

Література

1. Байтип М. И. Сущность права. — Саратов, 2001. — 214 с.
2. Власов В. И., Власова Г. Б. История политических и правовых учений. — Ростов н/Д, 2002. — 214 с.
3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1996. — 542 с.
4. Кельзен Г. Чисте правознавство. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.
5. Кистяковский А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // Антологія української історико-правової думки. — К., 2002. — Т. 1. — С. 11–34.
6. Кузнецов В. Розуміння права: методи та моделі філософії права // Філософська думка. — 2004. — № 1. — С. 120–136.
7. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. — М., 2002. — 294 с.
8. Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. — М., 1999. — 218 с.
9. Мальцев Г. В. Пять лекций о происхождении и ранних формах государства и права. — М., 2000. — 364 с.
10. Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. — 2003. — № 4. — С. 13–21.
11. Мозолиш В. П. Система российского права // Труды МГЮА. — 2002. — № 9. — С. 311–324.
12. Мурашова С. А. Проблемные аспекты современного правовопонимания // История государства и права. — 2003. — № 6. — С. 11–12.
13. Персеянец В. С. Общая теория права и государства. — М., 1999. — 712 с.
14. Поляков А. В. В поисках интегрального типа правовопонимания // История государства и права. — 2003. — № 6. — С. 7–8.
15. Ромащов Р. А. Совместимы ли позитивистский и социологический типы правовопонимания? // История государства и права. — 2003. — № 6. — С. 14–15.
16. Уолкер Дж. Обзор английского права. — М., 2004. — 522 с.
17. Харт Х. Л. А. Концепція права. — К., 1998. — 476 с.
18. Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 3–13.
19. Четсов И. Л. Проблемы типологии правовопонимания // История государства и права. — 2003. — № 6. — С. 8–9.
20. Четвершин В. А. Полятия государства и права. — М., 1997. — 328 с.

УДК 347.97/99(477).001.73

О. М. Пасенюк

ПРАВОВА ТЕОРІЯ ПОСТМОДЕРНУ ЯК МЕТОДОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД ДО РЕФОРМУВАННЯ ВІТЧИЗНЯНОГО СУДІВНИЦТВА

Із кінця ХІХ століття і практично до недавнього часу основним підходом до визначення сутності права, його інститутів та правової діяльності вважався позитивізм. На цей момент право переживає перехідний період, тому юридична наука має запропонувати нові теоретичні засади аналізу сучасних реалій. Свої пропозиції з цієї проблеми надала теорія постмодерного права.

Ця філософсько-правова школа базується на особливих підходах до визначення понять «система», «правова норма», «суб'єкт» тощо. Перш за все, необхідно підкреслити, що прихильники названої школи заперечують позитивістську єдність права як системи правових норм. Ця позиція ґрунтується на

твердженні про те, що ієрархічно упорядковані правила поведінки, запроваджені спеціально уповноваженим суб'єктом нормотворення, не здатні врахувати особливості конкретної життєвої ситуації. Тому замість традиційного уявлення про право як ієрархічну систему доктрина постмодернізму висунула вчення про «гетерархічну» («автопойетичну») систему правових норм, якій притаманні дві фундаментальні властивості — самовідтворення та безперервність. Так, самовідтворення передбачає, що у правовій системі відсутній неупереджений нормотворець і правила поведінки створюються для регулювання конкретного суспільного відношення самими ж його учасниками. «Гетерархічна» система не містить правил, які б визначали процедури наведеного способу створення норм. Природно, що єдність норм у такій системі відсутня, та й власне норм у традиційному розумінні також немає — регулятором відносин виступають події як зв'язки між діями учасників.

Правовий постмодернізм пропонує таку концепцію механізму створення правових регуляторів. Набір варіантів поведінки учасників конкретних суспільних відносин залежить від обставин, що обмежують фактичні можливості кожного такого учасника; одному з таких варіантів згадані суб'єкти права за своєю спільною згодою власне і надають правовий характер. За відсутності згоди варіант поведінки обирається судом. Таким чином, постмодерністський підхід відмовляється від законодавчих норм, у яких втілена раціональна воля неупередженого нормотворця. Натомість вважається, що серцевину правової системи становлять: дії, які мають (а інколи не мають) правові наслідки, та судова практика. При цьому закони зберігають свою основоположну роль тільки тому, що суддя в силу конкретної життєвої ситуації ґрунтує на них своє рішення.

Вищенаведені методологічні підходи можуть бути використані при реформуванні вітчизняного судівництва, у тому числі при оцінці законопроекту «Про судоустрій та статус суддів» (далі — Проект).

