індивідуальної регламентації (якщо тільки сам не є актом індивідуальної регламентації). Між іншим, проф. Алексєєв визнавав, що деякі з правозабезпечувальних актів одночасно можуть виконувати й функцію індивідуальної регламентації суспільних відносин, а всі акти регламентації (як такі, що містять підсумкову оцінку обставин справи й владне веління) відіграють роль основних правозабезпечувальних [129].

Окремого розгляду потребує питання щодо можливості визнання функцією правозастосовчої діяльності *встановлення істини* стосовно дійсних обставин конкретної ситуації, яка потребує офіційної констатації або владного втручання [130].

Істина в традиційному, "арістотелівському" розумінні – то відповідність знань, суджень і тверджень дійсному стану речей. Для правника істина не самоцінна: "істина є необхідною основою рішень про визнання або відмову визнати право, про відновлення і захист права, про відповідальність і покарання чи виправдання" [131]. Відповідність дійсності знань про фактичні обставини справи виступає запорукою правильної правової оцінки фактичних обставин, а отже, і справедливого й законного вирішення справи.

Якщо істина характеризує відношення результату пізнання до об'єктивної дійсності, то відношення способу пізнання до результату (за умови його істинності) характеризується поняттям достовірності [132].

"Основою кожного судового рішення має бути достовірність стверджуваних судом фактів та обставин, – писав з цього приводу М. Строгович. – Достовірність виключає можливість будь-якого іншого рішення, окрім істинного" [133]. "Достовірним називається такий спосіб пізнання, який невідворотно веде до істини", – вторить йому О. Ейсман [134].

Зрозуміло, що встановлення істини прямо залежить від того, наскільки достовірними будуть знання суб'єкта, уповноваженого на застосування права.

У формалізованих (математичних, логічних) системах достовірність є характеристикою висновку, виведеного з певних аксіом відповідно до певних правил. Оскільки засновками в такому міркуванні виступають твердження, істинність яких приймається без доведення, а правила, за якими будується міркування, визнаються сторонами на основі конвенцій, достовірність висновку однозначно випливає із застосування формальних правил. Такий висновок не може бути більш або менш достовірним, його достовірність має абсолютний характер.

Отже, у будь-якій формалізованій дедуктивній системі достовірність є результатом застосування формально визнаних правил виведення із умовно істинних засновків [135].

Саме такий характер має достовірність кваліфікації, коли визначається відповідність або невідповідність певної життєвої ситуації передбаченій правовою нормою і здійснюється юридична оцінка життєвої ситуації: крадіжка – то таємне викрадення чужого майна; Голопупенко здійснив таємне викрадення чужого майна; отже, Голопупенко вчинив крадіжку.

Якщо вважати встановленим, що Голопупенко здійснив таємне викрадення чужого майна, то висновок про те, що він крадій, буде формально достовірним як виведений згідно з правилами логіки.

Проте навіть у формальній логіці достовірними визнаються не всі форми мислення, а лише деякі. Висновки, отримані шляхом звичайної індукції або на підставі аналогії, достовірними не вважаються. А в реальному бутті ситуації, які можуть бути описані з використанням правил силогістики або повної індукції, становлять мізерну частину від загальної кількості юридично релевантних життєвих ситуацій і є, швидше, винятком, аніж правилом.

До того ж, формальна достовірність висновку забезпечується аксіоматичним характером використаних засновків, а кінцевий результат пізнавального процесу, що ґрунтується на неоднозначних вихідних положеннях, не може мати формально достовірного характеру. У правозастосуванні ж пізнання обставин конкретної справи переважним чином здійснюється виходячи з фактичних презумпцій, тобто положень, які визначають *звичайний* стан речей або розвиток подій за певних умов. Що свідок з репутацією чесної людини показує правдиво, а зацікавлена в результатах розгляду справи особа свідчить упереджено – твердження, справедливі лише “зазвичай”, “узагалі”, “значною мірою”. Так само, наявність у певної особи краденої речі не тягне однозначного висновку про причетність особи до крадіжки, адже зазначена річ могла бути випадково знайденою або купленою у справжнього крадія; врешті-решт, її могло бути підкинуто даній особі з мотивів помсти чи з метою заплутати слідство. “Довіра показанням свідків та речовим доказам ґрунтується на приблизних узагальненнях, що припускають безліч винятків,” – писав свого часу відомий російський правник Л. Владимиров [136].

Оскільки з позицій формальної логіки для отримання достовірного знання необхідний перехід від індуктивних форм, у яких переважно відбувається встановлення обставин справи, до дедуктивних, А. Старченком запропоновано такий спосіб здійснення переходу: спростування усіх можливих варіантів роз’яснення юридично релевантної ситуації, за винятком єдиного. “Висновок, отриманий таким шляхом, стане достовірним судженням, бо якщо нам вичерпно відомі можливі причини досліджуваної події і в процесі перевірки спростовані усі з цих можливостей, окрім єдиної, то єдина неспростована можлива причина буде

дійсною, а припущення, що її містить, виступатиме як достовірне знання" [137].

Якщо висунути усі альтернативи, які роз'яснюють юридично релевантну ситуацію і одночасно виключають одна одну, то отримання висновку дійсно відбуватиметься у формі заперечно-ствердного модусу розділово-категоричного силогізму: ця річ Голопупенком або знайдена, або куплена, або вкрадена; доведено, що Голопупенко цю річ не знаходив і не купував; отже, Голопупенко цю річ поцупив.

Однак, по-перше, ми ніколи не можемо бути абсолютно впевненими, що нами розглянуто дійсно усі можливі варіанти роз'яснення справи (означена річ могла бути подарована чи підкинута Голопупенку), а по-друге, реальний процес установлення обставин справи ніколи не здійснюється в такий спосіб.

Критикуючи наведений "рецепт" одержання достовірного знання, Ю. Орлов стверджує, що "такий спосіб пізнання – шляхом перевірки усіх можливих варіантів – припустимий лише у ситуаціях, коли кількість варіантів обмежена і може бути визначена математично (так звана повна система подій, сукупна імовірність яких дорівнює одиниці). Тільки за цієї умови можливий достовірний висновок на основі дедукції. В судовому ж доказуванні такі ситуації зустрічаються лише як виняток. Недарма ж А. Старченко так охоче оперує як прикладами злочинами, вчиненими на безлюдних полярних островах, де коло їх можливих учасників доволі обмежене. Улюбленим детективним сюжетом теж є вчинення злочину в обмеженому просторі – на яхті, у старовинному замку і т. ін. "Вираховувати" разом з автором злочинця з вузького кола підозрюваних – справа, безумовно, захоплююча, проте досить далека від реального розслідування. Навіть у самому занедбаному містечку злочини не розкриваються шляхом поголовної перевірки та доказування невинуватості усіх його мешканців за винятком одного або декількох" [138].

Вельми оригінальна концепція перетворення проблематичного знання на достовірне запропонована О. Ейсманом. Її теоретичну основу становлять правило множення імовірностей, вироблене в математичній теорії імовірностей, і теорія правдоподібних суджень, у найбільш завершеному вигляді розроблена американським математиком Дж. Пойа.

Не погоджуючись з А. Старченком, який писав, що "розглядаючи такі докази, як наявність плям крові на одязі обвинуваченого, знайдення в його житлі скривавленої сокири, висловлювання ним погроз на адресу потерпілого, ми маємо достатні підстави для висновку про причетність обвинуваченого до вчиненого вбивства.., але наш висновок буде лише *сумою* імовірностей, а не достовірним знанням" [139], О. Ейсман вважає, що "імовірність сукупності ряду подій дорівнює *добутку* їх імовірностей. Очевидно, що чим більше таких подій і чим менше імовірність кожної з них, тим менша імовірність сукупності цих подій, тобто випадкового їх збігу" [140]. Збільшення кількості таких подій у розглядуваній сукупності, як і віднаходження там малоймовірних за звичайних обставин подій,

суттєво зменшують імовірність випадкового збігу і потенційно спроможні призвести до визнання його неймовірним. О. Ейсман переконаний, що в такому випадку означені події мають розглядатись як елементи єдиної системи, а їх зв'язок слід вважати встановленим достовірно [141].

Цілком імовірна можливість того, що крадена річ потрапила до підозрюваного Голопупенка "випадково", а не тому, що він ту річ поцупив. Можливість того, що він опинився на місті події "випадково" (наприклад, гуляючи), також припустима. Але імовірність того, що обидва факти випадково відбулися сукупно, тобто крадена річ випадково потрапила до Голопупенка, а він так само випадково опинився на місті події, дорівнюватиме добутку ймовірностей цих фактів і буде надзвичайно малою. У ході приєднання нових доказів імовірність їх випадкового сукупного виникнення зменшуватиметься у геометричній прогресії, унаочнюючи тим самим причетність Голопупенка до вчиненої крадіжки.

"Межею накопичення аргументів є повне спростування їх випадкового збігу і достовірне встановлення доказуваної тези. Засобами кількісного аналізу достовірність події може бути однозначно визначена як її імовірність, що дорівнює одиниці", – пише О. Ейсман [142]. З цього приводу Ю. Орлов цілком слушно зауважує, що "за будь-яких припустимих імовірнісних значень аргументів (від нуля до одиниці) надійність висновку ніколи не може досягнути одиниці... оскільки добуток будь-якої кількості як завгодно малих чисел ніколи не дорівнюватиме нулю" [143]. Окрім того, в реальному доказуванні значущість окремого доказу досить складно визначити у числовому виразі. Так, факт перебування особи поблизу місця події матиме різне доказове значення залежно від того, чи є ця особа сторонньою, чи мешкає поруч [144].

Отже, абсолютна достовірність і за даного підходу залишається недосяжною.

Схоже на те, що отримання достовірного висновку можливе лише за формальної системи оцінки доказів, яка була характерною для середньовічного розшукового (інквізиційного) процесу. Специфіка її полягала в тому, що сила доказів та необхідна для достовірного висновку їх сукупність визначались заздалегідь. "Наприклад, зізнання обвинуваченого вважалося найдосконалішим доказом, "царицею доказів"; для визнання винним достатньо було двох узгоджених свідчень незацікавлених осіб; свідчення однієї незацікавленої у результатах розгляду справи особи прирівнювалося до свідчень двох зацікавлених та ін." [145]. А далі – просто за М. Салтиковим-Щедріним: "Якщо є в мене належним чином оформлені свідчення двох незацікавлених осіб, я задоволений і пишу: є; якщо нема їх – я теж задоволений і пишу: нема". Отримавши необхідну комбінацію доказів, автоматично отримуємо достовірність, щоправда, лише формальну.

Проте цей підхід також не дає бажаного результату: адже саме *недостовірність* "формальної достовірності", що видобувається в такий

спосіб, призвела врешті-решт до заміни формальної системи оцінки доказів оцінкою за переконанням.

То, можливо, переконання і є тим фактором, що забезпечує достовірність?

Загальновідомо, що об'єктивним критерієм відповідності наших уявлень дійсності є практика. Але у сфері правозастосування пряма перевірка практикою можлива тільки стосовно окремих епізодів, висновків і тверджень. На відміну від фізики та хімії, де експериментальним шляхом перевіряється більшість викладок, при встановленні обставин юридичної справи експеримент спроможний довести лише принципову можливість або неможливість певної події. А "за неможливості прямої експериментальної перевірки висновку суб'єктивний критерій досить часто виступає опосередкованим виявом об'єктивного, концентрованим виразом колективного досвіду, суспільної практики. Саме таку роль відіграє внутрішнє переконання суб'єктів доказування, виступаючи, з одного боку, методом оцінки доказів, а з іншого – критерієм її правильності" [146].

Оцінка доказів за переконанням як метод ґрунтується не на формальних правилах, а на загальнолюдському і особистому досвіді, здоровому глузді та внутрішньому переконанні стосовно існування або неіснування доказуваних фактів. Як психологічний стан і результат оцінки внутрішнє переконання характеризується наявністю однозначної впевненості та браком виправданих сумнівів. Виправданими зазвичай визнаються сумніви, що виникають на підставі реальної, "практичної" можливості помилки і не можуть ігноруватись розважливою людиною. На думку Л. Владимирова, внутрішнє переконання слід вважати сформованим, якщо "розважлива людина наважується діяти за умови, що доля найсуттєвіших її інтересів залежить від вирішення питання про достовірність фактів, які обумовлюють готовність діяти" [147]. Тобто критерієм упевненості є готовність прийняти рішення у відповідальній ситуації.

Колективна практика акумулюється у знаннях конкретних носіїв-індивідів. Такими носіями виступають особи, що здійснюють оцінку доказів – слідчі, прокурори, судді. Їх особистий життєвий і професійний досвід певною мірою відбиває і концентрує знання, накопичені й апробовані суспільством. А оскільки внутрішнє переконання формується на ґрунті цього досвіду, воно виступає одним з непрямих виявів критерію практики і має опосередковано об'єктивний характер [148].

Але перш за все внутрішнє переконання є чинником суб'єктивним, залежним від індивідуальності суб'єкта оцінки, його психічних властивостей, інтелекту та характеру. Традиційне доповнення терміна "переконання" епітетом "внутрішнє" свідчить про те, що переконання не має обумовлюватись впливом зовнішніх, "об'єктивних" факторів. "Довіра показанням свідків залежить від нашого особистого досвіду спілкування з людьми; правильність висновків, що спираються на речові докази,

визначається нашою обізнаністю в питаннях відповідної специфіки; глибина суджень стосовно можливості певних подій або їх подробиць обумовлюється ґрунтовністю наших фактичних знань, рівнем розвитку і широтою поглядів" [149].

Не слід забувати також про емоційний аспект формування внутрішнього переконання. Зовнішній вигляд, поведінка, манера спілкування, упевненість або, навпаки, невпевненість у собі учасників справи справляють враження на суб'єкта оцінки навіть поза його волею, підсвідомо. Дослідженням Ю. Грошевого доведено залежність ставлення суддів до підсудних від характеру злочинного діяння (наприклад, у разі вчинення злочину з особливою жорстокістю або зі знущанням над потерпілим), зухвалої поведінки підсудного під час слухання справи тощо [150]. Більшість суддів визнають, що у подібних випадках підсудний викликає в них огиду, з'являється бажання якнайшвидше завершити розгляд справи. Такі почуття свідчать про виникнення "обвинувальної" психічної установки, формування упередженого ставлення до підсудного. А за наявності психічної установки [151] (у термінології Л. Владимирова – *готовності прийняти рішення*) здійснюване постфактум обґрунтування набуває характеру елементарної раціоналізації і полягає в наведенні більш прийнятних і вагомих аргументів на користь обумовленого іншими мотивами рішення. Американський правник Дж. Френк писав з цього приводу, що "міркування судді... виступають раціоналізацією емоційного передчуття, яке й обумовлює вирішення справи. Лише прийнявши рішення, суддя починає добирати юридичні аргументи на підтримку власного висновку" [152]. Тим більше все це стосується рішення колегії присяжних, які взагалі не зобов'язані обґрунтовувати свій вердикт, і, як свідчить практика, досить часто керуються саме емоціями.

