

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА

Юридичний факультет
Кафедра теорії та філософії права

Філософський факультет
Кафедра політології

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування
Львівська лабораторія прав людини і громадянина

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО
Кафедра теорії держави і права

ПРАВА ЛЮДИНИ: ФІЛОСОФСЬКІ, ТЕОРЕТИКО- ЮРИДИЧНІ ТА ПОЛІТОЛОГІЧНІ ВИМІРИ

*Статті учасників I Міжнародного круглого столу
(м. Львів, 28 — 29 жовтня 2016 року)*

Львів
2017

УДК 340.12
ББК 67.400.7
П 68

Права людини: філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри: Статті учасників I Міжнародного круглого столу (м. Львів, 28 — 29 жовтня 2016 року). — Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2017. — 364 с.

У збірці подано наукові статті, підготовлені учасниками I Міжнародного круглого столу «Права людини: філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри», який відбувся на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 28 — 29 жовтня 2016 року і був присвячений 20-річчю Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України.

ББК 67.400.7

Статті друкуються в авторській редакції.

© Б. Бабін, Д. Бочаров, С. Верланов, В. Гончаров,
Д. Гудима, Д. Вовк, С. Добрянський, С. Калінін,
Р. Качур, Д. Коваль, Я. Куцин, Д. Лук'янов,
С. Максимов, М. Мельник, А. Наконечна,
В. Омельченко, О. Панкевич, Т. Подорожна,
І. Припхан, П. Рабінович, С. Рабінович,
Ю. Размстаєва, М. Савчин, Т. Садова, Н. Сатохіна,
І. Сенюта, О. Сидельніков, А. Стомба, Б. Ткачук,
С. Цебенко, С. Шевцов, А. Шестопалова,
Р. Шульга, 2017.

ISBN 978-966-2019-30-8

ЗМІСТ

<i>Гончаров В., Гудима Д. Філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри прав людини: новий цикл круглих столів у Львові.....</i>	5
<i>Бабін Б. Розвиток вітчизняної доктрини щодо інституту внутрішньо переміщених осіб.....</i>	8
<i>Бочаров Д. «Перспективізм» Ф. Ніцше та його вплив на сучасні стандарти прав людини</i>	20
<i>Верланов С., Гончаров В. Верховенство права та обмежування соціально-економічних прав людини.....</i>	47
<i>Вовк Д. Між політикою і правом: релігійна свобода на тлі українсько-російського конфлікту.....</i>	52
<i>Гончаров В. Дія в часі судових рішень прецедентного характеру у практиці Європейського суду з прав людини.....</i>	65
<i>Добрянський С. Юридичне забезпечення основоположних прав у ЄС: і знову сумніви?.....</i>	76
<i>Калинин С. Права человека в контексте либеральной геокультуры.....</i>	93
<i>Качур Р. До питання про захист біженців і внутрішньо переміщених осіб в Україні з урахуванням практики Страсбурзького суду.....</i>	109
<i>Коваль Д. Здійснення прав людини в аспекті адміністративного судочинства.....</i>	118
<i>Куцин Я. Інститут парламентського контролю: основний чинник у сфері контролю за дотриманням конституційних прав і свобод людини.....</i>	123
<i>Лук'янов Д. Свобода слова та релігійні свободи: європейський та ісламський підходи</i>	137
<i>Максимов С. К генезису прав человека и толерантности как европейских ценностей.....</i>	147
<i>Мельник М. Деформації правосвідомості вітчизняного суспільства як наріжний камінь порушення прав людини в Україні</i>	154
<i>Омельченко В. Права людини у масштабі міжнародної політики....</i>	162

Панкевич О. Обмежування прав людини як необхідна складова проблематики верховенства права.....	172
Подорожна Т. Права людини як основа конституціоналізації правового порядку	183
Припхан І. Моральні аспекти регулювання конституційних прав і свобод.....	200
Рабінович П. Критеріальні показники верховенства права: європейський стандарт	206
Рабінович С. Права людини і конституційні революції з погляду «чистого вчення про право»	211
Разметаєва Ю. Залиште мене у спокої або право бути забутим....	221
Савчин М. Ефективність системи захисту прав людини та запровадження конституційної скарги в Україні	235
Садова Т. Зміст засади забезпечення права на свободу і особисту недоторканність у кримінальному провадженні	248
Сатохіна Н. Освоєння минулого: правда, справедливість, примирення	260
Сенюта І. Цивільні правовідносини у сфері репродуктивних технологій.....	266
Сидельніков О. Адміністративний розсуд та права людини: перспективи взаємовпливу	278
Стовба А. Динамическое правопонимание	294
Ткачук Б. Толерантний діалог: моральний та правовий виміри.....	304
Цебенко С. Місце релігійних організацій у світській державі (на прикладі православних церков).....	311
Шевцов С. К проблеме изучения правосознания.....	320
Шестопалова А. Аналіз національних та міжнародних рішень, які мають потенційний позитивний вплив на рівень забезпечення прав людини (на прикладі дотримання прав жінок).....	336
Шульга Р. Общественный контроль над российскими спецслужбами: необходимость и предпосылки.....	341

ФІЛОСОФСЬКІ, ТЕОРЕТИКО-ЮРИДИЧНІ ТА ПОЛІТОЛОГІЧНІ ВИМІРИ ПРАВ ЛЮДИНИ: НОВИЙ ЦИКЛ КРУГЛИХ СТОЛІВ У ЛЬВОВІ

В. Гончаров

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com*

Д. Гудима

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: dmytro.hudyma@gmail.com*

28-29 жовтня 2016 року юридичний і філософський факультети Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — ЛНУ ім. І. Франка), Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування (далі — ІДБМС) Національної академії правових наук України та Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (далі — НЮУ ім. Ярослава Мудрого) організували перший Міжнародний круглий стіл на тему: „Права людини: філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри”. Цей захід покликаний продовжити десятирічну львівську традицію проведення міжнародних круглих столів з антропології права, за матеріалами яких було опубліковано близько 400 статей учасників (загальним обсягом понад 250 друк. арк.) з більш ніж 100 вищих навчальних закладів і наукових установ Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Казахстану, Канади, Киргизії, Польщі, Росії, Узбекистану й України.

Круглий стіл було проведено за такими тематичними напрямками: “Поняття прав людини”, “Межі прав людини”, “Права людини і релігія”, “Механізми захисту прав людини”.

Захід відкрили декан юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доктор юридичних наук **В. М. Бурдін** та професор кафедри теорії та філософії права цього факультету, доктор юридичних наук **П. М. Рабінювич**. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження праволюднинної проблематики як в юридичних, так і в інших суспільних науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, якому вдалося організувати широкий науковий форум вчених з різних куточків України та зарубіжжя для обговорення здобутків у дослідженнях прав людини.

Перший день роботи круглого столу було присвячено обговоренню таких проблем, як-от: *генеза прав людини і толерантності як європейських цінностей* (доктор юридичних наук, професор кафедри філософії НЮУ ім. Ярослава Мудрого **С.І. Максимов**); *динамічне праворозуміння* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теоретичної і практичної філософії Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна **О.В. Стовба**); *«перспективізм» Ф. Ніцше та його вплив на сучасні стандарти прав людини* (кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Університету митної справи та фінансів **Д.О. Бочаров**); *правда, справедливість, примирення в контексті освоєння минулого* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософії НЮУ ім. Ярослава Мудрого **Н.І. Сатохіна**); *вивчення правосвідомості* (доктор філософських наук, професор кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова **С.П. Шевцов**).

Наступного дня відбулася презентація «Харківського юридичного кіноклубу» (кандидати юридичних наук, доценти кафедри теорії держави і права НЮУ ім. Ярослава Мудрого **Д.О. Вовк** та **В.С. Смородинський**). Потім жваві дискусії розгорталися навколо таких питань як: *соціологічні основи нормативізму Ганса Кельзена* (доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права ЛНУ ім. І. Франка, провідний науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **С.П. Рабінович**); *право людства на мир* (національний спеціаліст проектів у сфері верховенства права та прав людини Координатора проектів ОБСЄ в Україні **І.Б. Іванків**); *проблематика здійснення правосуддя в Європейському суді з прав людини* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького Національної академії наук України **В.С. Бігун**); *обмежування прав людини і верховенство права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ **О.З. Панкевич**); *принцип законності обмеження фізичної свободи у практиці Європейського суду з прав людини* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права ЛНУ ім. І. Франка, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **Д.А. Гудима**); *свобода слова та релігійні свободи: європейський та ісламський підходи* (доктор юридичних наук, доцент, начальник управління планування та координації правових досліджень Національної академії правових наук України **Д.В. Лук'янов**); *аналіз національних та міжнародних рішень*,

*які мають потенційний позитивний вплив на рівень забезпечення прав людини (магістрантка кафедри політології ЛНУ ім. І. Франка **А.О. Шестопалова**); деформації правосвідомості вітчизняного суспільства (здобувачка кафедри філософії НЮУ ім. Ярослава Мудрого **М.В. Мельник**).*

На завершення огляду цієї неординарної події у нашому науковому житті не буде, напевно, перебільшенням зробити висновок про те, що десятирічна традиція круглих столів з антропології права нині дістала своє гідне продовження, що сприятиме активізації вітчизняних досліджень у праволюдській галузі з урахуванням сучасних здобутків юридичних, філософських, політологічних та інших суміжних із ними галузей суспільствознавства.

РОЗВИТОК ВІТЧИЗНЯНОЇ ДОКТРИНИ ЩОДО ІНСТИТУТУ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ

Б. Бабін

*Міжнародний гуманітарний університет,
м. Одеса, вул. Фонтанська дорога, 33, e-mail: babinb@ukr.net*

Аспекти правового статусу, правового режиму та прав людини внутрішньо переміщених осіб (далі — ВПО) увійшли у правове життя та правову систему України після початку конфлікту в Криму та на Сході країни. Незважаючи на наявність сформованого (станом на початок ХХІ ст.) відповідного міжнародного правового інституту, що серед іншого має відображення на рівні актів ООН та права Ради Європи, зокрема, у практиці ЄСПЛ, не тільки національне законодавство України, але й вітчизняна правова наука та освіта практично не приділяли уваги цій проблематиці до 2014 р. Та більше, перші схвалені у 2014 р. в Україні підзаконні нормативні акти з проблеми ВПО вживали іншу, замість визнаної на рівні ООН та РЄ, термінологію [1], що свідчить про недостатню на той час обізнаність у відповідних стандартах на найвищому рівні управлінського апарату.

На жаль ситуація не істотно змінилася за термін, що спливав з початку конфлікту, свідчить й аналіз Рекомендацій парламентських слухань на тему: «Стан дотримання прав ВПО та громадян України, які проживають на тимчасово окупованій території України та на тимчасово неконтрольованій території в зоні проведення антитерористичної операції», затверджених парламентською постановою від 31 березня 2016 р. № 1074-VIII [2]. Цей документ, оглядово описуючи національну нормативну базу з питань ВПО, не містить прямих посилань на чинні міжнародні стандарти з прав ВПО, зокрема й на наявні рішення ЄСПЛ з відповідної проблематики.