1. Одразу ж слід підкреслити, що зміст принципу законності (основоположної засади позитивізму) у ст. 6 Проекту викладено з урахуванням необхідності одночасного дотримання принципу верховенства права. Такий підхід підсилить відповідні конституційні приписи і прискорить розвиток у судовій практиці явищ, що відповідатимуть потребам постмодерністського світу. Зокрема, суди активніше будуть використовувати своє право (і одночасно обов'язок) на безпосереднє застосування Конституції України з метою захисту прав особи, що не закріплені у законі, або ж так само будуть за умови належного обґрунтування утримуватись від застосування несправедливого закону. Наведені можливості суду дозволять усунути парадокс, що присутній у позитивістській моделі правосуддя, коли суддя шукає істину, але не для того, щоб вирішити справу і остаточно врегулювати спір, а для того, щоб реалізувати волю законодавця у конкретній ситуації, хоча інколи така воля не може призвести до усунення спору. Таким чином, закон, що призначений для попередження та усунення спору, призводить до його ускладнення. Вихід із такої ситуації у застосуванні постмодерністського підходу: позитивне право є лише одним із чинників, що впливає на правову основу висновків суду у справі. Решта чинників, що зумов-

люють зміст судового рішення, мають природно-правову природу, і до них традиційно відносять ідеї моралі, свободи та справедливості.

Зміст моралі розкривається через такі категорії, як додержання традицій, прийнятих у суспільстві, корисність, доцільність, благодійництво, взаємодопомога. Нерідко прихильники позитивно-правової концепції права закидають, що мораль не може братись до уваги судом, оскільки не містить формального, чітко визначеного правила поведінки для відносин, з яких виник спір. Однак подібні твердження не враховують того, що джерелом моральних цінностей у конкретній ситуації є сторони спору. Кожен із учасників правової суперечки переконаний, що ваги мають переважити на користь правила, запропонованого саме ним. Суд обирає одну із запропонованих моральних цінностей за результатами вільного змагання між сторонами спору [1, 210]. При цьому суд має бути неупередженим як у питаннях організації процесу у цілому, так і у питаннях оцінки доказів. У цілому мораль може бути охарактеризована як ієрархія цінностей, які є засобом досягнення абсолютного добра (блага), тобто «досягнення найвищого щастя найбільшою кількістю людей» [2, 133]. У вітчизняній судовій практиці вже з'являються приклади, коли в основу судового рішення поряд із нормами позитивного права закладаються й норми моралі [3].

Традиційно до змісту верховенства права включають також і справедливість. Її відсутність у правових нормах дає підстави ставити під сумнів легітимність таких норм. У науці зустрічаються твердження про те, що справедливість сама по собі не може бути регулятором суспільних відносин, оскільки не містить конкретних правових цінностей, придатних для застосування до певної ситуації. На думку Лорда Ллойда, у сучасному суспільстві суть справедливості полягає у рівному ставленні до усіх осіб згідно із класифікацією, що встановлена чинними правилами [2, 135]. При цьому автор зауважує, що вона не дає жодних вказівок стосовно того, як слід класифікувати людей, як до них ставитись. Тому справедливість, на його думку, є досить абстрактною, формальною категорією, яка вимагає залучення також і інших принципів для врегулювання певної ситуації. Із наведених міркувань випливає, що формальна справедливість найповніше реалізується у правосудді, з чим, очевидно, варто погодитись. Також слід визнати і те, що як при вирішенні спору по суті, так і при вирішенні процесуальних питань суд має дати свій висновок, ґрунтуючись на цілком конкретному матеріальному чи процесуальному правилі.

Водночас можна стверджувати, що справедливість усе ж таки може мати самостійне нормативне значення. Новітнє законодавство про адміністративне судочинство закріпило немало норм оціночного характеру, які не містять чітких меж предмета свого регулювання. Суд на основі процесуального розсуду лише за результатами належних процедур може включити певні відносини до такого предмета регулювання. Очевидно, зміст оціночної норми є подвійним: писана частина, що закріплена у процесуальній нормі позитивного права, та неписана частина, яка для конкретної життєвої ситуації формалізується в ухвалі суду. Адміністративний суд застосовує формальну справедливість безпосередньо, наприклад при вирішенні питання про вжиття заходів забезпечення позо-

ву. Частина 1 статті 117 КАСУ передбачає, що такі заходи можуть вживатись за обставин, які, зокрема, охоплюються такими оціночними поняттями: «очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача», «очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень».