До речі, на відміну від Ю. Орлова, який стверджує, що збільшення кількості суб'єктів оцінки підвищує ефективність суб'єктивного критерію і надає йому *об'єктивного характеру* [153], Л. Владимиров уважав, що властивий судовим висновкам суб'єктивізм не зникає навіть унаслідок колегіального розгляду справ. "Чим більше буде суддів, тим різнобічнішим стане обговорення предмета; чим оригінальніше погляди дослідників, тим більше підстав визнати випробування повним. Але всебічність обговорення справи і глибина дослідження ймовірностей не перетворюють рішення на об'єктивну істину" [154].

Таким чином, доводиться констатувати, що в реальному правозастосуванні достовірне встановлення обставин справи можливе далеко не завжди. Не випадково помірковані правники, характеризуючи результати юридичного доказування, зазвичай уточнюють термін "достовірність" прикметниками "фактична" [155], "змістовна" [156], "практична" [157] та іншими подібними, адже, як зазначав О. Ейсман, термін "достовірність" у даному випадку вживається в інакшому, відмінному від загальновизнаного, розумінні [158].

У такому розумінні термін “достовірність” характеризує висновок або твердження з точки зору їх здатності викликати раціональну віру. Ми звикли протиставляти віру і науку, оскільки перша асоціюється в нас з чимось ірраціональним, неконтрольованим і оманливим, а друга – із потенційно зрозумілим, ґрунтовним і надійним. Думаю, що насправді це не більше ніж забобон, який залишився нам у спадок від атеїстичного минулого. Основне семантичне значення слова “віра” визначене у словнику С. Ожегова як “переконаність, глибока упевненість у комусь або чомусь” [159]. “Раціональна віра являє собою тверде переконання, яке є результатом плідної інтелектуальної та емоційної діяльності”, – писав німецько-американський психолог та соціолог Е. Фромм. – З позицій раціональної віри для визначення істинності необхідно покладатися на незалежне переконання, що ґрунтується на плідному спостереженні та мисленні” [160].

Проте, слід визнати, що й установлювана в такий спосіб істина – далеко не завжди істина в традиційному “арістотелівському” розумінні. Як зазначає польський учений С. Вальтось, “лише в незначній кількості справ ми досягаємо істини, у переважній більшості ж – маємо задовольнитися тим чи іншим рівнем імовірності...” [161]. Звичайно, “без прагнення до істини немає судової справедливості” [162], немає повноцінної правозастосовчої діяльності. Але в більшості випадків істина залишається для правозастосувача “обрієм” [163], що його, як відомо, не можна зачерпнути цебром, або, за висловом самого Арістотеля, абстрактною метою, ідеалом [164], до якого слід прагнути, але ніколи не можна досягти [165].

Разом з тим, не втратила своєї чинності відóма з часів давнього Риму правова аксіома *res iudicata proveritate habetur – “визнане судом уважається дійсним”*. Цей принцип є основою презумпції істинності судового рішення – правила, згідно з яким раз установлене судом і засвідчене судовим рішенням у подальшому вважатиметься істинним без доведення, доки зазначене рішення залишатиметься чинним. Вітчизняна правова система серед інших є спадкоємницею римського права, оскільки належить до романо-германського типу правових систем. Про чинність наведеної аксіоми свідчить, передовсім, наявність у вітчизняному праві інституту преюдиції.

Отже, істинність судового (правозастосовчого) рішення презумується. Але й істина, імперативно стверджувана судом або іншим правозастосовчим органом (суб’єктом), так само не є істиною в “арістотелівському” розумінні. Це істина “тут і тепер”, істина для цього випадку й цієї особи, і навіть для різних учасників однієї й тієї ж справи стверджувана правозастосувачем “істина” може бути різною [166]. В. Нікітаєв уважає, що так звана об’єктивна (матеріальна) істина є ніщо інше, як юридична фікція [167]. Тобто доти, доки правозастосовчий акт-рішення залишатиметься чинним, стверджуване в ньому становитиме істину в специфічному юридичному розумінні.

Потреба запровадження презумпції (фікції) істини як основи правозастосовчого (передовсім, судового) рішення може бути пояснене кризою класичного бачення світу, яке передбачало існування єдиної і сталої в своїх проявах дійсності й єдино досконалого (божественного) знання. Існування "точки зору Бога" постулювало можливість істинного знання як такого [168].

"Принцип Бога, – пише В. Нікітаєв, – конче необхідний для виправдання доказового права... оскільки апелювання в перебігу судового процесу до того, чого не існує (було й минуло), не може мати значення й сили без упевненості в існуванні остаточної всезнаючої інстанції. Тому "заперечення Бога" (властиве "некласичному" баченню світу. – *Авт.*) ставить юриспруденцію перед дилемою: запровадити принцип, еквівалентний принципу Бога, або радикальним чином змінити засади судочинства й доказування... Перший шлях необоротно приводить нас до проголошення принципу матеріальної (об'єктивної) істини, …а згодом у свідомості юристів розуміння того, що застосування правових процедур не відтворює шуканої події, дивним чином поєднується з непохитною впевненістю в зворотному" [169]. Зрештою, нічого дивного в тому немає: це лише один із способів подолання викликаного одночасною наявністю суперечливих знань когнітивного дисонансу й пов'язаного з ним "професійного" психологічного дискомфорту [170].

Таким чином, істина в перебігу правозастосовчої діяльності не стільки встановлюється, скільки продукується [171]. Вести мову про встановлення істини як функцію правозастосовчої діяльності в науковому сенсі щонайменше некоректно.

Усе зазначене дає підстави вважати, що *основну складову змісту правозастосовчої діяльності становлять індивідуальна регламентація й правозабезпечення.*

Лекція третя
Форми правозастосовчої діяльності

Проблема визначення змісту правозастосовчої діяльності вимагає хоча б побіжного розгляду питання стосовно форми, в якій об'єктивується зміст. Адже загальновідомо, що зміст і форма – явища нерозривно пов'язані й взаємозалежні: специфіка змісту зумовлює специфіку форми, а зміна форми зазвичай приводить до певних змістовних змін. "Зміст не лише може зазнавати змін, але *зазвичай* змінюється під впливом форми", – стверджує Д. Керімов [172]. Більше того, "форма може бути більш або менш рефлектована сама в себе... Глибоко рефлектована сама в себе внутрішня форма, структура, "занурюється" в зміст і зливається з ним" [173].

Елементарні явища характеризують з огляду лише на зовнішню форму їх вираження, натомість складні явища, до яких, безперечно, належить і правозастосовча діяльність, потребують диференціації форм на

внутрішні й зовнішні [174]. Внутрішньою формою вважають структуру складного явища, зовнішньою – спосіб його втілення в об'єктивній дійсності. "Подвоєння форми, – пише Д. Керімов, – полягає не в роз'єднаності "формалізованої" й "змістовної" форм, а в різних аспектах вираження однієї. По-перше, "рефлектована в саму себе" форма не стає змістом, а залишається формою, яка "створює" зміст шляхом внутрішньої організації субстанції. По-друге, "не рефлектована в саму себе" форма є не що інше, як зовнішня оболонка "рефлектованої в саму себе" форми. По-третє, "не рефлектована в саму себе" форма також не байдужа до змісту, оскільки виступає його зовнішнім виразом і тому від нього залежна" [175]. Аби остаточно не збити читача з пантелику цією карколомною цитатою, зауважу, що "не рефлектованою в саму себе" є зовнішня форма, натомість внутрішня форма (структура) "рефлектована в саму себе".

Правозастосовча діяльність – складне *динамічне* явище, тому елементами його структури виступають відносно відокремлені комплекси дій, спрямованих на реалізацію завдань, що зумовлені кінцевою метою діяльності. У теорії права й галузевих юридичних науках такі комплекси дій іменуються стадіями.

На даний час найширше визнана концепція триелементної структури правозастосовчої діяльності, прибічниками якої є С. Алексєєв, І. Бенедик, Ю. Бро, В. Горшеньов, І. Дюрягін, В. Лазарев, С. Олейников та ін. На їх думку, елементами структури правозастосовчої діяльності виступають:

– установлення фактичних обставин (фактичної основи) справи;

– вибір та аналіз норми, що підлягає застосуванню;

– ухвалення рішення та його належне оформлення.

Не вдаючись до цитування автентичних роз'яснень щодо ролі наведених стадій у структурі правозастосовчої діяльності й синтезувавши, наскільки це можливо, підходи згаданих учених до її визначення, можна констатувати, що:

Установлення фактичних обставин справи полягає в з'ясуванні сутності й специфіки конкретної ситуації, яка потребує офіційної констатації або владного втручання. Установлення фактичних обставин справи зазвичай здійснюється шляхом безпосереднього сприймання або одержання, розгляду й оцінки даних про фактичні обставини (доказування).

Визначення юридичної основи справи потребує вибору норми, розрахованої на застосування в даній ситуації, й ретельного з'ясування її змісту. Вибір норми здійснюється шляхом юридичної кваліфікації встановлених фактичних обставин, з'ясування змісту обраної норми – шляхом його тлумачення.

Вирішення справи передбачає офіційне визнання відповідності або невідповідності встановлених фактичних обставин справи передбачуваним юридичними нормами та визначення в зв'язку з цим юридичних наслідків, а в разі потреби – і гарантій їх забезпечення.

У теорії права наявні й альтернативні погляди на структуру правозастосовчої діяльності.

Так, М. Александров та Ю. Ткаченко, окрім зазначених вище, виділяли такі стадії, як визначення юридичної сили нормативного акта й перевірка правильності його тексту; з'ясування змісту норми; тлумачення норми [176].

П. Недбайло вважав за потрібне додатково виокремлювати стадію фактичного виконання ухваленого рішення [177]. Я. Михаляк пропонувала визнавати окремими стадіями не лише здійснення фактичних дій, спрямованих на забезпечення фактичної реалізації виданого акта, але й контроль за фактичним виконанням виданого акта правозастосування [178].

Окрім того, на думку М. Авдюкова, М. Гурвича, П. Лупінської, П. Недбайла, В. Новицького та інших, установлення фактів та їх юридична кваліфікація мають розглядатись, як єдина стадія правозастосовчої діяльності [179].

Пропозиції щодо визнання окремими стадіями перевірки правильності тексту нормативного акта, чинності й юридичної сили норм, казуального їх тлумачення тощо згодом зазнали обґрунтованої критики. В. Лазарев і Ю. Бро зокрема зазначали, що визнання цих дій окремими стадіями є безпідставним, оскільки їх не можна відокремлювати від вибору норм ані в часі, ані функціонально [180]. Дійсно, щонайменше дивною виглядала б спроба обрати належну до застосування норму, не з'ясувавши попередньо її змісту чи не бувши певним щодо її чинності.

Значно менш обґрунтованою й переконливою видається мені критика позиції тих авторів, які визнавали стадіями заходи з фактичної реалізації ухваленого рішення та подальший контроль за його виконанням. Ю. Бро, наприклад, зауважив, що за такою логікою суд, який ухвалив вирок, має сам етапувати засуджених до місць позбавлення волі, а відділи соціального забезпечення – розносити пенсії [181]. В. Горшеньов та І. Дюрягін запропонували *ad hoc* концепцію "ступеневого" правозастосування, зазначивши, що в переважній більшості випадків правозастосовча діяльність завершується виданням індивідуального акта, а його виконання – то вже справа іншого суб'єкта правозастосування й наступного правозастосовчого провадження [182]. "Для правильного розуміння змісту правозастосовчої діяльності, – писав І. Дюрягін, – слід розрізняти стадії логічної послідовності дій з видання окремого акта застосування права і стадії функціонального характеру, тобто етапи розгляду справи, які знаходять втілення в численних правозастосовчих актах і спрямовані на досягнення єдиного кінцевого результату, що зумовлений цілим рядом правових норм" [183]. Детальний і ґрунтовний аналіз відмінностей стадій логічної послідовності від функціональних стадій згодом був здійснений В. Горшеньовим, І. Бенедиком та іншими у фундаментальній праці "Теорія юридичного процесу" [184], що містить додаткову аргументацію на підтримку концепції "ступеневого" правозастосування. Згодом, очевидно, слушність розрізнення стадій логічної послідовності й функціональних стадій,

а відтак – і концепції “ступеневого” правозастосування була визнана й П. Недбайлом [185].

Вищенаведена критична репліка Ю. Бро, проте, навряд чи виправдана: загальновідомо, що окремі правозастосовчі дії можуть здійснюватися *різними* суб’єктами, уповноваженими на правозастосування. Наприклад, С. Алексєєв зазначає, що “на практиці застосування норм права в окремій юридичній справі зазвичай здійснюється декількома правозастосовчими органами (їх “ланцюжком”), що немов би передають справу “з рук до рук” [186]. Тому судові, який ухвалив вирок, зовсім не обов’язково самому етапувати засуджених до місць позбавлення волі, а відділам соціального забезпечення – розносити пенсії.

Повністю поділяючи думку В. Горшеньова та І. Дюрягіна щодо “ступеневого” характеру правозастосовчої діяльності, вважаю за потрібне ще раз наголосити на недоцільності ототожнення акту застосування норми права і правозастосовчої діяльності: якщо структура акту застосування норми права справді завершується стадією ухвалення й оформлення правозастосовчого рішення, то в структурі правозастосовчої діяльності стадії фактичної реалізації рішення та контролю за його реалізацією цілком можуть виділятися як факультативні, про що вже йшлося.

Міркування, якими була зумовлена пропозиція П. Недбайла й інших об’єднати встановлення фактичних обставин справи та вибір належної до застосування норми в рамках єдиної стадії, у тій чи іншій формі були визнані слушними майже одностайно [187], проте сама пропозиція підтримки наукового загалу не здобула. “Неоднозначність підходів до визначення стадій логічної послідовності пояснюється, зокрема, тим, що окремі стадії не завжди виділяються й відособлюються одна від одної чіткими межами, – зазначають автори “Теорії юридичного процесу”. – На практиці здійснення відповідних операцій відбувається у свідомості особи й зовнішньо не виражене. Але такі стадії наявні завжди, їх вивченню слід приділяти належну увагу, оскільки нехтування хоча б однією з них може призвести до помилок під час вирішення юридичних справ...” [188].

Пропозиція об’єднати встановлення фактичних обставин справи та вибір належної до застосування норми в рамках єдиної стадії акту застосування правової норми має, на мою думку, *функціональну* підставу й у цілому не суперечить концепції тристадійної *логічної* послідовності. На відміну від стадій логічної послідовності, що визначаються з огляду на будову силогізму [189], та функціональних стадій “ступеневого” правозастосування, “функціональні” стадії акту застосування правової норми пропонується виокремлювати, ураховуючи потребу здійснювати конкретизацію сфери застосування й сфери нормування правової норми в перебігу її застосування. На першій стадії, яка може бути умовно названа *стадією формування правової позиції*, здійснюються одночасна конкретизація сфери застосування правових норм “знизу” і “зверху” (у термінології О. Черданцева), на другій, завершальній стадії, конкретизація

їх сфери нормування. Традиційна назва другої стадії – *стадія вирішення справи* – принципових заперечень не викликає.

Такого підходу, за моїм переконанням, вимагає й специфіка юридичного пізнання.