Перші наукові публікації з питань прав ВПО в Україні видані в 2015-2016 рр. у розвиток схваленого на той час законодавства, мали формат окремих журнальних статей, як юридичної [3], так і політологічної [4], економічної [5], соціологічної [6], педагогічної [7] та навіть психологічної [8] спрямованості. Додатково в останні два роки було проведено низку наукових конференцій з питань забезпечення прав ВПО в Україні із виданням відповідних збірок тез та рекомендацій [9]. Вказані публікації носять здебільшого міждисциплінарний характер; в них

згадуються окремі акти, схвалені з питань ВПО органами ООН та РЄ, але детального аналізу стану їх відтворення в українській нормативній базі та організаційно-управлінської практиці не здійснюється.

Єдиний монографічний твір з проблематики ВПО, що був виданий в Україні станом на липень 2016 р., а саме — брошура «Правове забезпечення підприємницької активності ВПО», опрацьована колективом авторів Інституту економіко-правових досліджень НАН України (О. Р. Зельдіна, І. В. Кременовська, В. А. Устименко та ін.) узагалі не містить аналізу міжнародних стандартів забезпечення прав ВПО [10]. Варто очікувати, що закріплення у 2015-2016 рр. проблематики прав ВПО у низці тем аспірантських досліджень зрушить відповідну негативну ситуацію, але лише протягом декількох наступних років.

Саме тому опрацьовану у 2015-2016 рр. експертну монографічну роботу «Вдосконалення національного законодавства України стосовно захисту прав людини ВПО» [11] слід вважати істотним кроком уперед у розвитку національної правничої доктрини. Це дослідження було здійснено як складова Проекту РЄ «Посилення захисту прав людини ВПО в Україні», що розпочав активну фазу імплементації з січня 2016 р. Керівництво і координацію роботи дослідницької команди було здійснено міжнародним експертом з внутрішнього переміщення Ерін Муні, аналіз національного законодавства був проведений Є. С. Герасименком, О. Морковою та С. Зайцем, а розкриття змісту стандартів РЄ — Барбарою Маккаллін та експертами Центра адвокації стандартів Ради Європи (ACCESS) — Філіпом Чраска, Євгенією Джакомополу і Костасом Параскевасом. Представники РЄ Лілія Гретасдоттір, Антоніна Вихрест та Ганна Христова фіналізували та підготували це дослідження для публікації.

Зазначене дослідження стане вагомим внеском у реалізацію відображеної у п. 122 Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року (розпорядження Кабінету Міністрів України № 1393-р від 23 листопада 2015 р.) ініціативи щодо розроблення і затвердження методичних рекомендацій щодо проведення експертизи проектів нормативно-правових актів, які зачіпають права ВПО, на відповідність Керівним принципам ООН з питань переміщення всередині країни [12]. Це дослідження містить загальний аналіз ситуації, який буде використано при імплементації вищезгаданого Проекту РЄ, що реалізується в межах Плану дій РЄ для України на 2015-2017 роки у співробітництві з Урядом України й іншими ключовими зацікавленими національними партнерами. Втілений як відповідь на запит

української влади щодо викликів, які постали перед країною у зв'язку із задоволенням потреб тих осіб, які постраждали внаслідок внутрішнього переміщення, проект РЄ «Посилення захисту прав людини ВПО в Україні» охоплює чотири структурні компоненти: вдосконалення законодавства та регуляторних процедур у сфері захисту прав людини ВПО; сприяння імплементації цієї нормативно-правової бази; підвищення обізнаності населення про права ВПО та підтримка їх соціальної, економічної і політичної інтеграції. Усі чотири стовпи діяльності проекту будуть враховувати результати і рекомендації вищевказаного дослідження [13].

Дослідження містить огляд міжнародних та європейських стандартів, а також аналіз і рекомендації для України щодо мінімально необхідних елементів державного регулювання у різних сферах забезпечення прав ВПО. Воно охоплює такі складові, як визначення поняття «ВПО», захист від примусового переміщення, недискримінація ВПО, збір даних (у тому числі реєстрація ВПО), визнання, видача та переоформлення документів, що посвідчують особу ВПО, права, пов'язані зі свободою пересування ВПО, сімейне життя ВПО, житло, придатне для проживання, та нормальні умови проживання ВПО, доступ ВПО до харчування, доступ ВПО до придатної до споживання води та належних санітарних умов, охорона здоров'я ВПО, працевлаштування та соціальний захист ВПО, освіта ВПО, виборчі права ВПО, власність та майно ВПО, національний уповноважений орган, відповідальний за координацію захисту та підтримки ВПО, виділення ВПО достатніх ресурсів, заходи з інформування та навчання ВПО, національна правозахисна інституція, яка опікується питаннями, пов'язаними з внутрішнім переміщенням, консультації з ВПО та їхня залученість, співпраця з національними та міжнародними гуманітарними партнерами тощо.

Кожен тематичний розділ цього базового аналізу був опрацьований авторами відповідно до єдиної методології та структури дослідження. Він починається із стислого викладу (резюме) мінімальних істотних елементів державного регулювання в ситуації внутрішнього переміщення, що відносяться до тематичної проблеми, яка розглядається. Потім автори викладають відповідні міжнародно-правові стандарти щодо ВПО, висвітлені в Керівних принципах з питання переміщення осіб всередині країни, підсумовують відповідні правові стандарти РЄ, рекомендації і обрану практику ЄСПЛ. Такий огляд передуює аналізу релевантних норм національного законодавства України у світлі стандартів ООН та РЄ та завершується наданням конкретних рекомендацій щодо заходів посилення правового захисту ВПО в Україні.

У додатках до дослідження міститься зібрання стандартів РЄ стосовно прав ВПО та перелік національних нормативно-правових актів, які стосуються захисту ВПО в Україні. У базовому аналізі було розглянуто національну нормативно-правову базу стосовно прав людини ВПО та надано оцінку її відповідності міжнародним і регіональним стандартам, зокрема стандартам РЄ. На основі цього аналізу було визначено прогалини та «сірі зони» у правовому регулюванні, що вимагають змін в законодавстві, адміністративних або інших регуляторних процедурах для того, щоб поліпшити і забезпечити захист прав ВПО. Іншою важливою проблемою в дослідженні було справедливо визначено невідповідність актів національного законодавства один одному, що унеможливило впровадження відповідних норм у певних сферах суспільних відносин. В інших випадках, навіть коли національні законодавчі норми відповідають міжнародним і регіональним стандартам, було доведено, що відсутність відповідних ресурсів (фінансових і людських) або, в деяких випадках, політичної волі, ускладнює їх реалізацію.

Кожен із вищевказаних тематичних розділів дослідження формулює конкретні рекомендації для посилення національної законодавчої бази з метою забезпечення захисту прав ВПО. Варто вказати, що перелік рекомендацій, що містяться в базовому аналізі, заслуговує на належну увагу не лише з боку представників Верховної Ради та Кабінету міністрів України (як це відзначають його автори), але й на використання правозастосувачами, насамперед суддями та представниками органів соціального забезпечення та міграційної служби. Важливим вбачається опрацювання цієї роботи науковим середовищем як у подальших дослідженнях з питань прав ВПО, так і у відповідній методично-викладацькій та просвітницькій діяльності.

Тому варто навести ключові висновки та пропозиції цього дослідження, зокрема ті, що стосуються питань удосконалення норм та забезпечення реалізації Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» шляхом гармонізації законодавства, розробки підзаконних актів та посилення спроможності Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та ВПО. Також авторами дослідження розроблено низку заходів із термінового реформування законодавства та практики його застосування з метою забезпечення основоположних прав ВПО, які стосуються:

- забезпечення доступу ВПО до прав і до регулярних виплат, передбачених законом, на рівні законодавства та правозастосовної практики, незалежно від офіційної реєстрації особи як ВПО;

- забезпечення переселенцям свободи пересування або вибору місця проживання шляхом удосконалення процедур їх реєстрації та відповідного оскарження за прозорою процедурою;

- приведення визначення ВПО у національному законодавстві у відповідність до Керівних принципів ООН з питання переміщення осіб всередині країни;

- скасування дискримінаційних для ВПО положень законів та підзаконних актів, що за своїм принципом або на практиці порушують права ВПО, гарантовані Конституцією або міжнародними чи європейськими стандартами;

- законодавчого забезпечення своєчасного відновлення загублених або пошкоджених документів ВПО, що посвідчують особу, та ефективних процедур реєстрації актів цивільного стану ВПО, особливо для дітей, народжених на окупованих територіях;

- запобігання подальшому вимушеному переміщенню, включаючи ратифікацію Римського статуту і судове переслідування осіб, що спричиняють вимушене переміщення;

- уможливлення інтеграції вразливих ВПО до державних соціальних житлових програм та реалізація норм законодавства щодо сприяння кредитуванню ВПО з метою купівлі або побудови житла;

- забезпечення виборчих прав ВПО, зокрема шляхом змін до законодавства, які уможливають участь ВПО в місцевих виборах;

- включення ВПО до категорій осіб, які мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, та звільнення ВПО від сплати судового збору у певних категоріях справ, пов'язаних з порушенням та відновленням їх прав.

Особливо варто вказати на ті інституційні, координаційні та ресурсні питання, які підіймають автори дослідження з прав людини ВПО. Зокрема ними пропонується запровадити єдину базу даних для збору інформації про внутрішнє переміщення, зокрема детальної інформації про стать, вік і оцінку потреб ВПО, гарантуючи захист персональних даних та забезпечуючи збір таких даних виключно в гуманітарних цілях. Дослідники вказують на потребу підсилення консультацій з ВПО щодо рішень, які впливають на їх життя, включаючи зміни до законодавства й державної політики, що стосуються переміщення, а також забезпечувати ВПО чіткою, своєчасною й об'єктивною інформацією про їхні права і всі закони та програми, направлені на їхню підтримку, або ті, що мають безпосереднє відношення до ВПО. У роботі констатовано потребу належного бюджетного забезпечення діяльності Міністерства з питань тимчасово

окупованих територій та ВПО, регіональних і місцевих органів влади, Уповноваженого ВРУ з прав людини у сфері захисту прав ВПО.

Слід спеціально відзначити широту охоплення авторами дослідження практики ЄСПЛ з питань ВПО, зокрема висвітлення ними низки рішень, які до того у вітчизняній літературі не досліджувалися. Зокрема, це рішення ЄСПЛ «Денізчі та інші проти Кіпру» (*Denizci and others v. Cyprus*) 2001 р., у якому Суд визнав порушення ст. 2 Протоколу № 4 щодо свободи пересування через вислання заявників із південної та північної частин Кіпру, а також через те, що вони стали об'єктом суворого спостереження з боку поліції, коли перебували на території, підконтрольній Республіці Кіпр, і їм щоразу доводилось отримувати дозвіл, коли вони виїжджали з міста постійного проживання або переїжджали в північну частину Кіпру [14].