Вимоги принципу верховенства права впливають на обсяг предмета доказування у судовій справі. Традиційно до його складу включають обставини, ознаки яких закріплені у гіпотезі матеріальної норми позитивного права. Лише повне і всебічне з'ясування цих обставин дає можливість суду застосувати диспозицію (санкцію) норми, тобто визначити зміст та обсяг прав та обов'язків сторін спору. До предмета доказування також зазвичай включають обставини, які мають процесуально-правове значення і необхідні, наприклад, для ухвалення процесуальних рішень з питань підсудності. Однак принцип верховенства права покладає на суд обов'язок дослідити ще одну групу обставин — обставин, які характеризують: інтереси, потреби особи; її особистість; умови її життєдіяльності тощо. Тобто усі ті обставини, які за природним правом, на думку позивача та суду, мають значення для вирішення справи, а з позицій позитивного права — факти, які не мають юридичної ваги.

Принцип верховенства права є обов'язковим для застосування усіма органами влади. Починаючи з 1996 року законодавець нерідко його прямо закріплює у статусних законах про той чи інший орган виконавчої влади [4]. Таким чином може скластись ситуація, коли зміст прав особи, визначений органом виконавчої влади з урахуванням принципу верховенства, не збігатиметься із розумінням цього змісту самою особою. У такому випадку за позовом особи своє вагоме слово має сказати суд. При цьому таке слово має бути глибоко мотивованим; постанова суду повинна містити оцінку усіх обставин, які з погляду органу виконавчої влади мали природно-правову значимість. Сьогодні, навіть при застосуванні норм позитивного права, далеко не кожне судове рішення містить у мотивувальній частині доводи, на основі яких суд дійшов своїх висновків. Коли ж в одиничних випадках суд усе ж таки посилається на принцип верховенства права, то, як правило, не вказує, які саме його вимоги були застосовані.

Разом із тим зустрічаються випадки успішного застосування судами принципу верховенства права з метою обґрунтування неправового характеру норми позитивного права. У якості прикладу можна навести справу за позовом Державного підприємства «Торговий дім «Сіверщина» до Регіонального управління Департаменту з питань адміністрування акцизного збору і контролю за виробництвом та обігом підакцизних товарів Державної податкової адміністрації України у Чернігівській області про скасування рішення. Позивач просив скасувати рішення відповідача про застосування фінансових санкцій у вигляді штрафу за зберігання та реалізацію алкогольних напоїв з підробленими марками акцизного збору. Позовні вимоги були обґрунтовані тим, що при отриманні алкогольних напоїв візуальних ознак фальсифікації марок акцизного збору, якими були марковані алкогольні напої, виявлено не було. За ре-

зультатами розгляду справи суд позовну вимогу задовольнив. Його правова позиція полягала у тому, що притягнення до відповідальності позивача без наявності його вини у скоєному правопорушенні, і без можливості позивача вжити залежних від нього заходів, які не суперечать чинному законодавству, з метою уникнення скоєння правопорушення, суперечить принципам верховенства права та справедливості [5]. У якості одного із доводів суд зазначив, що відповідач не надав доказів вини позивача у скоєному правопорушенні, в тому числі, що позивач без наявності спеціальних знань, відповідного обладнання та без відокремлення марок від пляшок міг вжити залежних від нього заходів, які не суперечать чинному законодавству, для виявлення при купівлі алкогольних напоїв у постачальника факт фальсифікації марок акцизного збору, але не вжив. Таким чином, вимога справедливості дозволила суду правильно витлумачити матеріальну норму позитивного права та не допустити проти-правного її застосування до спірних правовідносин.

Одна із вимог верховенства права полягає у невичерпності переліку прав і свобод особи (ст. 22 Конституції України). Так само зміст уже відомих прав та свобод теж не є вичерпним і може збагачуватись внаслідок суспільного розвитку. Цей висновок є справедливим як щодо матеріальних прав, так і щодо процесуальних. Хоча правовою основою судочинства є приписи суто позитивного закону (принцип законності), в окремих випадках суд має виконувати обов'язки, що виникають із надр природного права. Так, відповідно до ч. 4 ст. 236-2 Кримінально-процесуального кодексу України постанови місцевих судів, якими залишено без задоволення скарги на постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, можуть бути оскаржені лише в апеляційному порядку. Однак конституційна гарантія щодо можливості апеляційного та касаційного оскарження судового рішення у поєднанні із низкою положень згаданого Кодексу дозволили Конституційному Суду України визнати право відповідних осіб також і на касаційне оскарження таких постанов [6].