Раніше вже йшлося про ті труднощі, які чекають на правозастосувача в процесі встановлення ним фактів, що мають значення для вирішення справи по суті. Є ще один нюанс, і дуже важливий. Терміном "факт" у науці позначається щонайменше два різних поняття. У першому своєму значенні термін "факт" позначає локалізовану частину дійсності, реальне явище, подію. У другому значенні – складову знання, зазвичай вербалізовану [190]. Реальність як така не є дискретною, тому без застережень говорити про існування "фактів дійсності" не вельми коректно. Факти "виникають" завдяки умоглядному розчленуванню реальності в часі й просторі на значущі фрагменти, а отже потребують суб'єкта, здатного до сприйняття й означування. Окрім того, для правозастосувача значущими є далеко не всі прояви "дійсності", а лише юридично релевантні, тобто передбачені правовими нормами. "Кожний слідчий, – пише В. Нікітаєв, – на практиці стикається з тим, що "фактів дійсності" надзвичайно багато, настільки багато, що нема чого й намагатися визначити юридичні факти шляхом перебору; до того ж, одні факти входять до складу інших, корелюють із ними, утворюють конгломерати й мережі... Іншими словами, перед слідчим – суцільний потік життя, тож слідчий не "збирає" факти, а членує, "ріже" дійсність на факти. Чим він при тому керується? Звичайно ж, не уявленнями про "точну відповідність дійсності", а юридичними конструкціями" [191]. Тому, як зазначає Ю. Бро, сприйняття (з одночасною умоглядною фрагментацією. – *Авт.*) реальності здійснюється крізь мережу правових норм. І тому процесуаліст М. Гурвич називає вульгарним підхід, згідно з яким установлення фактичної й юридичної основ справи розмежовуються: насправді ж бо це єдиний процес [192]. Але й це ще не все. Семіозис (означування) фрагментів дійсності (як, зрештою, і сама фрагментація) відбувається в рамках певної інтелектуально-психологічної установки.

Є. Додін у роботі, присвяченій проблемам доказування в управлінській діяльності й адміністративному процесі, ставить цілком слушне питання: чим пояснити те, що здійснюваний за єдиними правилами й єдино можливим з точки зору фізіології способом процес обробки ідентичної інформації попри все приводить до різних результатів, причому інколи навіть одну й ту саму людину? За його власним міркуванням, причиною того є наявність у кожної людини варіативної психологічної установки, яка зумовлює специфіку інтелектуальних, психічних та фізіологічних процесів [193]. На підтвердження власної думки Є. Додін посилається на результати досліджень Д. Узнадзе, фундатора теорії психологічної установки, який, зокрема, писав: "Особливістю цього стану є те, що він передує появі певних фактів свідомості або навіть зумовлює їх... Правильніше за все іменувати цей стан установкою суб'єкта, тобто

основною, первинною реакцією на ту ситуацію, у якій суб'єкт змушений ставити й розв'язувати певні завдання" [194]. Для представників західної філософії й методології науки парадигмальний (у термінології Т. Куна; у термінології Д. Узнадзе – установочний. – *Авт.*) характер інтелектуальної діяльності й концептуальна "забарвленість" фактів давно вже очевидні.

Думка про те, що факти є продуктом теорії (концепції) й поза її системою координат виникнути й існувати просто не можуть, уперше навідала Л. Флека, який аналізував фактичну базу знань про сифіліс в контексті розвитку медицини [195]. У подальшому ця ідея набула розвитку в працях Т. Куна [196], П. Фейєрабенда [197], К. Поппера [198] й ін.

На думку вітчизняного вченого А. Кравчука, у структурі факту можна виділити дві складові: константну (інваріантну) й варіативну (змінну) [199]. Російський історик і методолог науки О. Нікіфоров визначає структуру факту як триелементну, таку, що складається з перцептивного, лінгвістичного й матеріально-практичного компонентів. Перцептивний компонент суть емпірично-інваріантний, суб'єктивно-варіативна складова знаходить своє вираження у висловлюванні про факт, його лінгвістичній інтерпретації, а останній, матеріально-практичний компонент виражає існування так званої "прúладової (рос. – приборной) ситуації", яка передбачає використання специфічних засобів (приладів) і способів пізнання [200], і на мою думку, також є концептуально зумовленою.

Так чи інакше, але "суб'єктивний аспект факту тісно пов'язаний з об'єктивним, правлячи за призму, через яку лише й можливе сприйняття його (факту. – *Авт.*) емпіричної складової" [201]. Український учений Ю. Мєлков уважає, що в процесі свого становлення факт щонайменше тричі зазнає інтерпретації. По-перше, таку роль виконують ті положення, що передують отриманню емпіричних даних. На цьому, першому етапі пізнання мають бути визначені об'єкт і методи дослідження, здійснений відбір тих засобів, що використовуватимуться в його перебігу, сформульовані питання, відповіді на які дослідник сподівається отримати на основі аналізу емпіричного матеріалу. Ці питання становлять своєрідну матрицю, що дозволяє з величезної кількості несистематизованого емпіричного матеріалу виокремити ті явища, події, дані, які утворять емпіричну основу фактів [202]. Недарма ж стверджують, що будь-яке питання вже містить відповідь. По-друге, своєрідною інтерпретацією є лінгвістичне опосередкування емпіричного матеріалу, його вербалізація. Для того, щоби стати фактом знання, емпіричний результат дослідження має бути певним чином виражений у знаковій формі, тобто в такій формі усвідомлення результату, яка може бути відтворена у природній або штучній мові [203]. Відповідно ж до теорії лінгвістичної відносності Сепіра – Уорфа, мова, якою послуговується людина, значною мірою впливає на сприйняття й усвідомлення нею дійсності [204]. Насамкінець, отримані й лінгвістично опосередковані дані потребують і концептуальної інтерпретації, тобто пояснення безпосередньо в рамках певної теорії, установки [205].

Як образно зазначив В. Буданов, факт “являє собою подію, убрану в тісний мундирчик… контексту” [206]. Зрозуміло, що подію можна “увібрати” в різні контекстні смисли, і кожен факт виражатиме лише один із цих смислів [207].

Поняття, що його західні вчені (зокрема, Б. Гурней) позначають терміном “установка”, на думку Є. Додіна, доцільніше було б іменувати *позицією*. Саме зумовлена особистим або функціональним інтересом, рівнем індивідуальної правової культури, життєвим і професійним досвідом та іншими менш очевидними, але не менш впливовими чинниками установка (позиція) виступає тією “концептуальною призмою”, яка дає можливість бачити різне в одному, по-різному сприймати, фрагментувати й означувати дійсність.

Сприймаючи дійсність у контексті обвинувальної установки, слідчий (прокурор) фрагментує й означує реальність таким чином, що створені ним факти без жодних зусиль вписуються в рамки гіпотези потрібної норми, субсумція (підведення, а точніше – підтягування) фактів до потрібного стандарту відбувається ще в процесі семіозису (фактуалізації, означування). Аналогічним чином сприймає подію, що є предметом розгляду, захисник – але вже в контексті виправдувальної установки. У рамках його позиції факти, на яких ґрунтується обвинувачення, не існують або не є значущими, натомість існують факти, створені “під” нормативні факти і склади, що передбачають пом’якшення відповідальності, або такі, що радикально не вписуються в каркас, створений обвинуваченням (факти, що підтверджують алібі, спростовують правильність кваліфікації діяння обвинуваченням тощо). Таким чином пізнавальна установка значною мірою зумовлює специфіку конкретизації сфери застосування правових норм “знизу”.

Характеризуючи позицію суду під час розгляду кримінальних справ, Ю. Грошевий зазначає, що оптимальною для судді є психологічна установка незалежності власного висновку від висновків обвинувачення. “Така психологічна установка сприяє критичному ставленню до результатів попереднього розслідування, допомагає викрити помилки слідства й порушення закону”, – пише він [208]. Як на мене, оптимальною для судді (суду) є *критична* установка щодо позиції тієї сторони, на яку законом покладено тягар доказування, й у тій частині, у якій вона зобов’язана доказати обґрунтованість своєї позиції. Зрештою, критична установка є основою діяльності всіх учасників юрисдикційних проваджень. В. Нікітаєв, наприклад, вважає, що судове мислення по-суті своїй критичне. Навіть більше: за його переконанням, критичний тип мислення історично “виріс” із судового. “У процесі представник обвинувачення критикує презумпцію невинуватості даного підсудного, а представник захисту, у свою чергу, критикує цю критику” [209]. Натомість у неюрисдикційних провадженнях суб’єкт, уповноважений на правозастосування, очевидно, має виходити з презумпції добропорядності заявника.

На жаль, суддівські установки далеко не завжди відповідають наведеним вимогам. Так, В. Бохан, зокрема, писав: "Специфіка судової версії полягає в тому, що попервах вона збігається зі слідчою. Це зумовлено тим, що... зміст слідчої версії з її обґрунтуванням викладений в обвинувальному висновку, і судді, ознайомившись із матеріалами справи чи тільки з обвинувальним висновком, сприймають саме її" [210]. Не виключена можливість, – зазначає В. Коновалова, – що суддя, який перебуває "в полоні" обвинувальної установки, розглядатиме справу упереджено й необ'єктивно [211]. Занепокоєння з приводу установочного характеру судочинства висловлювалося Ю. Грошевим [212]. Підставою для занепокоєння стали результати опитування, проведеного серед професійних суддів (800 осіб). Серед чинників, які впливають на формування суддівських установок, опитані зазначили колишню злочинну діяльність або аморальну поведінку підсудних (69,75 % опитаних), оцінку засобів масової інформації (20,58 %), позицію громадськості (13,78 %), "рекомендації" вищої судової інстанції (15,6 %), особисту переконаність у винності підсудного безвідносно до наявних у справі доказів (11,68 % опитаних) та ін. [213]. За даними Т. Морщакової та І. Петрухіна, близько 50 % опитаних ними суддів визнали, що позиція у справі в них зазвичай формується ще до судового розгляду, 6 % визнали, що так буває завжди, і лише 20 % стверджують, що з ними такого не трапляється ніколи [214].

Слід додати, що "установочний характер" властивий не лише кримінальному судочинству, але й цивільному, господарському тощо. Спілкування судді з позивачем на стадії прийняття позову за умови видимої обґрунтованості останнього також може виступати передумовою формування установки. Але в цивільному й господарському процесі відповідач має можливість подання заперечень або зустрічного позову, що може привести до виникнення в судді когнітивного дисонансу й сприятиме формуванню необхідної критичної установки. У кримінальному ж процесі обвинувачений і захисник такої можливості не мають, що дає деяким ученим підстави говорити про іманентно властивий кримінальному процесу "обвинувальний ухил" і неможливість належним чином реалізувати власну правову позицію при здійсненні захисту.

Думаю, що наявність обвинувального чи то, навпаки, виправдувального ухилу, дійсно, свідчить про сформованість у правозастосувача відповідної установки, ускладнює репрезентацію результатів альтернативного бачення, проте не внеможливлює її. Адже людина, на відміну від тварини, відчувши когнітивний дисонанс й усвідомивши його причину, прагне усунення дисонансу, передовсім, шляхом корекції наявної установки [215]. Успіх ініціювання когнітивного дисонансу в опонента (судді) забезпечує можливість реалізації свого бачення ситуації, своєї правової позиції.

Словосполучення "правова позиція" доволі часто використовується правниками під час професійного спілкування, зустрічається в науковій літературі й навіть набуло законодавчого закріплення. Так, юристи-

практики вживають мовні конструкції “правова позиція обвинувачення”, “правова позиція адвоката”, “правова позиція суду” без жодних застережень, тобто як терміни, що позначають цілком конкретні поняття. Аналогічним чином словосполучення “правова позиція” зазвичай вживається й у наукових працях. Збірки правових позицій Конституційного Суду України наявні у вільному продажу [216]. Зрештою, ч. 3 ст. 10 Закону України “Про адвокатуру” недвозначно вказує на те, що стосовно правової позиції адвоката у справі не може бути внесено подання органом дізнання, слідчим, прокурором, а також винесено окрему ухвалу суду.

Разом з тим, попри свою широку вживаність словосполучення *правова позиція* нині навряд чи може бути визнане точним науковим терміном, оскільки ним, по суті, позначається поняття з недостатньо визначеним змістом. Окремі спроби дослідження феномена правової позиції мають здебільшого поверховий характер і зазвичай здійснюються в контексті досліджень з іншої проблематики. Останнім часом, зокрема, правова позиція стала предметом уваги представників науки конституційного права та процесу, переважно російських. Це й зрозуміло: на відміну від України, де поняття “правова позиція Конституційного Суду” не набуло легального закріплення, у ст. 73 федерального закону “О Конституционном Суде Российской Федерации” між іншим згадується й “правова позиція, виражена в раніше ухвалених рішеннях”.

Підхід, реалізований у роботах конституціоналістів, полягає в тому, що правові позиції (Конституційного Суду, далі – Суду. – *Авт.*) трактуються, як “важливі правові висновки, ідеї, що являють собою виявлене Судом кристалізоване право” (Г. Гаджиєв), “логіко-правове обґрунтування остаточного висновку Суду, сформульоване у вигляді правових умовиводів, правоположень” (В. Кряжков), “сутність рішення; висновки Суду, що є результатом тлумачення Судом Конституції, її духу й букви, виявлених ним правових принципів, і становлять основу рішення” (Б. Ебзєєв), “система висновків та аргументів, сформованих під час розгляду Судом конкретних справ з певних питань” (М. Саліков) [217].

Як бачимо, за такого підходу *правова позиція* виступає *аргументованим висновком, системою аргументів на обґрунтування певного правового висновку або системою висновків правового характеру*.

Процесуалісти трактують правову позицію дещо інакше.

Так, Л. Воскобітова вважає позицією в кримінальній справі версію сторони про фактичні обставини, яка пропонується судові й забезпечується доказами з метою отримання жаданого стороною судового рішення [218].

На думку Л. Лисенко, правова позиція в цивільній справі – то є версія сторони про фактичні обставини справи плюс заявлена правова вимога, що ґрунтується на цій версії [219].

В. Бохан позицію суду також пов’язує з поняттям версії. Він уважає, що судові версії є відповіддю на потребу правової оцінки наявних у кожній справі фактичних даних, результатом їх *позиційної* інтерпретації [220].

Схоже на те, що в розумінні В. Бохана правова позиція суду являє собою забезпечену належними доказами й внутрішнім переконанням судову версію щодо наявності достатніх для ухвалення певного рішення фактичних і юридичних підстав.

В. Новицький визначає правову позицію суб'єкта доказування як *ставлення* суб'єкта доказування до спірних фактів і доказів, утілене в його власній *версії* (варіантові тлумачення спірного факту) [221].

Отже, сутність такого підходу до визначення *правової позиції* полягає в тому, що вона розглядається, як *обґрунтована доказами версія, покликана забезпечити досягнення певного правового результату*.

Як на мене, принципових розбіжностей розглянуті підходи не мають. Адже за першого підходу йдеться про вже реалізовану в правозастосовчому рішенні (акті) позицію вповноваженого на правозастосування суб'єкта, представники другого підходу розглядають правову позицію в перебігу її формування чи реалізації, причому ведуть мову як про правову позицію суб'єкта, уповноваженого на правозастосування, так і про позиції інших учасників процедурно-процесуальних відносин. Спільним знаменником обох розглянутих підходів, на моє переконання, може стати таке визначення:

Правова позиція – то зумовлене правовими уявленнями, інтересом, функціональною роллю та іншим специфічне бачення проблемної ситуації, виражене в забезпеченому доказами та/або аргументами суб'єктивному висновку або системі висновків щодо наявності чи то відсутності належних підстав для ухвалення певного правозастосовчого рішення та/або дійсного змісту правових норм, що підлягають застосуванню чи потребують роз'яснення [222].