Автори вказують на важливе рішення ЄСПЛ «Тімішев проти Росії» (*Timishev v. Russia*) 2005 р. у якому рішення патрульної служби щодо заборони ВПО чеченського походження проїхати з одного регіону країни в інший було визнано таким, що «не було передбачено законом», оскільки основою для цієї заборони став звичайний усний наказ посадовця МВС, який не був належним шляхом оформленим або записаним. Суд також постановив, що заявник став жертвою дискримінації згідно із положеннями ст. 14 у поєднанні зі ст. 2 Протоколу № 4 [15]. Питання дискримінації ВПО були також висвітлені авторами дослідження із врахуванням як прецедентів ЄСПЛ, застосовуваних ним протягом тривалого часу (таких, як рішення «Абдулазіз, Кабалес та Балкандалі проти Сполученого Королівства» (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*) 1985 р. [16]), так і відносно нових рішень («Секеровіч та Пасаліч проти Боснії та Герцеговини» (*Šekerović and Pašalić v. Bosnia and Herzegovina*) 2011 р. [17] та «Врунту проти Кіпру» (*Vrountou v. Cyprus*) 2015 р. [18]).

Важливим для розгляду справ щодо захисту прав ВПО вбачається рішення ЄСПЛ «Куріч проти Словенії» (*Kurić v. Slovenia*) 2012 р., за яким було визнано порушення ст. 8 Конвенції стосовно прав осіб, чий імена були вилучені владою новоутвореної держави Словенія з національного Реєстру постійних жителів без жодного повідомлення та надання офіційних документів для «іноземців або осіб без громадянства, які незаконно проживають в Словенії». Таким «викресленим особам» було важко влаштуватись на роботу, отримати водійські права, отримувати пенсію, вони не могли виїхати із країни, адже не могли повернутися до неї без належних документів, що, серед іншого, спричинило розпад родинних зв'язків [19].

У контексті забезпечення житлових прав ВПО та компенсації за втрачене житло актуальними є наведені авторами дослідження рішення ЄСПЛ «Дімейдс проти Туреччини» (*Demades v. Turkey*) 2003 р. [20] і «Діогенус та Церіотіс проти Туреччини» (*Diogenous and Tseriotis v. Turkey*) 2009 р., за якими другий будинок особи або її дачний будинок також може бути втраченим ВПО житлом у значенні ст. 8 Конвенції, адже «особа може проживати «на два будинки» або сформувавши сталий емоційний зв'язок із другим будинком і сприймати його як житло» [21]. У згаданому в дослідженні рішенні ЄСПЛ «Доган та інші проти Туреччини» (*Doğan and others v. Turkey*) ЄСПЛ послався, зокрема, на стандарти ООН щодо права ВПО на житло, придатне для проживання, під час переміщення. Суд зазначив, що відмова влади сприяти поверненню житла і землі заявника — ВПО, а також ненадання альтернативного житла і зайнятості, в поєднанні з недостатніми зусиллями з боку держави щодо «забезпечення відповідного рівня життя або надійного процесу повернення», спричинило надмірне навантаження на заявника — ВПО і призвело до порушення ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ щодо права на мирне володіння власністю і майном, а також порушення ст. 8 [22].

Крім того, у дослідженні наводиться рішення ЄСПЛ «Сакхінадзе та інші проти Грузії» (*Saghinadze and others v. Georgia*) 2010 р., в якому Суд визнав, що тимчасове житло, в якому ВПО були розміщені владою і проживали десятиліття після вимушеного переселення, представляло собою їх майно в значенні ст. 1 Першого Протоколу на мирне користування майном. У цій справі Суд визнав, що незаконне виселення, якого зазнали заявники — ВПО представляло собою порушення вказаного Протоколу, зазначивши при цьому, що «неможливо виселити ВПО проти його або її волі із займаного житла, не пропонуючи натомість подібних місць проживання або відповідної грошової компенсації» [23]. Автори приводять цікавий прецедент ЄСПЛ у справі «Гульмаммадова проти Азербайджану» (*Gulmammadova v. Azerbaijan*) 2010 р., де Суд, розглядаючи майнові втрати ВПО, визначив, що «за умов відсутності будь-якої компенсації заявниці за те, що вона несла цей тягар, органи влади не спромоглися забезпечити справедливий баланс між загальним інтересом суспільства у наданні ВПО тимчасового житла і захистом прав заявниці на мирне володіння її майном» [24].

Також варто вказати на вдаль оперування авторами дослідження не лише рішеннями ЄСПЛ, але й практикою інших, менш відомих широкій громадськості наднаціональних структур. Зокрема, наводиться позиція Європейського комітету з соціальних прав, який неодноразово нагаду-

вав про важливість боротьби з дискримінацією щодо ВПО і забезпечення рівного ставлення до них, незалежно від того, чи є вони громадянами або іноземними громадянами, які законно проживають або регулярно працюють в країні, від їхньої приналежності до національних або етнічних меншин тощо.

Приводиться рішення Комітету в справі Центру житлових прав та виселення проти Хорватії (Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Croatia) 2008 р., в якому, визнаючи «більшу вразливість родин ВПО, які представляють собою виокремлену групу, особливо від несприятливих факторів», Комітет звернув увагу на ситуацію в Хорватії з родинami ВПО — етнічних сербів, «які представляють собою особливо уразливу групу за ознакою їхньої етнічного походження». В цьому рішенні Комітет дійшов висновку, що неприйняття до уваги особливої вразливості багатьох сімей ВПО, «особливо сімей етнічних сербів, є порушенням ст. 16 Європейської соціальної хартії «в контексті слів про захист від дискримінації, які наведено в Преамбулі» [25].

Вражає академічність наведеного дослідження, яке містить більш 600 посилань на використані джерела; як вказують його автори, першим кроком стало визначення і підбір відповідних національних законів та підзаконних нормативно-правових актів, у наступному здійснювався їх порівняльний аналіз та висувалися відповідні пропозиції. Методика, матеріали, висновки та рекомендації цього базового аналізу були опрацьовані його авторами на низці науково-експертних заходів, організованих та (або) підтриманих в рамках зазначеного проекту РЄ «Посилення захисту прав людини ВПО в Україні», серед яких — тренінги з питань захисту прав ВПО для співробітників та регіональних представників Секретаріату Уповноваженого ВРУ з прав людини регіональні моніторингові візити Представника Уповноваженого ВРУ з питань дотримання прав внутрішньо переміщених осіб; круглий стіл за сприяння Координаційного центру з надання правової допомоги «Надання безоплатної правової допомоги ВПО: консолідація зусиль держави та громадянського суспільства» (6 квітня 2016 р., Київ), серія тренінгів для тренерів та каскадних тренінгів для адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, семінари «Судовий захист прав ВПО: сучасні виклики та стандарти РЄ» (13-14 квітня 2016 р.м. Святогірськ) та «Посилення захисту прав ВПО: доступність та ефективність правосуддя» (16-17 червня 2016 р., м. Северодонецьк) та багато ін.

Під час вказаних заходів пропозиції дослідження обговорювалися із суддями апеляційних та місцевих адміністративних, господарських

та загальних судів Донецької та Луганської областей (більш 150 судів), насамперед щодо практики застосування міжнародних стандартів ВПО у національному правосудді. Також до обговорення проекту дослідження під час вказаних заходів долучалися представники системи безоплатної правової допомоги, а також провідні спеціалісти в сфері викладання права, представники прокуратури, СБУ, Державної міграційної служби тощо.

Фіналізації дослідження передували консультації з провідними міжнародними організаціями та національними громадськими організаціями, що працюють у тематиці захисту прав внутрішньо переміщених осіб та представниками центральних органів виконавчої влади та державних служб, які залучені до реалізації політики захисту прав внутрішньо переміщених осіб. Фіналізований базовий аналіз було презентовано під час регіонального Форуму «Права людини внутрішньо переміщених осіб: національне та регіональне реагування», що відбувся 14-15 липня 2016 року у Дніпрі на базі Дніпропетровської обласної державної адміністрації [26].

Особливе значення становить наведений авторами перелік релевантних стандартів РЄ щодо ВПО, насамперед 12 резолюцій та рекомендацій ПАРЄ та більш 50 рішень ЄСПЛ, пов'язаних з проблематикою ВПО, а в цілому — більш ста документів. Зважаючи на те, що значна частина вказаних документів досі не має належного перекладу українською, їх відповідне наступне опрацювання може стати підґрунтям для додаткового наукового пошуку в площині захисту прав ВПО в Україні. Зазначене експертне монографічне дослідження, таким чином, набуває особливої значущості та має бути рекомендованим як дуже корисний дидактичний, науковий та практико-юридичний матеріал — як для навчального процесу у закладах вищої школи, так і для користування правозахисними структурами та органами публічної влади.

Список використаних джерел

1. Про облік осіб, які переміщуються з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції: постанова Кабінету Міністрів України від 1 жовтня 2014 р. № 509 // Офіційний вісник України. — 2014. — № 81. — ст. 2296.
2. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Стан дотримання прав внутрішньо переміщених осіб та громадян України, які проживають на тимчасово окупованій території України та на тимчасово неконтрольованій території в зоні проведення антитерористичної опе-

- рації»: постанова Верховної Ради України від 31 березня 2016 р. № 1074-VIII // Відомості Верховної Ради України. — 2016. — № 18. — ст. 203.
3. Виноградова Г.В. Житло для внутрішньо переміщених осіб у системі житлового фонду спеціального приміщення / Г.В. Виноградова // Юридика наука. — 2015. — № 1. — С. 21-29; Грабова Я.О. Конституційно-правовий статус внутрішньо переміщених осіб в Україні / Я.О. Грабова // Митна справа. — 2015. — № 2. — С. 47-51; Сірант М.М. Біженці та внутрішньо переміщені особи: співвідношення понять / М.М. Сірант // Митна справа. — 2015. — № 2. — С. 154-159; Устименко В. Партнерство влади і бізнесу в контексті активізації підприємницької діяльності внутрішньо переміщених осіб: повноваження органів місцевого самоврядування / В. Устименко, Г. Нестеров // Вісник Національної академії правових наук України. — 2015. — № 4. — С. 40-53.
 4. Більовський О.А. Особливості механізму надання державної житлової допомоги внутрішньо переміщеним особам в Україні / О.А. Більовський // Український соціум. — 2015. — № 3. — С. 104-113; Кашуба Я.М. Роль державної служби зайнятості у поверненні внутрішньо переміщених осіб до продуктивної зайнятості / Я.М. Кашуба // Ринок праці та зайнятість населення. — 2015. — № 1. — С. 4-6; Малиха М.І. До проблеми сутності поняття «внутрішньо переміщені особи»: державна політика та регіональна практика / М.І. Малиха // Грані. — 2015. — № 8. — С. 6-11; Непомнящий О.М. Теоретичні підходи до створення комплексної моделі надання допомоги внутрішньо переміщеним особам в Україні / О.М. Непомнящий // Теорія та практика державного управління. — 2016. — Вип. 1. — С. 34-39; Перепелюкова О.В. Вирішення нагальних проблем внутрішньо переміщених осіб / О.В. Перепелюкова // Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. — 2015. — № 6. — С. 110-116; Рогозян Ю.С. Аналіз організаційного забезпечення надання допомоги внутрішньо переміщеним особам в контексті активізації підприємницької діяльності / Ю.С. Рогозян // Молодий вчений. — 2015. — № 7. — С. 109-112.
 5. Макарова О.В. Реінтеграції внутрішньо переміщених осіб до місцевих ринків праці та запровадження активних програм зайнятості / О.В. Макарова // Ринок праці та зайнятість населення. — 2015. — № 1. — С. 7-10; Масло С.В. Соціальні послуги служби зайнятості внутрішньо переміщеним особам / С.В. Масло // Ринок праці та зайнятість населення. — 2015. — № 2. — С. 68-70; Риндзак О.Т. Соціально-економічна адаптація внутрішньо переміщених громадян у приймаючому соціумі (на прикладі м. Харкова) / О.Т. Риндзак // Проблеми економіки. — 2015. — № 3. — С. 275-280; Садова У.Я. Інтереси внутрішньо переміщених осіб в епіцентрі інституційних зусиль української держави