2. У ст. ст. 38, 46 Проекту закріплений традиційний для вітчизняної судової системи інститут роз'яснень вищих ланок судової системи. Цей інститут є необхідним для забезпечення єдності судової практики в умовах позитивістської системи права, яка має бути єдиною за своєю природою. Разом із тим в умовах «автопойетичної» системи права цей інститут втрачає свою абсолютну цінність: при неоднозначності закону із урахуванням фактичної ситуації на основі принципу верховенства права суд може вивести інші за змістом права та обов'язки сторін спору, а ніж ті, які визнавалися до цього у судовій практиці. При цьому суддя не повинен нести відповідальність за обґрунтоване відхилення від того тлумачення неоднозначного закону, яке міститься у роз'ясненні суду вищої інстанції. Такий підхід закладений у ст. 111 Проекту: ігнорування позиції суду вищого рівня щодо застосування норм права не може бути підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. Таке ігнорування (умисне чи несвідоме) потягне за собою відповідальність лише у тому разі, якщо воно не матиме обґрунтування і при цьому порушуватиме закон чи права особи.

Таким чином, у світлі ст. 111 Проекту як роз'яснення вищого спеціалізованого суду, так і роз'яснення Верховного Суду України цілком виправдано не матимуть рис нормативно-правового акта і відіграватимуть для суддів суто дорадчий характер. Однак прикметник «рекомендаційний» вживається у цьому Проекті лише стосовно роз'яснень вищих спеціалізованих судів. Тобто стосовно роз'яснень Верховного Суду України автори законопроекту допустили непослідовність, відмежовуючи їх юридичне значення від юридичного значення роз'яснень вищих спеціалізованих судів. Тому необхідно або перші із названих роз'яснень доповнити прикметником «рекомендаційні», або другі — позначати без цього прикметника.

Слід визнати, що вітчизняна правосвідомість наскрізь просякнута позитивізмом. Лише у незначній частині судових рішень відхід від правових позицій вищих судів здійснено у зв'язку із прагненням втілити у судову практику природно-правові цінності. А зазвичай практика суду касаційної інстанції ігнорується судьями судів нижчих інстанцій із причин їх низької професійної кваліфікації або упередженості при вирішенні справи. Такі рішення нескінченними потоками надходять до вищих судів, чим створюють зайву завантаженість для суддів цих судів. На заваді цих потоків мають намір поставити, зокрема, інститут судового прецеденту. Нещодавно Уряд України своїм розпорядженням зобов'язав Міністерство юстиції України, Міністерство фінансів та Міністерство економіки за участю Верховного Суду України до грудня поточного року розробити та подати законопроект щодо надання рішенням суду касаційної інстанції прецедентного характеру [7]. Звичайно, надання рішенням суду касаційної інстанції загальнообов'язкового нормативного характеру, поєднане із запровадженням дисциплінарної відповідальності за їх невиконання, здатні скоротити кількість відхилень від єдиної практики. Однак такий крок може мати і негативні наслідки. Незважаючи на те, що судовий прецедент є, по суті, альтернативною по відношенню до законів формою розвитку права, він все одно залишається позитивістським за своїм характером [8, 114]; адже відповідні рішення суду касаційної інстанції є актами органу державної влади. Обов'язковість таких рішень може призвести до закостеніння судової практики, утримуватиме суддів від ухвалення судових рішень, які б відхилялися від загальноприйнятої позиції, хоча у певних справах обставини давали б усі підстави для такого відхилення. Тому вітчизняна модель судового прецеденту має гарантувати судам нижчих інстанцій при належному обґрунтуванні судового рішення свободу відходу від усталеної практики вищих судів. Якщо ж такої гарантії не буде надано, то прогалини у законах (до їх усунення у законодавчому порядку) краще і надалі «латати» за допомогою рекомендаційних за своїм характером роз'яснень вищих судів.

3. Постмодерністи виходять із того, що обставини кожної конкретної життєвої ситуації перебувають у неповторному зв'язку між собою. Одна із таких обставин, виявлена у контексті іншої життєвої ситуації, буде мати зовсім інше юридичне значення. Тому обставини, встановлені в одній справі, не повинні мати преюдиційного значення для іншої справи. Лише висновки суду щодо

прав та обов'язків сторін спору мають бути обов'язковими при вирішенні іншого спору за участю цих же сторін. Стаття 13 хоча прямо і не закріпила цей теоретичний підхід, проте і не виключила можливість його закріплення у процесуальних законах. Зауважимо, що визнання преюдиційності лише за висновками суду щодо прав та обов'язків сторін спору притаманне процесуальному законодавству абсолютної більшості європейських країн.