Таким чином, у функціональному аспекті акт застосування правової норми, на мою думку, доцільніше розглядати як двостадійний: на першій стадії формується правова позиція уповноваженого на правозастосування суб'єкта, тобто відбувається формування фактичної й юридичної основ справи, на другій стадії правова позиція реалізується у владному рішенні (індивідуальному акті). При тому здійснюється конкретизація сфери нормування обраної правової норми, через що абстрактно окреслені вимоги (можливості) перетворюються на суб'єктивні права та обов'язки конкретних суб'єктів.

Що ж до зовнішньої форми правозастосовчої діяльності, то вона, як зазначалося, також значною мірою зумовлена її змістом і характером [223]. Адже "діалектика взаємозв'язку форми й змісту передбачає їх вплив одне на одне, притому визначальна роль належить, безумовно, змістові" [224].

Уже йшлося про те, що правозастосовча діяльність має державно-владний характер і забезпечена можливістю застосування примусу, реалізовується у сфері перетину приватних та публічних інтересів і полягає у визначенні виду й міри можливої та належної поведінки конкретних суб'єктів соціальної взаємодії. Усе це дає підстави розглядати правозастосовчу діяльність, з одного боку, як ефективний інструмент

соціального регулювання, а з іншого – як потенційну загрозу інтересам громадянського суспільства, адже від зловживань владою потерпають не лише окремі громадяни, але й правопорядок у цілому. Природно, що суспільні інтереси потребують певних гарантій захисту від можливих зловживань владою.

Специфічна *процедурно-процесуальна* форма правозастосовчої діяльності виступає, зокрема, однією з таких гарантій.

Термін "процедурно-процесуальна форма" нині ще не є остаточно усталеним у науці: для позначення цього поняття зазвичай вживається інший термін – "процесуальна форма". Його здавна використовують представники науки кримінального й цивільного процесуального права, а також працівники судово-правоохоронних органів для позначення форми відносин, що складаються, передовсім, у царині судової юрисдикції. Зусиллями П. Недбайла й В. Горшеньова здійснено спробу надати цьому поняттю статус загальнотеоретичного. "Зведення процесуальної форми виключно до юрисдикційної діяльності органів держави призводить до заперечення можливості її застосування в діяльності інших державних органів, – зазначали вони. – Процесуальна форма властива для всякої діяльності із застосування правових норм. Її значення у сфері позитивної (а не лише правоохоронної) діяльності державних органів із застосування диспозицій правових норм не менш важливе, ніж у сфері юрисдикційної діяльності із застосування санкцій" [225]. З огляду на це, у контексті широкого розуміння юридичного процесу пропонувалося розглядати процесуальну форму як сукупність однорідних вимог до спрямованої на досягнення певного матеріально-правового результату діяльності учасників правозастосовчих проваджень [226].

З приводу означеної пропозиції П. Недбайла й В. Горшеньова виникла гостра дискусія; у цілому слушна, на мою думку, пропозиція викликала чимало не завжди об'єктивних і подеколи не вельми коректних критичних зауважень, хоча завоювала й певну кількість прихильників [227]. Проте чи не єдиним конструктивним наслідком цієї запальної дискусії стало визнання виняткової значущості "юридичної" форми як для юрисдикційних, так і для позитивних, неюрисдикційних видів правозастосовчої діяльності. З інших питань згоди досягнуто не було, а дискусія через безкомпромісність учасників з часом вщухла [228]. Одним із каменів спотикання на шляху до визнання процесуальної форми загальнотеоретичним поняттям стала відсутність критерію визначення *процесуальності* як специфічної правової властивості, а отже, й неможливість чіткого розмежування *процесу* й *матеріальної процедури* [229], за одночасної наявності переконання в нагальній потребі такого розмежування. Проф. Алексєєв, який на той час був принциповим супротивником широкого розуміння юридичного процесу й процесуальної форми [230], писав: "Необхідно з максимальною чіткістю розмежовувати матеріально-правові й процесуальні властивості й призначення правових явищ". Але ж, як слушно зауважують В. Баландін та А. Павлушина

двадцять років по тому, “проблема, зокрема, полягає саме в тому, що ані з максимальним, ані з будь-яким іншим ступенем чіткості нині це зробити просто неможливо. Упевнені, що ця межа взагалі відсутня як така; намагатись відшукати її в масиві норм – марна справа. Поділ права на матеріальне й процесуальне має умовний, а головне – відносний характер. У різних вимірах одна й та сама норма може бути й матеріальною, й процесуальною... На наш погляд, – резюмують автори, – слід нарешті визнати, що механічно розмежувати норми права на матеріальні й процесуальні й назавжди закріпити їх належність до певної групи вочевидь неможливо” [231]. Доречно згадати тут і не менш слушне твердження П. Рабіновича про те, що “процесуальність – то така регулятивна функція юридичних норм, якої вони набувають лише стосовно інших (“матеріальних”) норм під час взаємодії з ними... “Матеріальність” і “процесуальність” юридичних норм – це умовні терміни, які позначають певні функціональні властивості норм, що зумовлені їх роллю в правовому регулюванні” [232].

Здавалося б, відсутність чіткої межі, яка розділяла б матеріально-правові й процесуально-правові процедури, мала стати додатковим аргументом на користь широкого розуміння змісту поняття “процесуальна форма”, але... процесуалісти обрали простіший шлях: уважати процесуальним лише те, що безпосередньо пов’язане з діяльністю суду або передбачене кримінально-процесуальним і цивільним процесуальним кодексами. Природно, що за такого визначення *процесуальності* питання стосовно визнання процесуальної форми загальним у контексті правозастосовчої діяльності поняттям автоматично було зняте “з порядку денного” юридичної науки.

Проте вважати категорію *процесуальна форма* “учорашнім днем теорії процесу й процедури”, як це робить В. Протасов [233], мабуть, передчасно. Невизначеність меж *процесуального* й *матеріального* в праві, а отже, невизначеність обсягу понять “юридичний процес” і “матеріальна процедура” [234] – то є наукова проблема, яка ще потребує свого вирішення [235]. Посилання на законодавство в науковому плані не може бути аргументом. Як зауважують В. Баландін та А. Павлушина, “чинне законодавство не є мірилом істинності наукового дослідження – радше, навіть, навпаки” [236]. Окрім того, схоже, що поняття “процесуальна (процедурна) форма” має дещо відмінне семантичне навантаження порівняно з поняттями “юридичний процес” і “матеріальна процедура” [237]. Адже поняття “матеріальна процедура” насамперед асоціюється з не надто складною нормативною моделлю діяльності [238]; поняття “юридичний процес” відбиває динаміку реальних правовідносин не лише в формальному, але й у змістовному аспекті [239]; натомість поняття “процесуальна (процедурна) форма”, на мою думку, передовсім характеризує зовнішній вираз, так би мовити, зумовлений правовими нормами “вигляд” реальної діяльності. Тому доцільним є збереження цих понять в науковому обігу й подальше уточнення їх змісту й обсягу.

Уважаю, що поняття *процесуальна форма* може бути визначене, як *результат об'єктивації вимог процедурного характеру в фактичній діяльності суб'єктів юрисдикційного правозастосування*. Останнім часом, з відновленням інтересу до теорії юридичного процесу в його широкому розумінні, поняття *процесуальна форма* зазвичай використовують для позначення форм юрисдикційної діяльності [240], а позитивну, неюрисдикційну діяльність пов'язують із поняттям *процедури*. Хоча, за переконанням деяких учених, правотворча, процесуальна і "процедурна" форма є формами реалізації правової процедури як загального поняття [241]. Отже, з урахуванням термінологічної невизначеності та з метою уникнути можливих непорозумінь, родове, спільне для юрисдикційних і неюрисдикційних (за винятком правотворчих) проваджень поняття видається доречним поіменувати *процедурно-процесуальною формою*.

За аналогією з визначенням процесуальної форми поняття *процедурно-процесуальна форма* може бути визначене як *результат об'єктивації вимог процедурного характеру в фактичній діяльності суб'єктів правозастосування*. Попри певну свою тавтологічність таке визначення дає можливість об'єднати в рамках єдиного поняття форми юрисдикційної та "позитивної" правозастосовчої діяльності з урахуванням спільного для них "процедурного" характеру.

Зрештою, визначень поняття "процесуальна (процедурно-процесуальна) форма" в юридичній науці не бракує. Одні вчені визначають процесуальну форму як "сукупність умов, установлених процесуальним законом для здійснення своїх функцій органами слідства, прокуратури й судом, а також реалізації своїх прав та обов'язків громадянами – учасниками судового процесу". Інші розглядають її як "чітко регламентований законом порядок здійснення процесуальної діяльності", "порядок і умови здійснення процесуальних дій", "порядок, умови й способи...", "умови здійснення, послідовність і порядок оформлення процесуальних дій та, відповідно, умови виникнення, зміни й припинення процесуальних правовідносин", "сукупність спрямованих на досягнення певного результату однорідних процедурних вимог щодо дій учасників процесу" або ж як "форму і строки здійснення певної процесуальної дії" [242] та ін.

Суттєвим кроком на шляху дослідження процесуальної форми (у широкому розумінні, що включає до обсягу цього поняття процесуальну й процедурну складову) як науково-юридичної конструкції стало здійснене під науковим керівництвом В. Горшеньова дослідження С. Олейникова, який у складі процесуальної форми виділяв такі елементи: процесуальний режим, процесуальні провадження й процесуальні стадії [243]. Запропонована С. Олейниковим конструкція (склад) процесуальної форми донині без змін використовується для характеристики цього поняття [244]. Щодо процесуальних стадій як елементів внутрішньої форми вже йшлося, тож вважаю за потрібне відзначити плідність і перспективність виділення у

складі процесуальної форми правозастосовчої діяльності такого елементу, як режим. Автор не наводить власної дефініції поняття "процесуальний режим", визначивши його як конструкцію, утворену принципами юридичного процесу, способами й засобами їх реалізації та відповідними процесуальними гарантіями [245]. Як на мене, процесуальний (процедурно-процесуальний) режим може бути дефінітивно визначений як *специфічний стан правового регулювання відносин у сфері правозастосування, що характеризується певним спрямуванням, інтенсивністю та специфікою сполучення задіяних регулятивних засобів.* Детальність і щільність регламентації правозастосовчих процедур, на мою думку, також значною мірою характеризують процесуальний (процедурно-процесуальний) режим як складову процесуальної (процедурно-процесуальної) форми [246].

Разом з тим, як зазначали автори "Теорії юридичного процесу", категорія "режим" настільки багатогранна й багатоаспектна, що доречніше розпочинати дослідження поняття процесуального режиму з установлення й дослідження його складових [247]. Перші кроки в цьому напрямку вже здійснені, але в цілому мають рацію В. Баландін та А. Павлушина, коли стверджують, що проблема адекватного визначення поняття процесуального режиму донині не вирішена й потребує свого розв'язання [248].

Третій елемент процесуальної форми – процесуальні провадження, як свідчить література, є предметом дослідження переважно представників галузевих наук. Це зумовлено, насамперед, тим, що порівняно з "процесом" як *загальним*, процесуальні провадження зазвичай розглядаються як окреме, особливе, непридатне до узагальнень явище. Таке розмежування в літературі стало майже загальновизнаним [249]. Значну кількість і несхожість правозастосовчих проваджень П. Недбайло пояснює функціональними особливостями різногалузевих матеріальних норм, які зумовлюють потреби правозастосовчого процесу, й об'єктивною потребою спеціалізації діяльності різного роду компетентних суб'єктів, що здійснюють правозастосовчу діяльність [250]. Видається, що це не зовсім так. С. Олейников, В. Горшеньов та інші автори "Теорії юридичного процесу" як важливу техніко-юридичну складову процесуальних проваджень розглядають процесуальне доказування [251]. Повністю поділяючи цю думку, зауважу, що саме доказування виступає основною єднальною ланкою для всіх видів правозастосовчих проваджень, передумовою і підставою їх загальнотеоретичного дослідження, а юридичні докази є невід'ємним елементом процедурно-процесуальної форми як загальнотеоретичної конструкції.

Як зазначалося, специфіка процедурно-процесуальної форми окремих видів правозастосовчої діяльності значною мірою зумовлена рівнем регламентованості порядку її реалізації за допомогою процедурних (процесуальних) норм. Почасти цей рівень може правити й за критерій розмежування процедур і процесів (процедурної та процесуальної форми).

Рівень нормативної регламентації різних видів правозастосовчої діяльності не є однаковим: найдетальніше регламентований порядок реалізації юрисдикційної діяльності, поточна ж організаційна діяльність органів державного управління й місцевого самоврядування регламентована, переважно, лише фрагментарно. Детальна регламентація державно-владної діяльності, яка пов'язана із втручанням у сферу приватних інтересів, є цілком виправданою, оскільки в цій сфері "закон... без ритуалу, без процедури його реалізації призводить владу до свавілля, а громадянина – до беззахисності" [252]. Натомість, як стверджує Є. Додін, окремі аспекти діяльності органів державного управління не потребують детального, "процесуального" регулювання, тобто встановлення чіткої розгорнутої процедури, порядку роботи, визначення прав і обов'язків учасників таких відносин. На думку проф. Додіна, це стосується, насамперед, організаційно-масових форм діяльності органів державного управління, матеріально-технічних операцій, ухвалення внутрішніх управлінських рішень, адже "широта й багатоаспектність адміністративної діяльності унеможливлює встановлення єдиної оптимальної процедури для її реалізації". Разом з тим, зазначає Є. Додін, діяльність органів державного управління хоча й не пов'язана в таких випадках із застосуванням примусу, але, певною мірою, також є втручанням у сферу інтересів громадян та організацій, а отже, потребує "хоча б елементарного порядку в цій діяльності" [253]. Аналогічною є позиція П. Рабіновича [254].

В. Марчук та Л. Ніколаєва вважають, що залежно від характеру діяльності та цілей, що стоять перед ними, завдань, які підлягають розв'язанню, процедури набирають більш чи менш розгорнутого, складного характеру. Відповідний характер мають і сукупності норм, що регламентують процедурний бік цієї діяльності – від окремих процедурних норм до цілісних агрегатованих комплексів норм, що органічно утворюють єдину закінчену систему, іменовану процесом. За рівнем унормованості відповідної діяльності процедурними (процесуальними) нормами В. Марчук та Л. Ніколаєва пропонують розрізняти:

1. Окремі процедурні (процесуальні) норми.

2. Системи процедурних норм як складні й цілісні утворення, що забезпечують детальну, розгорнуту регламентацію форм, у яких має відбуватися регламентована діяльність.

У свою чергу в другій групі також можна виокремити два рівні процедурно-нормативної регламентації:

Регламенти.

Власне процес або процесуальне право як система норм, що відповідає всім критеріям виділення галузі (підгалузі) права [255].