- / У.Я. Садова, Н.І. Андрусин // Регіональна економіка.— 2016.— № 1.— С. 196-198; Садова У.Я. Реєміграція як механізм соціальної політики у справах внутрішньо переміщених осіб в Україні / У.Я. Садова, Р.Р. Рісна // Регіональна економіка.— 2015.— № 2.— С. 55-64; Семів Л.К. Проблеми інтеграції внутрішньо переміщених осіб у Україні в світлі наукових підходів до дослідження / Л.К. Семів // Регіональна економіка.— 2016.— № 1.— С. 59-69; Фугело П.М. Специфіка і стан соціального захисту безробітних з числа внутрішньо переміщених осіб / П.М. Фугело // Інноваційна економіка.— 2015.— № 4.— С. 193-197.
6. Семигіна Т.В. Соціальна підтримка внутрішньо переміщених осіб / Т.В. Семигіна, Н.Є. Гусак, С.О. Трухан // Український соціум.— 2015.— № 2.— С. 65-72; Серeda Ю.В. Соціальний капітал внутрішньо переміщених осіб як чинник локальної інтеграції в Україні / Ю.В. Серeda // Український соціум.— 2015.— № 3.— С. 29-41; Тищенко Н.І. Внутрішньо переміщені особи в Україні як проблема сьогодення / Н.І. Тищенко, Б.Ю. Піроцький // Молодий вчений.— 2014.— № 10.— С. 124-126.
 7. Веселова Н.П. Особливості соціально-педагогічної роботи з дітьми, що є внутрішньо переміщеними особами / Н.П. Веселова // Вісник Чернігівського національного педагогічного університету. Серія: Педагогічні науки.— 2016.— Вип. 137.— С. 95-98.
 8. Хаустова О.О. Актуальні проблеми життя і порушення психічного здоров'я внутрішньо переміщених осіб / О.О. Хаустова, Н.В. Коваленко // Архів психіатрії.— 2015.— Т. 21.— № 2.— С. 42-46.
 9. Захист прав внутрішньо переміщених осіб: міжнародні стандарти та національний досвід; URL: <http://instzak.rada.gov.ua/instzak/doccatalog/document;jsessionid=1D87BFA60197EF3D077D94F79332BCB0?id=83549>; Особливості здійснення психологічної підтримки внутрішньо переміщених осіб на сучасному ринку праці (Матеріали науково-практичної конференції) // Ринок праці та зайнятість населення.— 2015.— № 2.— С. 52-53; Психологія праці та управління. Особливості здійснення психологічної підтримки внутрішньо переміщених осіб на сучасному ринку праці: збірка матеріалів XI науково-практичної конференції (м. Київ, 22 квітня 2015 р.).— К.: ІПК ДСЗУ, 2015.— 234 с.; Рекомендації міжнародної науково-практичної конференції «Внутрішньо переміщені особи в Україні: реалії та можливості» // Український соціум.— 2015.— № 1.— С. 175-181; Титар І.О. Міжнародна науково-практична конференція «Стратегія розміщення та забезпечення житлом внутрішньо переміщених осіб та учасників АТО в Україні: законодавчі основи та практичні аспекти» / І.О. Титар // Український соціум.— 2015.— № 2.— С. 110-111.
 10. Правове забезпечення підприємницької активності внутрішньо переми-

- шених осіб / під заг. ред. В. А. Устименка; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. — К.; Чернігів: Десна Поліграф, 2015. — 151 с.
11. Вдосконалення національного законодавства України стосовно захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб / Ерін Муні, Євген Герасименко, Ольга Моркова та ін. Проект Ради Європи «Посилення захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб в Україні» в межах Плану дій Ради Європи для України 2015-2017. — К.: б. в., 2016. — 164 с.
 12. Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року: розпорядження Кабінету Міністрів України № 1393-р від 23 листопада 2015 р.; URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679>
 13. Посилення захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб в Україні. В межах Плану дій Ради Європи для України 2015-2017 / Офіс Ради Європи в Україні; URL: <http://www.coe.int/uk/web/kyiv/idps>
 14. *Denizeci and others v. Cyprus*: ECHR Judgment 23 May, 2001; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59474>
 15. *Timishev v. Russia*: ECHR Judgment 13 December, 2005; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71627>
 16. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*: ECHR Judgment 28 May, 1985; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>
 17. *Šekerović and Pašalić v. Bosnia and Herzegovina*: ECHR Judgment 8 March, 2011; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103763>
 18. *Vrontou v. Cyprus*: ECHR Judgment 13 October, 2015; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158090>
 19. *Kurić and others v. Slovenia*: ECHR Judgment 26 June, 2012; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111634>
 20. *Demades v. Turkey*: ECHR Judgment 31 July, 2003; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61272>
 21. *Diogenous and Tseriotis v. Turkey*: ECHR Judgment 22 September, 2009; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101399>
 22. *Doğan and others v. Turkey*: ECHR Judgment 29 June, 2004; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61854>
 23. *Saghinadze and others v. Georgia*: ECHR Judgment 27 May, 2010; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98885>
 24. *Gulmammadova v. Azerbaijan*: ECHR Judgment 22 April, 2010; URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98395>
 25. *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Croatia*: European Committee of Social Rights, Complaint No. 52/2008, Decision on the Merits, 22 June 2010; URL: <http://www.refworld.org/docid/4cdbd5082.html>
 26. Офіс Ради Європи в Україні. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.coe.int/uk/web/kyiv>

«ПЕРСПЕКТИВІЗМ» Ф. НІЦШЕ ТА ЙОГО ВПЛИВ НА СУЧАСНІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ

Д. Бочаров

*Університет митної справи та фінансів,
м. Дніпро, вул. В. Вернадського, 2/4, e-mail: dmytroboch@gmail.com*

Епістемологічний перспективізм Ф. Ніцше, з одного боку, вважається очевидним і ґрунтовно дослідженим аспектом його філософії, а з іншого, породжує безліч питань. Як слушно зазначає С. Шаап, «про перспективізм Ніцше говорено багато і непорозумінь тут удосталь» [1, с. 21]. На думку Т. Лютого, не існує варіанта «істинного» Ніцше. Це — філософ-Протей, якого неможливо перекувати під конкретні забаганки. Він репрезентує неконвенційну позицію, що залишає можливість мислити інакше. Це мислення, що невідворотно повертається до себе, щоби запитати про те, як воно можливе. Рушаючи до себе, воно щоразу наново споряджає свій апарат розуміння, включно із засобами мови. Подібний допредикативний досвід обертається навколо герменевтичного кола тлумачень і неминуче викликає «вічне повернення до Ніцше». Своїм типом мислення Ніцше підійшов до межі будь-яких смислових оприявлень і засвідчив невинну тяглість філософського дискурсу [2, с. 17]. Відтак і перспективізм Ф. Ніцше постає то як релятивізм, то як епістемологічний плюралізм, то як прагматизм або навіть агностицизм, надаючись, утім, і до позитивістських трактувань [1, с. 13-22]. Тому вести мову про Ніцшеву доктрину перспективізму можливо, лиш узявши відповідний термін у лапки й не забуваючи про те, що «один і той самий предмет, один і той самий феномен змінює смисл залежно від сили, яка його привласнює; тому смисл — поняття складне: завжди присутні множинність смислів, констеляція, комплекс послідовностей і співіснувань... немає події, феномена, слова чи думки, смисл яких не був би множинним» [3, с. 11].

Однак, навіть у своєму «недовершеному», в науковому сенсі, вигляді перспективізм Ф. Ніцше справив потужний вплив на таких філософів як Х. Ортега-і-Гассет (який був послідовним «ніцшеанцем» у певних аспектах своєї творчості [2, с. 814-815]), М. Мерло-Понті (його становлення як філософа відбувалося поміж А. Бергсоном із його концепцією «життєвого пориву» [2, с. 790] і однодумцем/опонентом Ж.-П. Сартром, що захоплено студіював Ніцше в *École normale supérieure rue d'Ulm* [2, с. 794]), Г. У. фон Бальтазар (на філософські вподобання якого суттє-

во вплинув «ніцшеанець» М. Гайдегер [2, с. 781]), кристалізувавшись у стрункі перспективістські концепції.

Слід відзначити й те, що опосередкований вплив Ніцше часто виявлявся більш продуктивним, ніж пряме наслідування та захоплення модними кліше, і подальший розвиток концепту епістемологічного перспективізму тому найкраще підтвердження. Прикметним у цьому сенсі є вплив «перспективізму» Ф. Ніцше на феміністичні теорії, в яких підважується твердження про безтілесний, транс-перспективний погляд на речі, що провадиться «нізвідки». Саме Ніцше належить думка, що жінки й чоловіки мають несхожу перспективу світосприйняття, і кілька тез, підхоплених фемінізмом — насамперед в частині критики об'єктивності як незацікавленого споглядання. Такий постулат потребує визнання безтілесної, нейтральної перспективи, натомість Ніцше наполягав на включенні в пізнавальний акт афективних чинників знання, які традиційно ігнорувалися, зокрема тілесного досвіду [2, с. 8]. Вельми своєрідна інверсія рекомендації «йдеш до жінок? — не забудь канчука!» [4, с. 69], хіба ні? Мудрість любить обхідні шляхи. Не випадково й Заратустра, повертаючись у гори, не шукає прямої дороги, а свідомо блукає манівцями, звивистими стежками й чагарями [2, с. 659].

Так чи так, а перспективізм є важливою частиною філософії Ф. Ніцше, що явно чи неявно пронизує все його мислення, становить визначальний концепт Ніцшевої теорії пізнання та джерело натхнення численних послідовників [2, с. 888, 889].