Одним із позитивних для вітчизняного правопорядку наслідків від запровадження цієї постмодерністської ідеї стане те, що вона усуне передумови для зловживання особою своїм правом на судовий захист. Не секрет, що у деяких випадках головною метою звернення до суду є не захист прав та інтересів, а отримання від суду підтвердження певних обставин, що жодного відношення до складу правопорушення не мають. Згодом у іншій судовій справі за підтримки упередженого чи недостатньо кваліфікованого судді такі обставини визнаються преюдиційними, що позбавляє іншого учасника відповідного спору можливості взяти участь у їх дослідженні. Так, зокрема, у справах про стягнення у дохід держави усього, отриманого за угодою, укладеною із метою, що суперечить суспільним інтересам, преюдиційною помилково вважалася обставина наявності відповідного умислу, яка ніби-то була установлена у іншій справі — про визнання недійсними установчих документів. Із цього приводу Верховний Суд України постановив, що наявність умислу не може бути підтверджена лише рішенням про визнання установчих документів однієї із сторін договору недійсними та скасування державної реєстрації, оскільки предметом дослідження у такій справі є, зокрема, відповідність установчих документів вимогам чинного законодавства, а не наявність протиправного умислу при укладенні угоди, що мала місце під час здійснення підприємницької діяльності суб'єкта [9]. Якщо ж інститут преюдиційності обставин взагалі виключити із процесуальних законів, то буде ліквідована передумова відповідних помилок (умисних чи свідомих) при визначенні того, які ж обставини слід вважати преюдиційними для інших справ.

4. І нарешті, висновок, що впливає з постмодерністського постулату про другорядну роль закону як регулятора суспільних відносин. Неповнота, неясність, суперечливість чи відсутність законодавства, яке регулює спірні відносини, має усуватись, перш за все, нормами, створеними юридичною практикою, а не законодавчими змінами. Тому надання Верховному Суду України права законодавчої ініціативи (або права на внесення суб'єкту законодавчої ініціативи пропозицій — ст. 46 Проекту) саме по собі не здатне гарантувати ефективний розвиток «гетерархічної» системи. У такій системі закон у першу чергу є формою закріплення (декларування) тих приписів, які були сформовані судовою практикою, і лише у другу чергу є безпосереднім регулятором суспільних відносин. Тому вищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції має виконувати роль координатора у справі поширення між суддями кращих зразків вирішення правових спорів (шляхом прийняття різного роду оглядових чи інформаційних листів), а не роль розробника законопроектів, які усуватимуть прогалини у правовому регулюванні.

Література

1. Циппеліус Р. Філософія права: Підручник. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.
2. Идея права / Пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев. — М.: ЮГОНА, 2002. — 472 с.
3. Постанова Господарського суду Запорізької області від 09.06.06 року у Справі № 27/210/06-АП // Службовий державний реєстр судових рішень України. — № 41968.
4. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 р. // Офіційний вісник України. — 1999. — № 18. — Ст. 3.
5. Постанова Господарського суду Чернігівської області від 06.06.2006 року у справі № 17/138а // Службовий державний реєстр судових рішень України. — № 2039.
6. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 29. — Ст. 927.
7. План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України: Затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153-р. — П. 2, підп. 4.
8. Марченко М. П. Судебное правотворчество и судебское право. — М.: ТК Велби: Проспект, 2008.
9. Постанова Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України від 14 лютого 2006 р // Вісник Верховного суду України. — 2006. — № 10 (74).

УДК 340.143

*И. А. Минникес***ИНДИВИДУАЛЬНОЕ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
(ОСНОВНЫЕ КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ)**

Актуальность и степень разработанности проблемы. Понятие «индивидуальное правовое регулирование» не является достаточно разработанным в современной юридической науке. До настоящего времени в общей теории права нет ни одной монографии, специально посвященной данному виду правового регулирования.

Большое значение для становления и развития теории индивидуального правового регулирования имеют работы таких исследователей, как С. С. Алексеев, В. М. Горшенев, Ф. Н. Фаткуллин, Л. С. Явич.

В 1990 г. была защищена кандидатская диссертация С. Г. Краснояружского «Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе: (вопросы теории и практики)» [1]. На сегодняшний день это единственное диссертационное исследование в общей теории права, посвященное именно индивидуальному правовому регулированию.

Следует также отметить кандидатскую диссертацию Е. В. Березовской [2] и докторские диссертации Т. В. Кашаниной [3] и С. И. Вележева [4], в которых с разных позиций затрагиваются вопросы индивидуального правового регулирования.

Проявляли интерес к исследованию проблем индивидуального правового регулирования и специалисты в области отраслевых юридических наук (Н. Г. Александров, А. К. Безина, С. Н. Братусь, М. С. Гурвич, В. Ф. Яковлев и др.).