До першої групи норм належать ті поодинокі процедурні норми, які "розпорошені" по матеріально-правових інститутах і забезпечують фрагментарну регламентацію на рівні окремих дій або операцій.

"Фрагментарність" таких процедур почасти виправдана. "Процедура – то сильнодіючий правовий засіб, – пише В. Протасов. – Зловживання ним

може призвести до надмірної зарегламентованості соціальної сфери, а отже й до зменшення кількості можливих варіантів правомірного розв'язання соціальних колізій, зниження оперативності функціонування державних органів, перевантаження системи законодавства нормативним матеріалом та ін." [256]. Проте є в цієї "медалі" й зворотний бік, на якому наголошував Є. Додін: "Правознавці зазвичай звертають увагу лише на прогалини в матеріальному праві. Але вони наявні й у процесуальному праві, особливо в тій його частині, яка пов'язана з регламентацією застосування диспозицій правових норм, і робота з їх ліквідації є не менш важливою" [257].

Розпорошеність "матеріальних" процедур у нормативному масиві також небезпричинна. Річ у тому, що з метою оптимізації процесу реалізації "матеріальних" норм, процедурні норми доцільно розміщувати в тих самих нормативних актах, де розміщено й основні, "матеріальні". "Кожна матеріальна процедура призначена для обслуговування певної регулятивної норми або групи норм і виступає необхідною умовою їх нормальної реалізації. Зміст усіх матеріальних процедур визначений змістом "своїх" регулятивних норм, тому жодна така процедура не може бути використана для реалізації "чужих", – уважає В. Протасов. – Спільне розміщення основних (матеріальних регулятивних) і матеріально-процедурних норм забезпечує синхронність набуття ними чинності й рівність їх за юридичною силою" [258].

В. Марчук та Л. Ніколаєва слушно зазначають, що окремі процедурні норми попри свою розпорошеність у нормативному масиві можуть утворювати комплексні правові інститути або субінститути в складі певного інституту [259].

Друга група норм численніша й має складнішу структуру.

Процедура-регламент спрямована на встановлення найбільш доцільного, раціонального, економічного, єдиного та уніфікованого порядку виконання управлінських робіт органом, підрозділом, службовцем.

В. Юсупов зазначає, що в практиці органів державного управління здійснення типових операцій становить близько 70 – 80 % усього обсягу роботи. "Навряд чи доцільно стільки зусиль спрямовувати на нескінчене долання однотипних проблем там, де можна раз і назавжди розв'язати їх нормативно", – пише В. Юсупов [260]. Регламенти встановлюються для типових і стабільних видів управлінських робіт або їх елементів. Ідеться, передовсім, про такі роботи, як засідання колегіальних органів, службові наради, діяльність атестаційних та кваліфікаційних комісій, виїзди співробітників у службові відрядження, організація робочого часу тощо.

Вищим ступенем процедурної регламентації виступає процес. Від регламентів процес відрізняється, як правило, такими ознаками:

– порядком установлення процесуальних норм;

– глобальністю регламентації процедури;

– юридичною силою, ступенем обов'язковості дотримання процедури;

– забезпеченістю державним примусом [261].

Процесуальні норми встановлюються законодавчою владою, на відміну від регламентів, які можуть створюватися й іншими органами (навіть недержавними). Процес охоплює значно ширше коло відносин за регламент, процесуальне упорядкування здійснюється не вибірково, а тотально. Дотримання процесуальних вимог є обов'язковим для всіх учасників урегламентованих правовідносин; недотримання процедури, по-перше, призводить до визнання ухваленого рішення нікчемним, а по-друге, загрожує порушникові покаранням (юридичною відповідальністю).

З огляду на зазначене В. Марчук та Л. Ніколаєва, зокрема, виокремлюють у вітчизняному праві п'ять видів процесу: цивільний, господарсько-судовий, кримінальний, адміністративний, конституційно-юрисдикційний [262].

Таким чином, специфіка правової форми правозастосовчої діяльності зумовлюється як окремими процедурними нормами, так і цілісними нормативними масивами. Фрагментарна регламентація більш властива "процедурній" формі здійснення правозастосовчої діяльності, тоді як процесуальна форма передбачає значно більш детальну і жорстку регламентацію.

Питання щодо форми правозастосовчої діяльності не може вважатися розглянутим належно, якщо не згадати, що правозастосовчі акти і дії реалізуються в усній, письмовій або конклюдентній формі.

У процесі оперативної діяльності органи державного управління широко застосовують усні індивідуальні веління. До них належать: указівки, що даються підлеглим під час нарад; розпорядження, що доводяться до відома виконавців за допомогою телебачення, телефону, інших засобів зв'язку тощо [263]. Усні рішення можуть ухвалюватися під час прийому громадян. Окрім того, усність і безпосередність є тими принципами судочинства, що перетворюють його на судоговоріння.

Разом з тим завершальною основною стадією правозастосовчої діяльності є видання акта застосування права (індивідуального акта). Акти застосування права, як відомо, породжують певні юридичні наслідки, зумовлюють виникнення, зміну або припинення правовідносин, визначають суб'єктивні права та обов'язки учасників суспільних відносин, тобто мають неабияке соціально-правове значення. Тому переважною формою індивідуальних актів все ж має бути письмова форма. Письмова форма є найбільш доцільною не лише з огляду на формальну визначеність і зручність доведення змісту правозастосовчого акта до відома зацікавлених осіб, але й через можливість контролю за його виконанням, а також нагляду за дотриманням законності в процесі правозастосовчої діяльності [264]. На мою думку, з тих самих міркувань усні рішення також потребують фіксації в спеціальних журналах або картках, де обов'язково має бути відбито відомості про сутність розв'язаного питання, зміст ухваленого рішення, зазначено дату, виконавців і термін виконання тощо [265].

Слід визнати слушною пропозицію В. Баландіна й А. Павлушиної щодо визнання принципом правозастосовчої діяльності принципу оптимального поєднання засад усності й письмовості, який вимагає від компетентного суб'єкта письмового оформлення рішення й письмового повідомлення про його суть в усіх випадках відмови в задоволенні вимог або клопотань фізичних і юридичних осіб [266]. Варто лише додати, що рішення про притягнення до юридичної відповідальності також безперечно мають оформлюватися письмово як такі, що суттєво зачіпають інтереси особи й можуть бути оскарженими. А в ідеалі письмової форми потребують, звичайно, всі рішення, що так чи інакше впливають на обсяг прав і обов'язків учасників відносин, прямо чи непрямо пов'язаних із правозастосовчими.

На думку В. Лазарева, правозастосовче рішення може бути об'єктивоване не лише в усній або письмовій формі, але й у формі акту-дії: "Діяльність постового регулювальника також є правозастосовчою, а відповідні його дії відіграють роль актів застосування правил вуличного руху, – вважає він. – Специфіка різних стадій такого процесу застосування права зумовлена швидкою зміною фактичних обставин" [267]. Таку форму реалізації правозастосовчої діяльності, очевидно, можна визначити як конклюдентну.

За твердженням В. Юсупова, у деяких сферах управління індивідуально-конкретні веління оформлюються у вигляді спеціальних знаків. "Зокрема, – пише він, – у ролі таких велінь виступають дорожні знаки, що регламентують поведінку водіїв транспортних засобів на шляху" [268]. Приклад, наведений автором, видається не дуже вдалим: регламентація руху за допомогою дорожніх знаків, на моє переконання, це все ж нормативна регламентація, оскільки не є персоніфікованою й індивідуалізованою. Розміщення знаків на шляху – своєрідна "нормотворчість", хіба що гіпотези цих "норм" є абсолютно визначеними в буквальному розумінні й не потребують навіть найменшої конкретизації. Проте головне, на чому наостанок хотілося б наголосити, відзначено В. Юсуповим майже правильно: *правозастосовча діяльність здійснюється в знаковій формі*, але не в "деяких сферах", а як така. Усний і письмовий дискурси, дискурс жестів – це знакові системи, а правозастосовча діяльність – то діяльність з оперування знаками серед знаків, перетворення одних знаків на інші.

"Усьому розмаїттю правових актів властиві все-таки спільні риси, – стверджує В. Карташов. – Вони видаються компетентними органами, мають офіційний, владний, творчо-впорядковуючий характер і певний соціально-політичний зміст, фіксують у документарній формі юридичні дії й операції, способи, засоби й результати діяльності, приводять до певних правових наслідків, пов'язані з перетворенням дійсності, задоволенням певних суспільних й індивідуальних потреб. *Вони є специфічними знаковими системами*, що вможливлюють сприйняття ухвалених рішень",

– цілком слушно підсумовує вчений свої міркування [269]. Варто лише додати: не тільки сприйняття, але й ухвалення рішень, а також існування всіх тих "спільних рис", що їх так щедро висвітлив В. Карташов.

О. Черданцев, характеризуючи специфіку правозастосовчої діяльності, зазначає, що це є діяльність з оперування ідеальними об'єктами та створення інших ідеальних об'єктів з метою ухвалення правозастосовчого рішення, яке, власне, також становить ідеальний об'єкт. "Правозастосовчий процес являє собою циркуляцію інформації, створення (обґрунтування) і руйнування (спростування) різноманітних ідеальних об'єктів, – пише він. – Правове регулювання – це різновид руху інформації. А носієм інформації в перебігу правового регулювання виступає мова як знакова система" [270]. Адже ідеальні об'єкти й процеси потребують своєї об'єктивації в матеріальному світі. Це повною мірою стосується правового регулювання, що його засобом об'єктивації й реалізації в зовнішньому світі є мова.

З того, що ідеальні об'єкти як засоби правового регулювання можуть існувати лише у мовній оболонці, проф. Черданцев робить висновок, що без мови нема й не може бути правового регулювання. Провідну роль у регулюванні, на думку О. Черданцева, відіграє природна мова, штучні мови є другорядними, хоча символічна мова знаків дорожнього руху, згадана В. Юсуповим, та мова жестів постового регулювальника (В. Лазарев), безперечно, не мають недооцінюватись – їх функції суто регулятивні [271].

"Оскільки в перебігу судочинства виробляється текст, який пояснює реальність (а може – спотворює, трансформує, змінює дійсність через знаки судової мови), остільки виробляється й нова реальність – семіотична, знакова, – пише О. Олександров. – Можна припустити, що судоговоріння, а в широкому розумінні й судочинство як дискурс, продукують специфічні об'єкти – тексти. Судова мова-мовлення... виробляє певні семіотичні моделі, які й пояснюють і наче наново створюють явища реальної дійсності: подію злочину, злочинця, покарання" [272]. Далі вчений пише з приводу кримінального судочинства: "...кримінально-процесуальне право слід розглядати як вторинну моделюючу систему, що ґрунтується на первинній – мові. Судочинство – судоговоріння – мовлення, отже, є похідними від мови фактами... Мова первинна. Не суд послуговується мовою – мова промовляє судом. Мова судочинства – це і є саме судочинство в його справжньому – текстовому бутті" [273]. Попри радикальність і незвичність наведених тверджень [274], їх автор у цілому має рацію: мова – це "плоть" судочинства зокрема і правозастосування в цілому.

"Мова – це система знаків, які виражають ідеї. Вона подібна до писемності, азбуки глухонімих, символічних ритуалів, форм увічливості, знаків військових розрізнень тощо. Просто мова найбільш важлива з усіх цих систем", – стверджував один із фундаторів семіології Ф. де Соссюр [275].

Знаковість мови очевидна й доведення не потребує. Письмовій мові властива подвійна знаковість: адже на відміну від усної, де означуване позначається сполученням звуків, на письмі вже саме сполучення звуків позначається сполученням літер. Тобто сполучення звуків символізує своє означуване та, у свою чергу, символізується сполученням літер.

Усе це, вважаю, дає підстави розглядати знакову форму здійснення правозастосовчої діяльності як один із аспектів процедурно-процесуальної форми.

Більше того, визнання знакової природи правозастосовчої діяльності дозволяє чіткіше уявити собі процеси, що відбуваються в контексті реалізації функцій правозастосовчої діяльності. Так, конкретизація сфери застосування правових норм "знизу" (у термінології О. Черданцева), здійснювана під час індивідуальної регламентації, може бути потрактована як трансформація іконічно-індексальної системи знаків у символічну; конкретизація сфери застосування правових норм "зверху" – як перехід від символічної системи до можливих для неї іконічних (у повній відповідності з наведеними у другій лекції міркуваннями П. Рабіновича); конкретизація сфери нормування правових норм – як остенсивне [276] визначення символу (символічної системи) через указівку на одне з можливих його (її) значень, зумовлену контекстом [277].

До того ж, такий підхід уможливлює діалектичний синтез численних існуючих концепцій розуміння юридичного доказу (як елементу процедурно-процесуальної форми правозастосовчої діяльності й правозабезпечувального чинника) у рамках єдиної семіотичної концепції [278].

ПІДСУМКИ

Правозастосовча діяльність – основний, якщо не єдиний, інструмент індивідуального правового регулювання. Індивідуальна піднормативна регламентація суспільних відносин і забезпечення необхідних її передумов і гарантій є тими завданнями, що визначають зміст індивідуального правового регулювання й потребують здійснення в перебігу правозастосовчої діяльності. Суть індивідуальної регламентації – у виданні конкретизованих індивідуальних приписів на основі норм права. Через індивідуальну регламентацію енергія юридичних норм спрямовується на конкретних суб'єктів, а нормативні приписи загального характеру перетворюються на суб'єктивні права та обов'язки певного виду й міри. Але індивідуальне регулювання потребує ще й реалізації новостворених суб'єктивних прав і обов'язків адресатами індивідуального регулятивного впливу, а подеколи – й відповідного забезпечення їх реалізації.

Відповідно до того основними функціями правозастосовчої діяльності можуть бути визнані функція індивідуальної піднормативної регламентації суспільних відносин і правозабезпечувальна функція.

Індивідуальна регламентація реалізується через *конкретизацію* сфер застосування й нормування правових норм. Натомість функція правозабезпечення полягає в забезпеченні *видання* та фактичної *реалізації* конкретизованих й індивідуалізованих владних приписів, руху й розвитку процедурно-процесуальних відносин.

Повноцінний акт застосування норми права логічно увінчується здійсненням індивідуальної регламентації та становить осердя правозастосовчої діяльності. Але термін "правозастосовча діяльність" позначає значно ширше поняття, до обсягу якого належать і процес здійснення численних послідовно-паралельно пов'язаних взаємозалежних актів застосування норм права, і заходи, пов'язані з контролем, наглядом та примусовою реалізацією конкретизованих приписів, і окремі дії у рамках акту застосування норми, оскільки кожний такий акт складається з декількох стадій і потребує вчинення різнорідних операцій, здійснюваних поетапно (до того ж, доволі часто – різними суб'єктами).

Таким чином, правозастосовча діяльність може бути визначена як здійснювана на засадах доцільності, справедливості й обґрунтованості піднормативна діяльність компетентних суб'єктів з видання конкретизованих й індивідуалізованих владних приписів (індивідуальної регламентації) та забезпечення їх видання й фактичної реалізації (правозабезпечення).

Форми реалізації правозастосовчої діяльності діляться на внутрішню й зовнішню. Внутрішня форма – то структура діяльності, зовнішня – спосіб її об'єктивації в матеріальному світі.