Як вже зазначалося, Ф. Ніцше не є фаховим філософом і в своєму вченні про пізнання й істину не спирається на опорні поняття філософії. Його філософія як «роздуми про самого себе» постає в безперервній конфронтації з самим собою, в конфронтації, яка потребує внутрішньої відстороненості, «дистанції»; його філософування має характер безперестанної розмови: написане складається з великої кількості фрагментів, зосереджених навколо деяких головних питань, це безперервний діалог, незавершений і такий, що завершеним бути не може [1, с. 9]. А втім, той факт, що Ніцше повсякчас повертається до ідеї істини й пізнання, заперечує часто приписуваний йому агностицизм, байдужість чи нехтування пізнанням та істиною, й змушує уважніше придивитись до його творчого доробку саме в цьому аспекті.

Пізнання. У своїх уявленнях про пізнання й істину Ф. Ніцше засадничо відкидає традиційну ідею істини як «дзеркального відображення» дійсності в свідомості [1, с. 10]. На його думку, людині важко дається пізнання, не кажучи вже про щось таке як істинне пізнання тому, що вона не

має в своєму розпорядженні жодного «дзеркала»: «Адже в нас немає ніякого органу для пізнання, для «істини»: ми знаємо рівно стільки, скільки може бути корисним в інтересах людського роду». Відсутність відповідного «дзеркала» — належним чином розвинутого когнітивного органу, проблематизує не лише істину, але й менш претензійні категорії пізнання [1, с. 16]. Натомість образ дзеркала символізує для нього некритичне пізнання, тобто таке, що зі справжнім пізнанням має мало спільного [2, с. 752-753]. Так, побачивши уві сні дитину з дзеркалом, Заратустра розуміє, що його вчення спотворене [4, с. 83]. Ніцше слушно спростовує й поширене переконання, що світ відбивається в очах людини як у дзеркалі: свідчення наших очей, їхнє «дзеркальне» відображення є тією нашою поетико-логічною здатністю виявляти перспективи всіх речей, яка й уможливує наше життя. Справа не тільки в істинному сприйнятті речей, а в тому, щоб у мислимому побачити сприятливе для існування [2, с. 889].

Дійсність — важкодоступна і сувора. Осягання смислу дійсності Ніцше характеризує як успадкований тваринний інстинкт, покликаний забезпечити збереження індивіда, громади, раси, держави, церкви, віри, культури [1, с. 13, 15, 22]. Але на відміну від тварин, в яких цей інстинкт більш чи менш фіксований, що водночас імплікує те, що тварина володіє приблизно чіткою та однозначною картиною дійсності, в людини справа виглядає зовсім інакше — як в окремого індивіда, так і всередині міжлюдських життєвих зв'язків. В усьому, що людина думає і робить, через специфічний кут зору характеризується активність, певна орієнтація і напрямок. Це інтерпретація, яка робить можливими бачення й осягання світу, зумовлює людські цінності й переконання і визначає вектор людських спонук та інстинктів — і водночас забезпечує виживання й зростання організму. Це властивість, яка стосується не лише органічних, але й культурно визначених перспектив [1, с. 22-23].

Іншими словами, пізнання для людини є формою пристосування до дійсності з метою ефективного забезпечення виживання, самореалізації й самовідтворення. Людське пізнання має цілком прагматичну ціль: зробити існування людини в світі безпечним і більш-менш комфортним. І саме з цієї позиції пізнання характеризується як істинне або хибне, а зовсім не з огляду на його відповідність дійсному стану речей.

У результаті цієї першочергової орієнтації на користь і на елементарні потреби в пізнання прокрадається, поряд з неминучою поверховістю та абстракціями, повнота людських доповнень. Тому Ніцше характеризує цей когнітивний результат як оману, як віру в переконання чи навіть як брехню та обман. Згадані доповнення та позначення,

однак, можуть бути корисними, адже без певного опертя на когнітивні омани Ніцше вважає життя неможливим. Пізнання — це підміна багатоманітного однаковим; життя можливе лише завдяки такому апарату фальшування. Мислення, відчуття, бажання — це процеси фальсифікуючого перетворення, підробки, асиміляції дійсності, унаслідок чого замість неї постає прийнятна для людини реальність [1, с. 19]. Як зазначає С. Шаап, те, що ми розуміємо під епістемологічною істиною, цим самим не суперечить омани, а містить радше спосіб омани, без якої певний вид живої істоти не міг би існувати; зрештою, переважає цінність життя. Головні різновиди омани більшою чи меншою мірою є неминучими ознаками реальності і тому загалом не зазнають критики з боку Ніцше, адже вони зумовлені цінністю життя [1, с. 19].

Ніцше переконаний, що все наше знання засноване на фальсифікації та спрощенні світу з огляду на утилітарні потреби, та без цього ми не змогли б по-справжньому розкошувати життям [5, с. 29]. Якби можна було дивитися на світ без «фільтру» людської перспективи, то це був би зовсім інший світ [2, с. 689], нескінченний, бентежний, хворобливий, у якому все мерехтить суперечними оцінюваннями і відтак суперечними спонуками [1, с. 22], паралізує слабку волю й прирікає на поразку.

Отже, у своєму розгляді пізнання Ф. Ніцше допускає неминучі та нешкідливі вияви омани, а ще більшою мірою — омани, корисні для людини: адже їх надмір зумовлений еволюційно [1, с. 20], формує людську перспективу світосприйняття й дозволяє людині зносити «нестерпну легкість буття» й безжалісність істини [1, с. 10, 13, 17]. Чимало «хибних суджень» можуть бути життєво важливими. Інколи просто неможливо чітко розпізнавати, що є «справжнім», а що тільки «істинним для нас». Таким чином, про «істину» дозволено говорити з урахуванням нашої людської перспективи [2, с. 692].

Перспектива. Як слушно зауважує Т. Лютий, «перспектива» означає для Ніцше три моменти:

по-перше, як і в класичній традиції європейського живопису, це створення ілюзорної глибини на поверхні. Такою є метафора філософії моралі: тобі здається, що бачиш глибину, приміром, трансцендентного бога, хоча він дивиться на тебе з поверхні;

по-друге, перспектива — це те, що є на «передньому плані» і видається найбільшим і головним. Це слугує метафорою для цінностей або принципів, які вважаються самозрозумілими завдяки перебуванню на передньому плані, а того, що лежить у глибині, не видно;

по-третє, перспектива — це така ідея, що кожен індивід має іншу точку оптичного погляду. З цього випливає, що нема достеменних моральних універсалій. Значення вкоренилися в історії в суспільстві й інституціях, а нарешті, цінності стали вираженням фізіології, котра є результатом тривалого процесу добору. Вибір між речами може бути зроблено тільки в перспективі [2, с. 662].

Насамперед, перспектива для Ніцше — це інтерпретація (й оцінка). Перспективу він називає інтерпретацією, яка робить можливим бачення і осягання (осмислення) світу, всі можливі інтерпретації виступають у ролі перспективних оцінок [1, с. 22-23; 2, с. 755]. За Ж. Дельозом, у Ніцшевому розумінні «оцінка оцього й отого, уважне обмірковування речей і смислів кожної з них, облік сил, які щомиті визначають аспекти якоїсь речі та її зв'язків з іншими речами, — все це утворює найвище мистецтво філософії: мистецтво інтерпретації» [3, с. 12]. Смысл певної речі — це відношення цієї речі до сили, що її проймає, вартість певної речі — це ієрархія сил, виражених у цій речі як складний феномен [3, с. 17]. Інтерпретувати — це визначати силу, яка надає речам сенс. Оцінювати — це визначати волю до влади, що надає речам вартості [3, с. 86]. Таким чином, інтерпретувати й оцінювати — означає зважувати [3, с. 12], вимірювати й організовувати.

Сила і воля — сутності, які Ф. Ніцше вважає визначальними в життєвому сенсі й розглядає в якості відправного пункту будь-якої оцінки, не надто придатні до візуалізації. Однак теорія перспективи надає в його розпорядження готову модель репрезентації дійсності разом із її диспозитивом; тому Ніцше охоче послуговується метафорою перспективи в усіх випадках, які потребують задіяння понять інтерпретації, ієрархії, дистанції й переосмислення цінностей, розраховуючи на обізнаність своєї аудиторії в елементарних питаннях організації візуального простору в малярстві.

Відтак перспектива як заснований на математичних (геометричних) закономірностях спосіб передачі природного зорового сприйняття простору на площині, технологія забезпечення оптичної глибини двовимірних зображень шляхом узалежнення вигляду, розмірів і розташування їх елементів одне від одного, оптичного центру й позиції спостерігача, організація візуального простору як системи значень і смислів набуває в філософії Ф. Ніцше особливої ваги.

Ніцше не втомлюється наголошувати на тому, що перспектива — ілюзійна техніка, яка створює враження глибини, хоча насправді має справу лише з площиною. Ефект глибини тих чи інших речей досягаєть-

ся їх розміщенням стосовно інших, а також стосовно спостерігача. Те, що перебуває на передньому плані, набуває більшого смислу й цінності та «поглиблюється» розташуванням щодо нього інших, «віддаленіших» і тим самим менш значущих у цій перспективі об'єктів. Підспудне розуміння того, що конституційована в означеній перспективі ієрархія доволі умовна, оскільки визначається не лише розташуванням речей стосовно одна одної, але й у першу чергу позицією спостерігача, нівелюється усвідомленням, що будь-який шедевр малярства попри всю свою позірну глибину є пласким зображенням на поверхні: принаймні дивний вигляд мав би той, хто намагався б відтворити зворотню перспективу, розглядаючи картини зі споду. Виникає парадоксальний ефект: означена перспектива з репрезентованою в ній ієрархією (сми́слів, значень, цінностей) визнається єдиною можливою й абсолютизується. Люди немов «забувають», що мають справу з однією з численних можливих перспектив і проголошують її єдиною можливою. Так ув ілюзійному зображенні глибини на поверхні поверхня бере гору над глибиною.

Тому-то так непросто усвідомити справжній характер пізнання й усталених у суспільстві цінностей і норм. У своїй культурній орієнтації людина сама знайшла і вибрала певні перспективи; відтак ці перспективи і судження про цінності, що спираються на них, досягли більшою чи меншою мірою вагомого значення. Це значення набуло ще більшої нормативності й обов'язковості, коли людина «забула», що вона почала жити як згідно з власними рішеннями, так і згідно з власними судженнями про цінності, надавши їм значення абсолютних [1, с. 22-23]. Адже «ставлячи істину на голову, ми зазвичай не помічаємо того, що також і наша голова вже перебуває не там, де мала б бути» [6, с. 111].