У структурі акту застосування норми права можуть бути виділені дві функціональні стадії. На відміну від стадій логічної послідовності, що визначаються з огляду на будову силогізму, та функціональних стадій "ступеневого" правозастосування, "функціональні" стадії акту застосування правової норми виокремлюються з урахуванням потреби здійснювати конкретизацію сфери застосування й сфери нормування правової норми в перебігу її застосування. На першій стадії, яка може бути умовно названа *стадією формування правової позиції*, здійснюються конкретизація сфери застосування правових норм, а на другій, завершальній стадії, конкретизація їх сфери нормування. Традиційна назва другої стадії – *стадія вирішення справи* – принципових заперечень не викликає. У такому контексті правова позиція становить собою зумовлене правовими уявленнями, інтересом, функціональною роллю тощо специфічне бачення проблемної ситуації, виражене в забезпеченому доказами та/або аргументами суб'єктивному висновку або системі висновків щодо наявності чи то відсутності належних підстав для ухвалення певного правозастосовчого рішення та/або дійсного змісту правових норм, що підлягають застосуванню чи потребують роз'яснення. Отже, на першій стадії формується правова позиція уповноваженого на правозастосування суб'єкта, тобто відбувається формування фактичної й юридичної основ справи, на другій стадії правова позиція реалізується у владному рішенні (індивідуальному акті). При тому здійснюється конкретизація сфери нормування обраної правової норми,

через що абстрактно окреслені в диспозиції (санкції) вимоги (можливості) перетворюються на суб'єктивні права, обов'язки та міру відповідальності конкретних суб'єктів.

Структура акту застосування норм права й структура правозастосовчої діяльності не тотожні: якщо перша завершується стадією видання конкретизованого індивідуалізованого владного припису, то остання може містити факультативні стадії фактичної реалізації індивідуальних приписів і контролю за їх реалізацією.

Об'єктивація правозастосовчої діяльності в матеріальному світі здійснюється в процедурно-процесуальній знаковій формі. Процедурно-процесуальну форму як науково-юридичну конструкцію утворюють відповідні режим, провадження й стадії. Знакова природа виявляє себе в усній/письмовій вербальній опосередкованості правозастосовчої діяльності (мова – *вторинна* сигнальна система) та вираженні її через конклюдентні (знакові) дії чи бездіяльність.

ИТОГИ

Правоприменительная деятельность – основной, если не единственный, инструмент индивидуального правового регулирования. Индивидуальная поднормативная регламентация общественных отношений и обеспечение необходимых для нее условий и гарантий ее осуществления являются теми заданиями, которые определяют содержание индивидуального правового регулирования и подлежат реализации в контексте правоприменительной деятельности. Суть индивидуальной регламентации – в издании конкретизированных индивидуальных предписаний на основе норм права. Посредством индивидуальной регламентации энергия юридических норм направляется на конкретных субъектов, а нормативные предписания общего характера превращаются в субъективные права и обязанности определенного вида и меры. Однако индивидуальное регулирование требует и реализации новосозданных субъективных прав и обязанностей адресатами индивидуального регулятивного воздействия, а в некоторых случаях – и надлежащего обеспечения их реализации.

В соответствии с этим основными функциями правоприменительной деятельности должны быть признаны функция индивидуальной поднормативной регламентации общественных отношений и правообеспечительная функция.

Индивидуальная регламентация реализуется посредством конкретизации сфер применения и нормирования правовых норм. А назначение правообеспечительной функции, соответственно, состоит в обеспечении издания и последующей фактической реализации конкретизированных и персонифицированных властных предписаний, движении и развитии процедурно-процессуальных отношений.

Полноценный акт применения нормы права завершается индивидуальной регламентацией и составляет своеобразную "сердцевину" правоприменительной деятельности. Но термин "правоприменительная

деятельность” обозначает собою значительно более широкое понятие, в объем которого входят и процесс осуществления многочисленных параллельно-последовательно связанных взаимозависимых актов применения норм права, и меры, связанные с контролем, надзором и принудительной реализацией конкретизированных предписаний, и отдельные действия в рамках акта применения нормы, поскольку каждый такой акт состоит из нескольких стадий и требует производства разнородных операций, осуществляемых поэтапно (к тому же довольно часто – разными субъектами).

Таким образом, правоприменительная деятельность может быть определена как осуществляемая на принципах целесообразности, обоснованности и справедливости поднормативная деятельность компетентных субъектов, состоящая в издании конкретизированных индивидуализированных властных предписаний (индивидуальной регламентации), а также обеспечении их издания и фактической реализации (правообеспечении).

Формы правоприменительной деятельности делятся на внутреннюю и внешнюю. Внутренняя форма – это структура деятельности, внешняя – способ ее объективации в материальном мире.

В структуре акта применения нормы права могут быть выделены две функциональные стадии. В отличие от стадий логической последовательности, выделяемых в соответствии со строением силлогизма, и функциональных стадий “ступенчатого” правоприменения, “функциональные” стадии акта применения правовой нормы выделяются в связи с необходимостью осуществлять конкретизацию сфер применения и нормирования правовой нормы в процессе ее применения. На первой стадии, которая условно может быть названа стадией формирования правовой позиции, осуществляется конкретизация сферы применения правовой нормы, на второй, завершающей стадии, соответственно, сфера ее нормирования. Традиционное название второй стадии – стадия разрешения дела – принципиальных возражений не вызывает. В таком контексте правовая позиция представляет собой обусловленное правовыми представлениями, интересом, функциональной ролью и др. специфическое виденье проблемной ситуации, воплощенное в обеспеченном доказательствами и/или аргументами субъективном выводе либо системе выводов относительно наличия (отсутствия) надлежащих оснований для вынесения определенного решения и/или содержания правовых норм, подлежащих применению (требующих разъяснения). Таким образом, на первой стадии формируется правовая позиция уполномоченного на правоприменение субъекта, т. е. происходит формирование фактической и юридической основ дела, на следующей же стадии правовая позиция реализуется во властном акте (т. н. индивидуальном акте). При этом осуществляется конкретизация сферы нормирования избранной правовой нормы, посредством чего абстрактно очерченные в диспозиции (санкции)

требования (возможности) превращаются в субъективные права, обязанности и меру ответственности конкретных субъектов.

Структура акта применения норм права и структура правоприменительной деятельности не идентичны: если первая увенчивается стадией издания конкретизированного индивидуализированного властного предписания, то последняя может включать в себя факультативные стадии фактической реализации индивидуальных предписаний и контроля за их реализацией.

Объективация правоприменительной деятельности в материальном мире осуществляется в процедурно-процессуальной знаковой форме. Процедурно-процессуальную форму как научно-правовую конструкцию образуют соответствующие режим, производства и стадии. Знаковая природа выявляет себя в устной/письменной опосредованности правоприменительной деятельности (язык – вторичная сигнальная система) и выраженности в конклюдентных (знаковых) действиях или бездействии.

RESUME

Law enforcement – is the basic, if not the only instrument of individual legal handling. Individual sub-normative regulatory of social relations and provision of the required conditions and guarantees of its implementation – are the tasks which define the content of individual legal handling and are the subject to implementation in the context of law enforcement. The essence of individual regulation – is in issuing concretized individual rules based on legal norms. Via individual regulation the energy of legal norms is directed to particular subjects, while general normative rules turn into definite subjective rights, obligations and measures. However, individual handling in addition requires the implementation of newly created subjective rights and obligations by addressees of individual handling influence and in some cases due provision of their implementation.

According to these basic functions of law enforcement should be recognized the function of individual sub-normative regulation of social relations and the function of securing the rights.

Individual regulation is implemented via concrete definition of sphere of application and control of legal norms. While the purpose of the function of securing the rights, correspondingly, consists in provision of the issue and supervening in-fact implementation of concretized and personalized authoritative orders, moving and development of procedural relations.

The full act of applying legal norm is completed with individual regulation and makes a unique “core” of law enforcement. But the term “law enforcement” is a more extended notion, the scope of which also includes the process of implementing multiple parallel-series related and interrelated acts of legal norms application, measures, dealing with control, monitoring and forced implementation of concretized orders, and separate actions under act of norm application; inasmuch as each such act consists of several stages and requires the

proceeding of heterogeneous operations performed in stages (in addition quite often performed by different subjects).

Therefore, the law enforcement can be defined as a sub-normative activity of authorized subjects, implemented on the grounds of expediency, relevance and justice, which consists in issuing concretized individualized authoritative orders (individual regulatory) and in provision of their issuing and in-fact implementation (securing the rights).

We can discriminate two forms of law enforcement: internal and external forms. Internal form is a structure of the activity, external is a way of its objectivation in the material world.

In the structure of act of legal norm application we can discriminate two functional stages. Different from stages of logical sequence, isolated according to the syllogism structure, and functional stages of "staged" law enforcement, the "functional" stages of act of legal norm application are isolated due to necessity to concretize the sphere of application and control of legal norm in the course of its application. In the first stage, which conditionally can be called the stage of legal proposition formation, we concretize the legal norm application sphere and in the second, final stage, we concretize the sphere of its norming. The traditional name of the second stage, the dispose stage, does not provoke fundamental objections. In such context, the legal position is a specific vision of a problem situation, conditioned by legal concepts, interest, functional role, etc., embodied in secured with evidences and/or arguments subjective conclusions or the system of conclusions regarding the availability (absence) of applicable grounds for making a definite decision and/or the content of legal norms to be applied (requires explanation). So, in the first stage one forms the legal proposition of a subject authorized for enforcement, i.e. takes place the formation of a de facto and de jure grounds of the case; in the next stage the legal proposition is implemented in authoritative act (i.e. individual act). At that one concretizes the sphere of norming the selected legal norm, by means of which the requirements (opportunities) abstractly defined in disposition (sanction) turn into subjective rights, obligations and liability of definite subjects.

The structure of the act of legal norm application and the structure of law enforcement are not identical: if the first one results in issuing concretized individualized authoritative order, then the latter may include optional stages of in-fact implementation of individual orders and control over their implementation.

Objectivation of law enforcement in the material world is implemented in the procedural-sign form. Procedural form, as scientific-judicial construction, is formed by corresponding regime, procedure and stages. Sign nature is brought out in spoken/written mediation of law enforcement (language is a secondary signal system) and in manifestation in implicative (sign) actions or inactivity.

ПРИМІТКИ

1. Див.: *Александров Н.Г.* Применение норм советского социалистического права: Лекция, прочитанная на юр. ф-те МГУ. – М., 1958. – 40 с.; *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом обществе. – М., 1966. – 188 с.; *Бро Ю.Н.* Проблемы применения советского права. – Иркутск, 1980. – 85 с.; *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М., 1972. – 256 с.; *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского управления. – Киев-Одесса, 1976. – 128 с.; *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права. – Свердловск, 1973. – 248 с.; *Лазарев В.В.* Применение советского права. – Казань, 1972. – 200 с.; *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. – М., 1960. – 512 с.; *Рабинович П.М.* Упрочение законности – закономерность социализма (Вопросы теории и методологии исследования). – Львов, 1975. – 260 с.; *Черданцев А.Ф.* Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права. Сб. уч. труд. – Вып. 30. – Свердловск, 1974. – С. 15 – 37; *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность органов управления. – М., 1979. – 136 с. тощо.

2. Див.: *Фарбер И.Е.* О применении норм советского социалистического права // Советское государство и право. – 1954. – № 4. – С. 15 – 26; *Галанза П.Н.* О применении советских правовых норм (К обсуждению вопроса о применении норм советского права) // Советское государство и право. – 1954. – № 6. – С. 94 – 97; *Хангалов М.П.* О применении советских правовых норм // Советское государство и право. – 1955. – № 1. – С. 97 – 99; *Даниелян А.М.* Формы применения советского права // Советское государство и право. – 1955. – № 1. – С. 99 – 101; К итогам дискуссии о применении норм советского права. Редакционная статья // Советское государство и право. – 1955. – № 3. – С. 44 – 53.

3. Див., напр.: *Алексеев С.С., Дюрягин И.Я.* Функции применения права // Правоведение. – 1972. – № 2. – С. 25 – 33; *Горшенев В.М., Дюрягин И.Я.* Правоприменительная деятельность // Советское государство и право. – 1972. – № 5. – С. 21 – 28, та ін.

4. *Кун Т.* Структура научных революций. – М., 2002. – С. 34 – 35.

5. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави: Навч. посібн. – Вид. 5-те, зі змін. – К., 2001. – С. 132.

6. У термінології Т. Куна; див.: *Кун Т.* Структура научных революций. – С. 34 – 62.

7. Див.: *Кондаков Н.И.* Логический словарь. – М., 1970. – С. 354; *Горский Д.П.* О видах определений и их значении в науке // Проблемы логики научного познания: Сб. науч. труд. – М., 1964. – С. 310 – 311; Эффективность правовых норм / Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. – М., 1980. – С. 157.

8. Див., напр..: *Трубников Н.Н.* О категориях “цель”, “средство”, “результат”. – М., 1967. – С. 91; *Спиркин А.Г.* Происхождение категории цели // Происхождение сознания. – М., 1960. – С. 451; *Карташов В.Н.*

Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. – Саратов, 1989. – С. 67.

9. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 29, 31.

10. Там само. – С. 27.

11. *Козлов А.С.* О концептуальности теории доказательств в юрисдикции // Актуальные проблемы теории юридических доказательств: Сб. науч. тр. – Иркутск, 1984. – С. 4.

12. *Аверин А.В.* Судебная достоверность (Постановка проблемы). – Владимир, 2004. – С. 77; *Аверин А.В.* Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) // Право. Судебное правоприменение. Судья / Сост. А.В. Аверин. – Саратов, 2005. – С. 169.

13. Теория юридического процесса / Под общ. ред. проф. В.М. Горшенева. – Харьков, 1985. – С. 68.

14. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву: поиски и решения. – М., 2001. – С. 320, 323.

15. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 19.

16. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 21.

17. *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. – М., 1984. – С. 69.

18. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву... – С. 323.

19. *Горский Д.П.* О видах определений... – С. 331.

20. Див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 2: Д-Й. – К., 1999. – С. 528.

21. *Ушаков А.А., Реутов В.П.* Социально-управленческая природа применения права // Применение советского права: Сб. уч. труд. – Вып. 30. – Свердловск, 1974. – С. 8 – 9.

22. Там само. – С. 8 – 9.

23. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – С. 166.

24. Див., напр.: *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – С. 181; *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права: Курс лекций. – Вып. IV: Применение права. Наука права. – Свердловск, 1966. – С. 16.

25. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 32.

26. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 21, 22.

27. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 31.

28. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 39.

29. Там само. – С. 39, 37.

30. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 21.

31. *Рабинович П.М.* Законность и целесообразность в применении юридических норм // Применение советского права: Сб. уч. труд. – Вып. 30. – Свердловск, 1974. – С. 45.

32. Щодо дискреційних норм див.: *Курылев С.В.* Основы теории доказывания в советском правосудии. – Минск, 1969. – С. 65 – 67.

33. *Рабинович П.М.* Законность и целесообразность... – С. 45 – 46.

34. *Циппеліус Р.* Юридична методологія. – К., 2004. – С. 20.

35. *Сморчков А.И.* Правоприменительное решение // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды: Сб. науч. тр. – Ярославль, 1989. – С. 90.

36. *Аверин А.В.* Судебная достоверность... – С. 82.

37. Проблема справедливості в юридичній діяльності здавна є предметом уваги західних учених, у радянській юридичній науці ж її не сприймали за гідну розгляду, оскільки радянські закони *a priori* вважалися уособленням класової справедливості, а соціалістична правосвідомість суддів та управлінців виступала запорукою їх справедливого (у класовому ж розумінні) застосування (див., напр.: *Тархов В.А.* Справедливость и законность // Правоведение. – 1987. – № 2. – С. 68 – 69). Лише останнім часом проблема справедливості в правотворчій і правозастосовчій діяльності привернула й увагу вітчизняних юристів і жваво обговорюється під час наукових конференцій, семінарів і на шпальтах юридичних видань (див.: Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС: Матеріали міжнар. семін. // Український правовий часопис. – 2004. – № 6 (11). – С. 8, 15, 20 – 21, 68, 78; *Марущак Н.* Справедливість у кримінальному судочинстві // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С. 174 – 177; Тарасишина О. Справедливость в судебной деятельности // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 9. – С. 152 – 153 та ін.).

38. Кожному – своє, згідно з добром і справедливістю (лат.).

39. *Аверин А.В.* Судебная достоверность... – С. 82.

40. *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий. – Вып. 1. – М., 1996. – Ч. 2. – С. 264 – 265.

41. Цит. за: *Курылев С.В.* Основы теории доказывания… – С. 5 – 6.

42. *Глинська Н.В.* Обґрунтування рішень у кримінальному процесі. Автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд.. юрид. наук. – Харків, 2003. – С. 12, 15; *Зеленецкий В.С., Глинская Н.В.* Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. – Харьков, 2006. – С. 76, 227, 231 – 244.

43. *Аверин А.В.* Судебная достоверность... – С. 79.

44. Вживання в даному контексті запровадженого в науковий обіг В. Горшеньовим і С. Алексєєвим поняття *засад піднормативності* видається мені більш доречним, ніж використання поняття *засад законності*, оскільки підкреслює верховенство права (норми) над буквою закону.

45. Эффективность правовых норм. – С. 81.

46. Див., напр.: *Павлишин О.* Правозастосування як об’єкт філософсько-правових досліджень // Право України. – 2004. – № 8. – С. 21 – 24.

47. З приводу цього див.: *Горский Д.П.* О видах определений... – С. 301 – 304.

48. Там само. – С. 311.

49. *Пирс Ч.С.* Начала прагматизма: В 2 т. – СПб., 2000. – Т. II: Логические основания теории знаков. Grammatica speculativa. – С. 118 – 119.

50. *Еко У.* Роль читача. Дослідження з семіотики текстів. – Львів, 2004. – С. 269.

51. *Гаращук В.М.* Контроль та нагляд у державному управлінні. – Харків, 2002. – С. 54.

52. Адміністративне право України. Академічний курс: У 2 т. / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К., 2004. – Том 1: Загальна частина. – С. 261.

53. Зокрема, методолог В. Нікітаєв зазначає, що традиційне поняття функції передбачає існування певного цілого, у рамках якого характерні способи діяльності й визначаються як функції. Див.: *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 302. Щодо цього див. також: *Ушаков А.А., Реутов В.П.* Социально-управленческая природа... – С. 11.

54. *Русинов Р.К.* Механизм правового регулирования // Теория государства и права: Учебн. для вузов / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М., 2000. – С. 278.

55. Процессуальные нормы и отношения в советском праве (в "непроцессуальных" отраслях) / Под ред. И.А. Галагана. – Воронеж, 1985. – С. 32 – 33.

56. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования... – С. 171.

57. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 365.

58. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность… – С. 78.

59. Узявши за основу концепцію С. Алексєєва, В. Юсупов додав до двох визначених проф. Алексєєвим функцій третю – функцію реалізації галузевих принципів (див.: *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 17 – 18). Натомість В. Венгеров модифікував концепцію В. Горшеньова, дещо змінивши назву однієї з функцій (див.: *Венгеров В.А.* Теория государства и права: Учебн. для юрид. вузов. – 3-е изд. – М., 1999. – С. 432).

60. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – С. 167 – 169.

61. *Алексеев С.С.* Общая теория... – С. 10.

62. *Ушаков А.А., Реутов В.П.* Социально-управленческая природа... – С. 13.

63. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – М., 1972. – С. 168.

64. Приміром, В. Реутов й О. Ушаков вважають нелогічним говорити про покладання обов'язків у процесі реалізації функції *право*-надання, на думку В. Лазарева, правонадання здійснюється через правотворчість, а В. Юсупов зауважує, що правонадання й правоохорона мають розглядатися, як субфункції в рамках функції правозабезпечення.

65. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – С. 167; *Алексеев С.С.* Общая теория... – С. 10; *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования... – С. 158.

66. *Алексеев С.С., Дюрягин И.Я.* Функции применения... – С. 27.

67. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы... – С. 182, 170.

68. Стосовно поняття “фактографічна діяльність загального призначення” див.: *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. – М., 1984. – С. 103.

69. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность... – С.137 – 138.

70. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 17 – 18.

71. *Исаков В.Б.* Юридические факты... – С. 69.

72. *Самигуллин В.К.* Конкретизация права и локальное нормативное регулирование // Применение советского права: Сб. уч. труд. – Свердловск, 1974. – Вып. 30. – С. 119 – 121.

73. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 23 – 24.

74. *Шмелева Г.Г.* Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. – Львов, 1988. – С. 75, 85 – 86.

75. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность... – С. 138.

76. *Рабинович П.М., Шмелева Г.Г.* Конкретизация правовых норм (общетеоретические проблемы) // Правоведение. – 1973. – № 6. – С. 32.

77. *Гредескулъ Н.А.* Къ ученію объ осуществленіи права. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права. Соціально-юридическое изслдованіе. – Харьковъ, 1900. – С. 88.

78. Там само. – С. 89.

79. “Слід враховувати те, що між регулятивними й охоронними нормами відбувся своєрідний розподіл елементів, – пише С. Алексєєв у розділі “азбучних істин” однієї зі своїх робіт. – У структурі регулятивних норм зазвичай реально наявні гіпотеза (визначення умов застосування) й диспозиція (визначення прав і обов’язків); натомість охоронні норми мають у своєму складі гіпотезу, що її дехто вважає диспозицією (визначення правопорушення) та санкцію (визначення заходів державно-владного впливу)” (див.: *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия… – С. 66). “Реальна правова норма є або регулятивною, або охоронною, і складається з двох елементів, – вторить йому Є. Мотовіловкер. – Те, що зазвичай називають санкцією, є диспозицією охоронної норми, яка призначена забезпечувати реалізацію норми регулятивної і має стосовно неї допоміжний характер” (див.: *Мотовиловкер Е.Я.* Теория регулятивного и охранительного права. – Воронеж, 1990. – С. 73, 124).

80. Див.: *Черданцев А.Ф.* Правовое регулирование... – С. 19.

81. *Исаков В.Б.* Юридические факты... – С. 70 – 71. Аналогічною є й позиція М. Гурвича (див.: *Гурвич М.А.* Судебное решение. Теоретические проблемы. – М., 1976. – С. 100 – 101).

82. *Черданцев А.Ф.* Правовое регулирование... – С. 35.

83. *Рабинович П.М., Шмелева Г.Г.* Конкретизация правовых норм... – С. 37. Див. також: *Шмелева Г.Г.* Конкретизация юридических норм... – С. 65 – 66.

84. Традиційна схема дії триелементної норми (якщо... то... інакше...) наочно демонструє це, оскільки протиставний сполучник “інакше” неявно визначає сферу застосування охоронної частини норми (якщо... і не... то...).

85. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву... – М., 2001. – С. 260, 256.

86. *Исаков В.Б.* Юридические факты... – С. 107.

87. *Черданцев А.Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. – Екатеринбург, 1993. – С. 81.

88. *Исаков В.Б.* Юридические факты... – С. 82.

89. *Черданцев А.Ф.* Правовое регулирование... – С. 19 – 20.

90. *Рабинович П.М.* Упрочение законности... – Львов, 1975. – С. 224 – 225, 228.

91. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М., 2004. – С. 175 – 176.

92. *Лукич Р.* Методология права. – М., 1981. – С. 287.

93. Философский энциклопедический словарь. – М., 2000. – С. 441.

94. *Жеребкін В.Є.* Логіка: Підруч. для юрид. вузів і фак. – Харків, 1995. – С. 36.

95. Там само. – С. 37.

96. *Черданцев А.Ф.* Правовое регулирование... – С. 19. Див. також: *Трутень В.* Трансцендентальна логіка загальної частини приватного права // Український правовий часопис. – 2004. – № 7 (12). – С. 25.

97. *Циппеліус Р.* Юридична методологія. – С. 142.

98. Там само. – С. 143.

99. Див. прим. 106.

100. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 108.

101. Детальніше про це див.: *Лазарев В.В.* Сфера и пределы правового регулирования // Советское государство и право. – 1970. – № 11. – С. 38 – 44.

102. *Лазарев В.В.* Понятие и разновидности нетипичных ситуаций правоприменительного процесса // Применение советского права: Сб. уч. труд. – Вып. 30. – Свердловск, 1974. – С. 59.

103. *Жеребкін В.Є.* Логіка... – С. 198.

104. *Гурвич М.А.* Судебное решение... – С. 112 – 113.

105. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 137.

106. *Гурвич М.А.* Судебное решение... – С. 114, 113.

107. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву... – С. 299 – 300, 298.

108. *Гурвич М.А.* Судебное решение... – С. 113.

109. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 111 – 112.

110. *Аверин А.В.* Судебное правоприменение... – С. 170.

111. Див., напр.: *Реутов В.П.* Формы воздействия юридической практики на развитие законодательства // Ученые записки Пермского ун-та. – 1970. – № 238. – С. 184, 196.

112. На це звертає увагу Г. Шмельова: “Відсутність необхідної правової норми, що регламентує відповідні суспільні відносини (прогалина в праві), означає відсутність об’єкта конкретизації. Хоча б через це застосування права за аналогією не може вважатися конкретизацією” (див.: *Шмелева Г.Г.* Конкретизация юридических норм... – С. 72).

113. Перша править за своєрідну “сферу застосування”, друга – за “сферу нормування”.

114. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 43 – 44.

115. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 17.

116. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования... – С. 158.

117. Там само. – С. 158 – 159.

118. *Михаляк Я. С.* Применение социалистического права в период развернутого строительства коммунизма. – М., 1963. – С. 42.

119. *Недбайло П.Е.* Применение... – С. 137.

120. *Горшенев В.М., Дюрягин И.Я.* Правоприменительная деятельность. – С. 24.

121. *Недбайло П.Е.* Применение... – С. 137.

122. Більшістю вчених, які досліджують природу юридичної відповідальності, визнається те, що самостійно громадянами можуть реалізовуватися лише штрафні санкції (шляхом добровільної сплати штрафу) та договірні санкції. Інші види юридичної відповідальності потребують примусової реалізації.

123. Див., напр.: *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права... – С. 149; Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – С. 694 – 695.

124. Діяльність суб'єктів правозастосування між іншим пов'язують зі сприянням у реалізації фізичними та юридичними особами своїх суб'єктивних прав (див., напр.: *Лазарев В.В.* Применение... – С. 33; *Аверин А.В.* Судебное правоприменение... – С. 171).

125. У Великому тлумачному словнику сучасної української мови зміст слова "сприяти" між іншим визначається, як "створювати відповідні умови для здійснення, виконання і т. ін. чого-небудь", так само, як і слова "забезпечувати", але слово "сприяти" зазвичай асоціюється з наданням допомоги, що не вельми доречно в даному контекстові (див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К., Ірпінь, 2001. – С. 281, 1181).

126. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования... – С. 168 – 169.

127. *Алексеев С.С.* Общая теория... – С. 10.

128. Про це йшлося раніше, у контексті порівняння класифікацій В. Горшеньова й С. Алексєєва.

129. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования... – С. 168 – 169.

130. Ідея визнання встановлення істини щодо обставин справи функцією правозастосовчої діяльності належить В. Горшеньову, про що вже йшлося раніше.

131. *Мурадьян Э.М.* Истина как проблема судебного права. – М., 2002. – С. 287.

132. *Эйсман А.А.* Соотношение истины и достоверности в уголовном процессе // Советское государство и право. – 1966. – № 6. – С. 93.

133. *Строгович М.С.* Избранные труды: В 3 т. – М., 1991. – Т. III: Теория судебных доказательств. – С. 27, 31.

134. *Эйсман А.А.* Некоторые вопросы оценки как количественной характеристики достоверности доказательств // Вопросы кибернетики и право. – М., 1967. – С. 178.

135. *Эйсман А.А.* Соотношение истины и достоверности... – С. 93.

136. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – Тула, 2000. – С. 40.

137. *Старченко А.А.* Логика в судебном исследовании. – М., 1958. – С. 165.

138. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе. Научно-практическое пособие. – М., 2000. – С. 92 – 93.

139. *Старченко А.А.* Логика в судебном исследовании. – М., 1958. – С. 71.

140. *Эйсман А.А.* Некоторые вопросы оценки... – С. 167.

141. Там само. – С. 168.

142. Там само. – С. 168.

143. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств... – С. 90.

144. *Эйсман А.А.* Соотношение истины и достоверности... – С. 95.

145. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств... – С. 82.

146. Там само. – С. 95.

147. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 47.

148. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств... – С. 94.

149. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 77.

150. *Грошевой Ю.М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. – Харьков, 1975. – С. 89 – 90.

151. Стосовно психологічної установки див. третю лекцію.

152. Цит. за: *Голунский С.А.* Об оценке доказательств в советском уголовном процессе // Советское государство и право. – 1955. – № 7. – С. 77.

153. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств... – С. 94.

154. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 78.

155. Там само. – С. 36.

156. *Эйсман А.А.* Соотношение истины и достоверности... – С. 94.

157. *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств... – С. 91.

158. *Эйсман А.А.* Соотношение истины и достоверности... – С. 94. Відповідно до одного з висновків методологічного семінару, який відбувся у 1964 р. в Інституті математики ім. Стеклова за участю науковців Всесоюзного інституту з вивчення причин і розробки заходів попередження злочинності, терміном “достовірність” в юриспруденції позначається максимально досяжна в соціальній практиці ймовірність (див.: Отчет о методологическом семинаре юристов и математиков // Советское государство и право. – 1964. – № 12. – С. 116).

159. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка: 70 000 слов. / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – 23 изд., испр. – М., 1991. – С. 78.

160. *Фромм Э.* Бегство от свободы; Человек для себя. – Минск, 1998. – С. 619 – 620.

161. *Waltoś S.* Proces karny. Zarys systemu. – Warszawa: PWN, 1998. – S. 214.

162. *Мурадьян Э.М.* Истина как проблема... – С. 70.

163. Там само. – С. 81.

164. *Трубников Н.Н.* О категориях “цель”, “средство”, “результат”. – С. 43.