У рамках культурної орієнтації людини на перспективістському фундаменті стоїть і пізнання, включно з науковим. Інтерпретації, які утвердились, подаються у світлі «нормального» та «об'єктивного», і завдяки цьому відкритий світ сприймається як одного разу дана і стверджена реальність. Нелегко розгледіти власні перспективи, насамперед тому, що їм властива владолюбна орієнтація («ненависть до справжнього», свого роду інстинкт самозбереження) і вони намагаються внутрішньо опиратися будь-якому втручанням ззовні, будь-яким спробам викриття їх справжньої суті [1, с. 24]. Людський розум здебільшого не годен до власної критики, незаангажоване мислення *a priori* не властиве свідомості, логіка застосовується лише до негрунтовних процесів, а пошук істини полягає в зведенні до загальноприйнятого. Тож «безстороннє» мислення, як правило, є невмотивованою фікцією, що виокремлює якийсь один

елемент — і абсолютизує його [2, с. 752] як «пласку істину», наділяючи позірною глибиною.

Натомість Ніцше раз-по-раз атакує ідею про єдиний спосіб бачити речі або про те, що можна досягти точки зору, яка задовольнить усіх [2, с. 690]: насамперед, необхідно чітко усвідомити, що світ пропонує необмежений простір для перспектив і «містить потенційно нескінченні інтерпретації»; отже, не існує абсолютних істин; немає ні «однакових», ні «ізолюваних», ні «вічних» фактів, ні «фактів як таких» [1, с. 23; 2, с. 889; 6, с. 196-197; 7, с. 21], є лиш інтерпретації, тим більше в царині цінностей [5, с. 67]. Як зазначає з цього приводу Ж. Дельоз, один і той самий предмет, один і той самий феномен змінює смисл залежно від сили, яка його привласнює. Тому смисл — поняття складне: завжди присутні множинність смислів, констеляція, комплекс послідовностей і співіснувань. Немає події, феномена, слова чи думки, смисл яких не був би множинним. Із-поміж усіх смислів певної речі сутністю називатимуть саме той, що його надає їй сила, яка наразі виявляє з нею найбільшу спорідненість [3, с. 11, 12] або панування якої беззастережно. А що людина, спокушена метафорою дзеркала як «вікна у світ», схильна бачити дійсність так, як малює, то й утверджує актуальні сутності як єдино можливі лубкові мальовидла. Ніцше зауважує, що навіть глибокі мислителі почувають себе комедіантами при спілкуванні з іншими людьми: аби останні могли їх зрозуміти, ті змушені лицемірно вдавати із себе поверхневих [6, с. 130]. Одним із фундаментальних прагнень духу він вважає прагнення до ілюзорності, до спрощення, до маски, до балахона, одне слово, до поверхового [5, с. 124].

Але не можна впадати й у протилежну крайність, заперечуючи «площинну» репрезентацію. Поверхня приховує глибину, а глибина проявляє себе на поверхні. Щонайглибші речі завжди приховані під поверхнею [2, с. 693]. Загальновідомий пієтет Ніцше [див., напр.: 5, с. 51; 6, с. 115-118] перед еллінською культурою: «О, ці греки! Вони вміли-таки жити; для цього потрібно хоробро залишатися на поверхні, при складках, біля шкіри, схилитися перед ілюзією, вірити в форми, звуки, слова, у весь Олімп ілюзій! Ці греки були поверхневими — з глибини!»

Давні греки як представники переважно аудіотактильної культури пізнавали світ як об'ємний; саме тому античне мистецтво — це насамперед архітектура та скульптура (про дискурсивний вимір культури наразі не йдеться), антична оптика й прототеорія перспективи виходили з потреби проєкувати зображення на сфероїдальну, а не на пласку поверхню. Як зазначає Е. Панофський, «уявляючи собі поле зору

сфероїдальним, античні мистці в усі часи виходили з того, що видимі розміри (як проекції предметів на очне яблуко) визначаються не віддаленістю речей, а винятково величиною кута зору); відтак і візуальна відмінність однакових величин, побачених з різної відстані, залежить не так від співвідношення відстаней, як від різниці кутів зору [8, с. 39-40]. Але набуття ренесансною теорією перспективи характеру мистецької парадигми у подальшому витіснило це розуміння, змусивши «забути» навіть восьму теорему Евкліда, де доведено слухність позиції античних «теоретиків мистецтва» [8, с. 40]. Утвердження ренесансної теорії перспективи як канону сприйняття й зображення дійсності не лише серед митців, але (через їхні твори) й пересічного загалу, наразі зумовлює сприйняття дійсності як плаского зображення, і з цим слід рахуватися. Змушений був рахуватись із цим і Ніцше, який наголошував, що справжню глибину під поверхнею здатні вбачати лише глибокі натури, чия глибина резонує з прихованою за пласким зображенням. Утім, частіше весь світ гадає, що бачить природну глибину там, де насправді є лише холодне скло, адже погляд на глибокі речі того, хто не має в собі необхідної глибини, нагадує погляд скляного ока [6, с. 81-82].

Відтак для філософії Ф. Ніцше надзвичайно важливі концепти кута зору, (ракурсу, який він зазвичай без застережень іменує «перспективою») і власне спостерігача, тобто того, хто дивиться й бачить (інтерпретує й оцінює). Поширену й загальноновизнану його сучасниками думку, що пізнання — це дзеркальне відображення (безтілесне незацікавлене споглядання [2, с. 8]) дійсності Ніцше відкидав, наголошуючи на принциповому значенні того, ким і з яких позицій здійснюється пізнання й наполягаючи на включенні в пізнавальний акт афективних чинників знання, які традиційно ігнорувалися: «Завдання намалювати картину життя, як би часто воно не ставилося поетами і філософами, є, все-таки, безглуздом: навіть з-під рук найбільших малярів-мислителів завжди поставали лише картини і образи з якогось життя, а саме з їхнього життя; щось інше навіть не є можливим» [6, с. 23]; «жадання подолати афект — це, зрештою, тільки жадання іншого чи багатьох інших афектів» [5, с. 68].

Вихований на античних ідеалах і культурі тіла Ніцше відмовляється сприймати психофізичний дуалізм Декарта, заснований на протиставленні тіла та свідомості, й дотримується тієї точки зору, що свідомість має тілесне походження: для нього тіло становить відправний пункт для з'ясування, чим є суб'єкт [2, с. 901]. Він провіщає добу «скромності свідомості». На думку Ж. Дельоза, закликати свідомість до необхідної скромності — це прийняти її такою, якою вона є насправді: симптом

трансформації, глибшої, ніж духовна й активності сил зовсім іншого гатунку, ніж духовний («при всьому розвитку духу мова йде, можливо, про тіло», — зауважує Ніцше) [3, с. 65].

«Я, і суперечність та складність цього Я промовляють якнайщиріше про своє буття — це творче, вимогливе, поціновувальне Я, що є мірою і цінністю речей. І це якнайщиріше буття, це Я промовляє про тіло і прагне тіла, навіть коли говорить натхненно, і мріє, і б'ється потрощеними крильми. Все щиріше воно, це Я, навчається промовляти, — і що більше навчається, то більше знаходить слів і шаноби для тіла і світу. Нових гордощів навчає воно: не ховати більше голови у пісок небесних речей, а тримати її гордо: адже це земна голова, що створює сенс світу!» [4, с. 31]. «Я», — кажеш ти і дуже пишаєшся цим словом. Та більше за нього те, у що ти не хочеш вірити, — твоя плоть з її великим розумом; вона не каже «Я», а творить його [4, с. 33]. За твоїми думками й відчуттями стоїть твоя власна суть. У твоїй плоті живе вона; вона і є твоя плоть. Розуму більше у твоїй плоті, ніж у твоїй вищій мудрості [4, с. 34]. Плоть — це великий розум, множинність з однією суттю, війна і мир, отара і пастир. Твій невеличкий розум і твоє «Я» — теж знаряддя твоєї плоті; це невеличке знаряддя, цю іграшку власної суті ти називаєш духом [4, с. 33].

Конструювання власного образу тіла він переважно здійснює через бінарні опозиції здорового й хворобливого та чоловічого й жіночого.

Ніцше підкреслював, що наділений вкрай загостреним відчуттям здорового і хворобливого та «впевненішою й рівномірнішою тональністю (пафосом) здоров'я», бо через свої недуги краще за тілесно міцних розуміється на філософії тілесного й душевного здоров'я й одужання [6, с. 172].

Здоров'я для нього становить ідеал людського розвитку й культури (як у досократичній Греції), пов'язане з силою, енергією й достатком, на противагу аскетизму, що зумовлює занепад й утілює ресентимент (хворобливу реактивність). «Краще слухайтеся голосу здорової плоті — цей голос щирий і чистий. Щиро і чисто промовляє здорова плоть, довершена і нескута; і каже вона про сенс світу» [4, с. 33]. Натомість хвороба призводить до моральної чи метафізичної відмови від тіла, підсилює втому й нездатність до будь-якої дії, зумовлює ресентимент [2, с. 872]. Тож хай одужають хворі, хай переборють власну недугу й створять собі досконаліше тіло! [4, с. 32]. Однак, як і в випадку з самим Ніцше, який не відзначався міцним здоров'ям, опановувана тілесна хворобливість може зумовлювати й належну перспективу. За влучним спостереженням Ж. Дельоза, у цьому питанні оцінки Ніцше амбівалентні: сили, чий реак-

тивний характер він розвінчує, невдовзі ним же визнаються дивовижними, незрівняними завдяки ракурсу, який вони відкривають, і тривожній волі до влади, про яку вони свідчать: «З оптики хворого виглядаючи здоровіші поняття й цінності й знову-таки, навпаки, з повноти і самовпевненості багатого життя дивитись униз на потаємну роботу інстинкту занепаду (декадансу)...» [3, с. 103, 105].

Чоловіче та жіноче Ф. Ніцше розрізняв не лише з позиції тілесних відмінностей, функцій і когнітивних особливостей, але й із огляду на властиві афекти. У цілому його позиція в цьому питанні мало відрізнялася від усталених у маскулітному світі шовіністичних стереотипів щодо «другорядності» жінки [див., напр.: 5, с. 71], але в такий спосіб він підважував міф про безтілесного незацікавленого спостерігача — суб'єкта пізнання [2, с. 8], свідомо розрізняючи «чоловічі» й «жіночі» перспективи. Окрім того, ним висловлено й чимало слухних зауважень про специфіку психофізичних реакцій обох статей. А гострі й упереджені судження про жіночу суть значною мірою могли бути пов'язані з усвідомленням самим Ніцше власної залежності від матері та сестри — залежності, яка тривала не лише протягом усього його життя, але й після смерті, — та зумовлені банальним ресентиментом.

Коментуючи Ніцшеве *credo* щодо пізнання, Ж. Дельоз наголошував на потребі кожен типологію розпочинати з визначення місця: того, до якої царини належать ті чи інші омани й істини, де вони сумісні, хто їх формує та осягає [3, с. 162]. Для самого німецького філософа поняття місця (точки зору), навпаки, утілювалося в типові суб'єкта пізнання, яких він змалював чимало. Це і чоловіки, і жінки, і тварини, і абстрактні сутності. Ці типи мають демонструвати те, в який спосіб можливе діяльне осягання істини (або відмова від нього) з певного місця, точки зору.