165. Як зазначають Р. Акофф і Ф. Емері, “ідеал – це результат, якого ніколи не можна одержати, але до якого можна необмежено наблизитися” (див.: *Акофф Р., Емери Ф.* О целеустремленных системах. – М., 1974. – С. 66). “Ідея істини абсолютна, але ніхто не може претендувати на абсолютну істину, – писав К. Поппер. – Ми – шукачі істини, які не здатні стати її власниками” (див.: *Поппер К.Р.* Объективное знание. Эволюционный подход. – М., 2002. – С. 54).

166. *Пашин С.А.* Доказательства в уголовном процессе. Проблемная лекция (20.04.1999, г. Москва) // www.terralegis.org/terra/lek/lek_4.

167. *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 301.

168. *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – К., 2004. – С. 79 – 80.

169. *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 280 – 281.

170. *Фестингер Л.* Теория когнитивного диссонанса. – СПб., 2000. – С. 36.

171. Первинне значення слова “факт” – “вироблене”, “створене” (див.: *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 6; *Никитаев В.В.* Деятельностный подход к содержанию высшего образования // Высшее образование в России. – 1997. – № 1. – С. 35 – 36).

172. *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М., 2000. – С. 181.

173. Там само. – С. 182.

174. Там само. – С. 183.

175. Там само. – С. 175 – 176.

176. *Александров Н.Г.* Применение... – С. 9; *Ткаченко Ю.Г.* Нормы социалистического права и их применение. – М., 1955. – С. 27.

177. *Недбайло П.Е.* Применение... – С. 164.

178. *Михаляк Я.С.* Применение... – С. 24, 42.

179. Див.: *Авдюков М.Г.* Принципы законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970. – С. 87 – 88; *Гурвич М.А.* Судебное решение... – С. 93; *Лупинская П.А.* Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. – М., 1976. – С. 19; *Недбайло П.Е.* Применение... – С. 222 – 223; *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – Ставрополь, 2002. – С. 62 – 64.

180. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 39; *Бро Ю.Н.* Проблемы применения... – С. 20.

181. *Бро Ю.Н.* Проблемы применения... – С. 20 – 21.

182. *Горшенев В.М., Дюрягин И.Я.* Правоприменительная деятельность. – С. 23.

183. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 50.

184. Див. також: *Бенедик И.В.* Стадии в юридическом процессе: общетеоретические исследования. Автореф. дисс… канд. юр. наук. – Харьков, 1986. – С. 16 – 23; *Лобойко Л.М.* Стадії кримінального процессу:

Навч. посібн. – К., 2005. – С. 15 – 25; *Лобойко Л.М.* Співвідношення стадій логічної та функціональної послідовності в кримінальному процессі // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 2. – С. 78 – 86.

185. Юридическая процессуальная форма: теория и практика / Под ред. П.Е. Недбайло и В.М. Горшенева – М., 1976. – С. 18 – 21.

186. *Алексеев С.С.* Общая теория... – С. 16.

187. С. Алексєєв, зокрема, писав: "Потрібно додатково наголосити на єдності фактичної й юридичної сторін (основ. – *Авт.*) правозастосовчої діяльності. Для того, щоб обрати й проаналізувати норму права, потрібно спиратися на певні факти. А коло цих фактів може бути правильно визначене лише тоді, коли вже відомо, що ці факти мають юридичне значення, тобто вже обрана відповідна норма. На практиці застосування права становить собою процес одночасного звернення до фактів і юридичних норм, коли на основі аналізу норм виникає потреба більш глибоко дослідити фактичні обставини, натомість аналіз фактичних обставин змушує знову звертатись до норм і так далі..." (див.: *Алексеев С.С.* Общая теория... – С. 24. Див., також: *Бро Ю.Н.* Проблемы применения... – С. 22 – 23; *Гурвич М.А.* Судебное решение.. – С. 93; *Лазарев В.В.* Применение... – С. 38 – 39; *Лупинская П.А.* Решения в уголовном судопроизводстве… – С. 21).

188. Теория юридического процесса. – С. 131.

189. *Бенедик И.В.* Стадии в юридическом процессе... – С. 14.

190. Див., напр.: *Александров А.С.* Введение в судебную лингвистику. – Нижний Новгород, 2003. – С. 176, 178; *Котюк В.О.* Теорія права: Навч. посібн. для юрид. фак. вузів. – К., 1996. – С. 150; *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 14 – 19.

191. *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 286.

192. *Гурвич М.А.* Судебное решение... – С. 93.

193. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 82 – 84. Стосовно установок, що реалізуються в контексті юридичної діяльності див. також: *Щербакова Н.В.* Установки юридической деятельности // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды: Сб. науч. тр. – Ярославль, 1989. – С. 77 – 86.

194. *Узнадзе Д.Н.* Психология установки. – СПб., 2001. – С. 25.

195. *Флек Л.* Возникновение и развитие научного факта: Введение в теорию стиля мышления и мыслительного коллектива. – М., 1999. – 220 с.

196. *Кун Т.* Структура научных революций. – С. 42, 82.

197. *Фейерабенд П.* Избранные труды по методологии науки. – М., 1986. – С. 149, 211 – 212.

198. *Поппер К.Р.* Объективное знание... – С. 76 – 77.

199. *Кравчук А.А.* Структура й особливості наукового факту // Дні науки. – 1997. – Ч. 2. – К., 1997. – С. 86 – 87.

200. *Никифоров А.Л.* Философия науки: история и методология. – М., 1998. – С. 162 – 163.

201. *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 52.

202. “Питання є базовим елементом організаційного плану, – пише В. Нікітаєв, – своєрідною рамкою, що обмежує розуміння й наступні операції. У зв’язку з цим слід відзначити фундаментальне значення питань для пізнання. Усе, що ми знаємо, і все, що в принципі спроможні взнати, залежить від того, які питання ми здатні поставити” (див.: *Никитаев В.В.* Деятельностный подход... – С. 36).

203. Там само. – С. 37.

204. Див.: *Вольский Н.Н.* Лингвистическая антропология. – Новосибирск, 2004. – С. 87 – 89.

205. *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 52 – 54.

206. Див.: Событие и смысл (синергетический опыт языка). – М., 1999. – С. 46.

207. *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 123.

208. *Грошевой Ю.М.* Проблемы формирования судейского убеждения... – С. 29.

209. *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 300.

210. *Бохан В.Ф.* Формирование убеждений суда. – Минск, 1973. – С. 93.

211. *Коновалова В.Е.* Версия: концепция и функции в судопроизводстве. – Харьков, 2000. – С. 82 – 83.

212. *Грошевой Ю.М.* Проблемы формирования судейского убеждения. – С. 37.

213. Там само. – С. 28.

214. Цит. за: *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации... – С. 266.

215. Див.: *Фестингер Л.* Теория когнитивного диссонанса. – С. 36, 51 – 52; *Узнадзе Д.Н.* Психология установки. – С. 187 – 189.

216. Див., напр..: Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997-2003 р.). – К., 2003. – 336 с.; (наклад – 4 000 прим.).

217. Конституционный судебный процесс / Отв. ред. М.С. Саликов. – М., 2003. – С. 176 – 177.

218. Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения / Отв. ред. Л.А. Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шугрина. – М., 2001. – С. 230.

219. Там само. – С. 232.

220. *Бохан В.Ф.* Формирование убеждений суда. – С. 92.

221. *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального... – С. 99 – 100.

222. Див.: *Бочаров Д.О.* Правова позиція як проблема теорії права // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції. – Львів, 2005. – С. 36 – 38.

223. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 44.

224. *Лукьянова Е.Г.* Теория процессуального права. – М., 2003. – С. 99.

225. Юридическая процессуальная форма... – С. 8 – 9.

226. Теория юридического процесса. – С. 71.

227. Зокрема, ця пропозиція здобула визнання численного колективу авторів монографії, присвяченої проблемам процесуальних регламентації й відносин у “непроцесуальних” галузях (див.: Процессуальные нормы и отношения… – С. 59. Див. також: *Олейников С.Н.* Общетеоретические проблемы юридической процессуальной формы. Автореф. дисс… канд. юр. наук. – Харьков, 1986. – С. 2 – 3, 13 – 14).

228. Через ліміт обсягу (а за усного відтворення матеріалу – часу) я не наводжу тут змалювання перебігу цієї дискусії, повноцінно відбитої в інших працях з відповідної проблематики (див., напр..: *Максютин М.В.* Теория юрисдикционного процесса. – М., 2004. – С. 27 – 35).

229. Термін “матеріальна процедура” був запропонований В. Протасовим на противагу “процесуальній процедурі” або “процесові”. Слід зазначити, що ця термінологічна новела вже зазнала цілком виправданої критики (див., напр.: *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – Тольятти, 2001. – С. 53, 63).

230. Згодом С. Алексєєв змінив своє ставлення до цієї концепції на протилежне.

231. *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – С. 60 – 61.

232. *Рабинович П.М.* Упрочение законности… – С. 251, 247.

233. *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. – М., 1991. – С. 141.

234. У термінології В. Протасова.

235. Це визнають, зокрема, В. Баландін, С. Олейников, А. Павлушина, І. Панова та ін.

236. *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – С. 57.

237. Попри всю дискусійність означеної проблеми “наукова об’єктивність вимагає зауважити, що в теорії права давно вже окреслилось смислове розрізнення цих термінів, більш того – проглядаються смислові нюанси вживання кожного з них окремо” (див.: *Марчук В., Ніколаєва Л.* Процедури правової діяльності: поняття та класифікація // Вісник прокуратури. – 2003. – № 12 (30). – С. 88 – 89).

238. *Тарасова В.А.* Процедурная форма деятельности органов социального обеспечения // Советское государство и право. – 1973. – № 11. – С. 112.

239. Деякі автори вважають, що зазначену функцію виконує й процесуальна форма (див., напр.: Процессуальные нормы и отношения... – С. 60 – 61).

240. Див., напр.: *Лукьянова Е.Г.* Теория процессуального права. – С. 82, 84, 102; *Максютин М.В.* Теория юрисдикционного процесса. – С. 35 – 36. Поняття юрисдикції використовується тут в його вузькому значенні, як коло повноважень з розв’язання правових спорів і притягнення до юридичної відповідальності, та відповідна діяльність (див.: *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – С. 65).

241. *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. – С. 31.

242. Цит. за: *Шпилев В.Н.* Содержание и формы уголовного судопроизводства. – Минск, 1974. – С. 102.

243. *Олейников С.Н.* Общетеоретические проблемы… – С. 14.

244. Див., напр..: *Оніщенко Н.* Юридичний процес як форма правової діяльності // Право України. – 2002. – № 7. – С. 9; *Максютин М.В.* Теория юрисдикционного процесса. – С. 36.

245. *Олейников С.Н.* Общетеоретические проблемы... – С. 17 – 21.

246. Див., напр..: Юридическая процессуальная форма… – С. 16.

247. Теория юридического процесса. – С. 152.

248. *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – С. 51.

249. Юридическая процессуальная форма… – С. 21 – 25; Теория юридического процесса. – С. 85.

250. Юридическая процессуальная форма… – С. 23.

251. *Олейников С.Н.* Общетеоретические проблемы... – С. 23; Теория юридического процесса. – С. 108 – 109.

252. *Протасов В.Н.* Юридическая процедура. – М., 1991. – С. 3.

253. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 46 – 47, 51.

254. *Рабинович П.М.* Упрочение законности... – С. 255 – 257.

255. *Марчук В., Ніколаєва Л.* Процедури правової діяльності... – С. 89 – 90.

256. *Протасов В.Н.* Юридическая процедура. – С. 23.

257. *Додин Е.В.* Доказывание и доказательства... – С. 52. Див. також: *Рабинович П.М.* Упрочение законности... – С. 257.

258. *Протасов В.Н.* Юридическая процедура. – С. 28, 30.

259. *Марчук В., Ніколаєва Л.* Процедури правової діяльності... – С. 90.

260. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 126.

261. *Марчук В., Ніколаєва Л.* Процедури правової діяльності... – С. 90.

262. Там само. – С. 90.

263. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 117.

264. *Дюрягин И.Я.* Применение... – С. 153-155.

265. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 85 – 86.

266. *Баландин В.Н., Павлушина А.А.* Принципы юридического процесса. – С. 90, 108 – 109.

267. *Лазарев В.В.* Применение... – С. 64.

268. *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность... – С. 117.

269. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность... – С. 77.

270. *Черданцев А.Ф.* Логико-языковые феномены в праве... – С. 7 – 9.

271. Там само. – С. 9.

272. *Александров А.С.* Язык уголовного судопроизводства. – Нижний Новгород, 2001. – С. 15.

273. Там само. – С. 15.

274. За моєю інформацією, вислів “не ми послуговуємося мовою – мова промовляє нами” приписують Р. Барту; в подальшому цей вислів став “загальним місцем” для постструктуралістів. Проте мені вдалося віднайти

його в Г.Ґ. Ґадамера (див.: *Ґадамер Г.Ґ.* Істина і метод. Основи філософської герменевтики. – К., 2000. – Т. І. – С. 428).

275. *Эко У.* Отсутствующая структура. Введение в семиологию. – СПб., 2004. – С. 491.

276. Остенсивне визначення – це визначення шляхом прямого вказування на визначуване (щодо цього типу визначень див.: *Рассел Б.* Человеческое познание: его сфера и границы. – М., 2000. – С. 69 – 76; *Горский Д.П.* О видах определений... – С. 304 – 305; *Горский Д.П.* Определение. – М., 1974. – С. 83 – 84).

277. Інтерпретація правозастосовчої діяльності здійснюється тут у рамках теорії, понятійного апарату й термінології, вироблених Ч. Пірсом і його послідовниками (див.: *Пирс Ч.С.* Избранные философские произведения. – М, 2000; *Пирс Ч.С.* Логические основания теории знаков. Grammatica speculativa. – СПб., 2000; *Эко У.* Отсутствующая структура. Введение в семиологию. – СПб., 2004; *Моррис Ч.У.* Основания теории знаков // Семиотика: Антология / Сост. Ю.С. Степанов. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М., 2001. та ін.). Розгляд означених аспектів правозастосовчої діяльності не входить до завдань традиційного правознавства, тому я маю намір присвятити цьому в подальшому окрему розвідку.

278. Див.: *Бочаров Д.О.* Природа юридичних доказів: спроба діалектичного осмислення // Актуальні питання реформування правової системи України. Збірник наук. статей за матер. ІІ міжвуз. наук.-практ. конфер. 27 – 28 травня 2005 р. – Луцьк, 2005. – Ч. І. – С. 14 – 19.

Навчальне видання

Дмитро Бочаров

ПРАВОЗАСТОСОВЧА ДІЯЛЬНІСТЬ: ПОНЯТТЯ, ФУНКЦІЇ ТА ФОРМИ

ПРОБЛЕМНІ ЛЕКЦІЇ

Редактори: Дерев'янко Т.П., Алексєєва Т.А., Масюк Н.Г., Гончаренко О.В.

Підписано до друку 01.11.2006. Формат 60×84 1/16. Папір офсетний.
Ум. друк. арк. 4,56. Облік.-вид. арк. 4,06. Тираж 100 прим.
Замовлення № 724
Дніпропетровськ: Академія митної служби України (свідоцтво про видавничу діяльність ДК №10 від 24.02.2000 р.)
49044, м. Дніпропетровськ, вул. Рогальова, 8.