Ось лише вкрай узагальнені типи, якими позначено сталі точки зору в розмаїтті можливих ракурсів світосприйняття:

Об'єктивна людина — це живе дзеркало: вона звикла підпорядковуватись усьому, що має бути пізнаним, відкидає будь-яку втіху, крім тієї, яку дає пізнання, «відображення»; вона чекає, аж щось прийде і ніжно пригорнеться, і пильнує, щоб на її поверхні та шкірі не пропали й сліди привидів, що ковзають легкою ногою. Все, що лишається в неї від особистості, вона сприймає за випадкове, часто довільне, а ще частіше за перешкоду: саме такою мірою вона перетворюється на прохідний двір і реєстраційну контору чужих постатей і подій... Об'єктивна людина — це знаряддя, коштовний вимірювальний прилад із високоточним дзеркалом, який легко б'ється і тьмяніє і який слід берегти і шанувати;

витончена й мінлива ливарна форма, що має спершу чекати на якийсь зміст та наповнення, а відтак уже «формуватися»; здебільшого це людина без власного змісту і наповнення [5, с. 99-100, 101], тобто мертва, абстрактна, неіснуюча людина.

Потолоч (набрід, стадо) — нижча людина, яка належить до стада, не має схильності до радості й вольового прийняття своєї долі, мужності вчинку і відповідальності та прагне тваринного стану рівних прав і мінімального добробуту [2, с. 899; 4, с. 98-99]. Стадна людина прославляє як істинно людські чесноти такі властивості, котрі роблять її покірливою, терплячою, корисною стаду: дух солідарності, доброзичливість, уважність, сумлінність, стриманість, скромність, поблажливість, співчутливість, обачність, схильна до моралізаторства й керується здебільшого страхом [4, с. 299-300; 5, с. 88]. У збуреному стані потолоч озлоблюється й схильна до реактивних оцінок і дій: осуду, злопам'ятства, помсти [5, с. 206-207].

Остання людина — ідеал стада, її чесноти — заспокоєння, безтурботність, поміркованість, ситість, досягнута єдність [5, с. 88]. У Ніцше цей образ є характеристикою самозаспокоєння: бути щасливим означає залишатися таким, яким ти є, без жодної пристрасті чи відповідальності, коли життя стає одноманітним і безпечним. Цей тип відкидає прагнення до самоперевершення, переоцінки цінностей та жадання влади; внеможливіє будь-який подальший розвиток. Намагаючись пробудити в юрби відразу до образу «останньої людини», Заратустра з сумом усвідомлює, що натопв у захваті від нього [2, с. 607, 886; 4, с. 15-16].

Вища людина — характеризується відвагою, енергійністю, шляхетністю духу та радісним сприйняттям дійсності й долі; завдяки самоперевершенню спроможна розвинути в надлюдину. Вища людина зобов'язана підносити власну мораль і творити власну долю, утверджуючи життя, й уникати ресентименту [2, с. 853; 4, с. 300-307]. За Ніцше, існують три стадії духу вищої людини:

а) верблюд — перше з трьох перетворень духу на шляху до надлюдини; це вільний дух, оскільки усвідомлює тягар власної ноші та його цінність для себе, його тягар суть засіб реалізації й зростання власної сили [2, с. 611, 853; 4, с. 24-25]. Верблюд утілює спокійну впевненість, здійснює свою силу без гордині та захоплення чужою владою, не прагне швидких і безпечних відповідей; він символізує трансформацію ненависного Ніцше аскетичного ідеалу в ідеал свідомого культивування власної сили й відповідальності аж до самозречення, до межі можливого;

б) лев — друга стадія перетворення духу, на якій верблюд перетворюється на володаря пустелі й скидає з себе тягар накопичених смислів

та чужих оцінок — перемагає дракона «Ти-мусиш». Лев символізує негативну переоцінку й відкидання нав'язаних цінностей та свободу (можливість) творення нових [2, с. 611-612; 4, с. 25-26]. Але попри завоювання права самому творити цінності, лев ще не має такої здатності, його зв'язка полягає в спростуванні й відкиданні усталених;

в) дитина — динамічний символ невинності енергії, чий дух не обтяжений марним тягарем, а веселий і звільнений; у цьому образі проступає фундаментальна передумова волі до влади. Дитина — це невинність і забуття, новий початок, гра, колесо, що крутиться само собою, перший порух, свята згода з усім; тільки дитина здатна створювати нові цінності [2, с. 612, 863; 4, с. 26]. Дитина — це не вік, це стан духу, який характеризується відкритістю до дійсності й готовністю до її самостійного осмислення в казці й грі. «Ми гадаємо, — зауважує Ф. Ніцше, — наче казка і гра належать лише дитинству: які ж ми короткозорі! Немов ми здатні якийсь період свого життя обходитись без казок та ігор! звичайно ж, ми сприймаємо і називаємо їх інакше, але це, власне, свідчить лише на користь того, що це одне і те ж: адже й дитина розуміє гру, як свою роботу, а казку — як свою істину» [6, с. 140]. Утім, значно важливіше те, чи дорослі здатні розуміти свою роботу як гру, а істину — як казку. Зрілість змужніння — здатність до тієї серйозності, з якою дитина сприймає гру [5, с. 66]. Ця спроможність, власне, й позначає третє перетворення духу.

Надлюдина — алегорія тієї форми людського життя, яка звільнилася від тягара аскетичного ідеалу, страху та ресентименту, розглядаючи себе і світ крізь призму волі до влади, уся вона — «блискавка і шаленство» [4, с. 12]; з цим концептом пов'язані найбільш утопічні та футурологічні міркування Ніцше [2, с. 602]. Досконала (над)людина майбутнього має постати з вищих людей завдяки їх самоперевершенню через виховання самовладання, відваги, твердості, шляхетності й радісного прийняття долі. Приймаючи тезу про «смерть бога» й відкинувши рабську мораль, (вища) людина має відмовитись від обмежень інстинктивного життя й створити власні цінності, суголосні її жаданню влади. Прототипом надлюдини для Ніцше є стародавні греки, що жили й діяли безстрашно [2, с. 882].

Кожен із цих типів відтворюється в окремих аспектах у більш деталізованих описах. Так, нижчі люди проявляються в «збочених у потойбічність», «тих, хто зневажає плоть», «тих, хто проповідує смерть», «мух на торговищі», «мстивих тарантулів», «відступників», «співчутливих» і «чеснотливих»... Натомість серед вищих людей подибуємо «королів» і «вояків», «останнього папу» та «сумлінного духом», «канатохідця» й «штукаря», «найбридкішу людину» і «жебрака з власної волі». Усе це

образи, в яких набуває втілення та чи інша людська властивість; це специфічні точки зору, уміщені в певних тілах. Як зазначає Ж. Дельоз, тіло є полем сил, сприятливим ґрунтом, за який точиться боротьба між багатьма силами; хоча насправді немає ні «ґрунту», ні поля сил чи битви. Немає якоїсь кількості реальності, будь-яка реальність — вже якась кількість сили; певні кількості сили «в напружених стосунках» між собою. Будь-яка сила співіснує з іншими, подекуди скоряючись, подекуди скоряючи. Саме цей зв'язок між владними та підвладними силами визначає тіло. Будь-яке відношення сил утворює тіло: хімічне, біологічне, соціальне, політичне [3, с. 66].

Те чи інше тіло може мати здатність до тієї чи іншої точки зору або декількох, а може й не мати відповідного «місця» для тієї чи іншої точки зору. «Робіть собі що хочете, — каже Заратустра нижчим людям, — але спершу станьте такими, що можуть хотіти!» [4, с. 177]. Здатність хотіти не є якимсь спонтанним станом, але виникає тоді, коли дух стане іманентним (відповідному рівню) волі до влади [2, с. 658]. Прикметним у цьому сенсі є приклад «блідого вбивці». «Моє Я — це те, що слід перебороти, — каже він. — Моє Я — це велика зневага до людини» [4, с. 37]. Та помисли — одне, вчинок — друге, а образ учинку — третє. Образ примусив збліднути цю бліду людину. Вона була на висоті свого вчинку, коли його чинила, а вчинивши, не стерпіла його образу [4, с. 38]. Він був не готовий до вчинку, в ньому ще немає місця для належного бачення, тож він побачив моторошний образ власного вчинку — і вжахнувся, і впав під його тягарем. Дивним чином сюжет із «блідим убивцею» перегукується з образом Раскольникову. За його теорією, люди поділяються на два розряди: нижчих і вищих. Перші, беручи загалом, люди за особистістю своєю консервативні, добропристойні, живуть у слухняності й люблять бути слухняними. Другий розряд — ті, хто здатний на нове слово (переоцінку цінностей), переступає закон, руйнівники або схильні до того, кожен відповідно до своїх здібностей; здебільшого вони вельми різноманітними способами вимагають руйнування сучасного в ім'я кращого. Перший розряд завжди — володар сучасного, другий розряд — володар майбутнього. Перші зберігають і примножують світ чисельно; інші рухають світ і ведуть його до мети. Коли такій людині потрібно для своєї мети переступити бодай і через труп, через кров — має право. А втім, можлива й помилка, коли хтось із перших через певні жарти природи незважаючи на вроджену схильність до слухняності вирішить, що належить до вищих людей і почне лізти в «нове слово» (дурненькі і марнославні особливо на цей гачок потрапляють; а надто молодь). Але на те все є тюрми, заслання

та каторги. А якщо його сумління змусить його страждати — то хай страждає, якщо визнає помилку — це і кара йому, крім каторги [9, с. 282-287]. Убивши стару лихварку та її сестру, сам Раскольников, урешті-решт не знісши тягара власного вчинку й замучений сумлінням, зізнається у скоєному й іде на каторгу. Він добре усвідомлює, чому так сталося: «Цією дурницею я хотів тільки поставити себе в незалежне становище, перший крок зробити, грошей добути, а там би все окупилося незмірними, порівняно з тим, корисними ділами... Але я, я й першого кроку не витримав, бо я — нікчема! Не та форма, не така естетично гарна форма! Боязнь естетики — перша ознака безсилля» [9, с. 562-563]. В естві цього блідого вбивці просто не було відповідного місця для виплеканої його розумом точки зору, тож ні на що не сперті умоглядні конструкції врешті-решт завалилися під тягарем усталених цінностей і жахливого образу скоєного, поховавши під собою «вищу людину» й натомість звільнивши від пут омани «звичайну людину» [9, с. 284], Родіона Раскольникова. Його «раціональна перспектива» виявилася псевдоперспективою. Дурненькі і марнославні особливо на цей гачок потрапляють; а надто молодь [9, с. 286].

Натомість ув естві сильніших і морально незаангажованих особин можуть знайтися місця й для декількох вельми відмінних — і навіть взаємовиключних — точок зору. Так, наприклад, сам Ф. Ніцше характеризував Сократа і як «розкутий дух», наділений веселою серйозністю й сповненою шельмівських витівок мудрістю, які забезпечують людині найкращий душевний стан, до того ж обдарований великим умом [6, с. 246], і як «потолок», «найпотворнішу людину», виродка, що своїм вченням поклав край величній і героїчній аристократичній добі в культурі стародавніх греків [2, с. 9, 730].

Що більше місць для різних точок зору має в собі людина, що більше кількість очей і «внутрішніх індивідів» — тим упевненіше вона почувається на шляху пізнання, вважав Ніцше. «Дивитися можуть сотнями очей, багато осіб!.. що більше індивідів хтось має в собі, то більше певності він матиме, аби відшукати істину, — а потім починається боротьба в ньому» [1, с. 26]. Водночас повноту суперечливих перспектив, що поєднуються в одній особі, Ніцше також розглядав як причину виявів хворобливості. Адже якщо відчуття людини неоднозначні, а сама вона втрачає спроможність зберігати рівновагу (тобто спроби фіксуватися на певних перспективах наштовхуються на суперечливі перспективи), виникає хвороблива плутанина, зумовлена слабкістю волі [1, с. 26].

Інколи така плутанина може набувати клінічних форм, як у випадку Біллі Міллігана, детально (хоча й однобічно) висвітленому Д. Кізом

[10]. Біллі потрапив у поле зору поліції у зв'язку з вчиненням пограбувань і згвалтувань; у результаті клінічних досліджень було встановлено, що в його естві уживаються понад двадцять чотири особистості різного віку, інтелектуального рівня, різної статі та тілесної комплекції, різних національностей, мов та соціального статусу. Є серед них діти, чоловіки та жінки, гетеро- й гомосексуали, талановиті художники й обдаровані літератори, технічні генії й непересічні музиканти, аристократи й поточ, комуністи й консерватори, наркомани й алкоголіки, дитина з вадами слуху, блазень і Девід Коперфілд [10, с. 5-8]. Принаймні таку кількість осіб (24) засвідчено й описано клінічно; десять із них проявляються більш-менш регулярно. Кожна з цих особистостей, як зазначалося, має власне фантомне тіло, тобто наділена власною тілесною організацією, статтю, віком і здібностями. Відповідно, кожна з них має своє власне бачення того, що відбувається зі стрижневою особистістю, «множинним Біллі», співвідносним із реальним тілом, і час-від часу перебирає на себе управління цією «комуною», за згодою чи свавільно, і тоді поведінка, система цінностей і навіть психофізичні реакції Біллі Міллігана суттєво змінюються. Інколи зміна домінуючої особистості супроводжується анамнезом, інколи залишається в пам'яті інших або Вчителя, сумарної особистості, утвореної в результаті часткового злиття двадцяти трьох альтер-его (в процесі лікування; під час загострень Учитель зникає або втрачає контроль над іншими) [10, с. 8].

У медичних висновках і судових рішеннях стан Біллі Міллігана кваліфікується як психічна хвороба — синдром множинної особистості, — яка потребує особливих умов утримання й лікування пацієнта [10, с. 481-482].

На відміну від нижчих людей, яким ще треба навчитись хотіти, Біллі Мілліган може хотіти будь-чого, адже майже для будь-якого жадання в його естві наявний відповідний ґрунт, а його множинні перспективи забезпечені необхідними «сотнями очей багатьох осіб». Жадання не знає закону [10, с. 488].

І хтозна, чи є випадок Біллі Міллігана історією психічного захворювання людини зі слабкою волею, зломленою широтою відкритих нескінченних перспектив, цинічного і вправного маніпулятора й актора (адже йому вдалося уникнути невідворотного ув'язнення й урешті-решт опинитися в медичному закладі санаторного типу [10, с. 504-505]), чи наділеної незмірною широтою духу щиросердої «дитини», здатної продукувати численні системи цінностей *ad hoc* відповідно до актуальних ситуацій і власних потреб та знаходити в собі місце для всякої точки зору.

Ба більше: істина може полягати й у тому, що Біллі Мілліган утілює очікуваний і палко провіщуваний Ніцше ідеал надлюдини.

Істина. Так, істина буває жорстокою. На цьому наголошував і сам Ф. Ніцше. Проте це не означає, що Ніцше заперечував можливість існування істини щодо дійсності як такої.

Тож чому б не відволіктись від часто приписуваної Ф. Ніцше констатації «істини не існує» [4, с. 285], та дослухатись до не менш приголомшливих слів не «тіні», а «батька» Заратустри:

«Якщо крім нашого світу прагнень і пристрастей немає нічого іншого реально «даного» і ми не можемо опуститися чи піднятися до жодної іншої «реальності», окрім реальності наших інстинктів (бо мислення — це тільки взаємовідносини цих інстинктів), чи не досить цього «даного», щоб на його основі зрозуміти й так званий механістичний (чи «матеріальний») світ? Зрозуміти як те, що має однаковий із нашими афектами ступінь реальності, як примітивнішу форму світу афектів, де все ще інтегроване в могутню єдність і тільки потім унаслідок органічного процесу відгалужується і формується як своєрідне життя інстинктів, у якому всі органічні функції синтетично поєднані з саморегулюванням, асиміляцією, живленням, виділенням, обміном речовин? У такому разі ми зобов'язані визнати каузальність волі за єдину причинність. Воля, природно, може діяти тільки на волю, а не на матерію; слід обміркувати гіпотезу чи часом не всюди, де ми визначаємо «дії», воля діє на волю, і чи часом не всі механічні явища, оскільки в них діє якась сила, теж засвідчують вияви сили волі, відбуваються під впливом волі. Якщо б усю сукупність життя інстинктів вдалося пояснити як формування й розгалуження основного різновиду волі, а саме жадання влади, ми б здобули собі право визначати всі сили, які діють, лише як жадання влади. Тоді й бачений зсередини світ, визначений і означений залежно від його «збагненого характеру» мав би бути не чим іншим, як жаданням влади» [5, с. 39-41].

Коментуючи це *credo* Ніцше стосовно «істини світу», Ж. Дельоз акцентує на декількох моментах.

Перше. Будь-який феномен виражає відношення сил, якостей сил і влади, нюанси цих якостей, словом, — певний тип сил і волі. [3, с. 132]. Отже, феномен — не видимість і навіть не явлення, а знак, симптом, який набуває свого смислу в актуальній силі; кожна сила — це привласнення, домінування, використання певного пласта реальності [3, с. 10]. Один і той самий предмет, один і той самий феномен змінює смисл залежно від сили, яка його привласнює, тому смисл — поняття складне: завжди

присутні множинність смислів, констеляція, комплекс послідовностей і співіснувань. Немає події, феномена, слова чи думки, смисл яких не був би множинним [3, с. 11].

У цій думці, за переконанням Дельоза, проглядає найвищий здобуток філософії, здобуття справжнього поняття, його зрілість... «Адже оцінка оцього й отого, уважне обмірковування речей і смислів кожної з них, облік сил, які щомиті визначають аспекти якоїсь речі та її зв'язків з іншими речами, — все це (або все те) утверджує найвище мистецтво філософії: мистецтво інтерпретації. Поняття сутності тут набуває нового значення, бо всі смисли не дорівнюють одне одному.. річ має стільки смислів, скільки є сил, здатних нею заволодіти. Проте сама річ не є нейтральною, а так чи так виявляється спорідненою з силою, що в певний момент її проймає (об'єкт і сам є силою, виразом певної сили, тому й існують ближча чи дальша спорідненість між об'єктом і силою, що його опановує). Із-поміж усіх смислів певної речі сутністю називатимуть саме той, що його надає їй сила, яка наразі виявляє з нею найбільшу спорідненість» [3, с. 12, 15] або ж певний баланс сил.

Друге. Поняття сили в Ніцше є поняттям сили, співвіднесеної з іншою силою, — в цьому аспекті сила називається волею; воля є розрізнувальною елементом сили [3, с. 15-16]. Тобто, будь-який феномен відсилає до типу, що становить його сенс і вартість, а також і до пластичної, невід'ємної від кожного випадку волі до влади — єдності, яка утворюється з множинності» [3, с. 132-133]. На запитання «хто (що?) інтерпретує?» Ніцше відповідає: воля до влади ... [3, с. 85].

Як зазначає Ж. Дельоз, проблема інтерпретації полягає в оцінці якості сили, яка надає сенсу певному феномену чи події, а відтак — у вимірюванні дійсного співвідношення сил. У кожному окремому випадку інтерпретація наражається на різноманітні труднощі та делікатні проблеми, — тут потрібне «вкрай тонке» сприйняття... [3, с. 85]

Третє. Воля до влади — не лише те, що інтерпретує, але й те, що оцінює. Інтерпретувати — це визначати силу, яка надає речам сенс; оцінювати — це визначати волю до влади, що надає речам вартості. Інтерпретувати й оцінювати — означає зважувати. «Значення смислу міститься в якості сили, вираженої в речі, — чи ця сила тут активна, чи реактивна, і якого вона відтінку? Цінність вартості міститься в якості волі до влади, вираженої в певній речі, — чи воля до влади тут є ствердною, чи заперечною, і якого вона відтінку?» [3, с. 85-87]. Активне та реактивне означають первинні якості сили, а ствердне та заперечне означають першочергові якості волі до влади.

Четверте. Оскільки Ніцше послуговується метафорою репрезентації глибини на поверхні, велике значення для нього мають концепти дистанції, рангу та ієрархії. *Дистанція* є розрізнявальним елементом, присутнім у кожній силі, завдяки чому одну силу може бути співвіднесено з іншими [3, с. 15]. Належна дистанція вможливує адекватність оцінки: «Ми завжди споглядаємо себе із надто близької дистанції, а ближнього — із надто далекої. Тому й трапляється те, що про останнього ми міркуємо надто узагальнено, а про себе — на основі надто поодиноких і визначних рис та вчинків» [6, с. 180]. Окрім того, Ніцше обстоює пафос дистанції — усвідомлення переваги, в результаті якої порядок *рангу* як місця в ієрархії забезпечує піднесення вищих цінностей [2, с. 887]. Слово *ієрархія* в Ніцше має два сенси. У позитивному смислі воно означає різницю між активними та реактивними силами, вищість активних сил над реактивними. Натомість у негативному ієрархія означає також перемогу реактивних сил, заразливу дію реактивних сил і складну організацію як її наслідок. У цьому другому сенсі мораль і релігія (а також право) є теоріями ієрархії [3, с. 95]. Видається, що саме ієрархія втілює для Ніцше перспективу, є формою її об'єктивації не у візуальному просторі, а в реальному житті.

І насамкінець: будь-яку річ співвіднесено зі силою, здатною її інтерпретувати; будь-яку річ співвіднесено з тим, що вона може, від чого вона невід'ємна. Те, що не дає себе інтерпретувати силі, ні оцінювати — волі, вимагає якоїсь іншої волі, здатної його оцінити, якоїсь іншої сили, здатної його інтерпретувати. Будь-яка інтерпретація може бути витіснена тільки іншою та й то — більш потужною; вищий ступінь влади відповідає іншому рівню інтерпретації (свідомість, відчуття, домагання, сприйняття). Проте ми, як правило, воліємо зберігати інтерпретацію, яка нам до снаги, і заперечувати річ, яка не відповідає нашій інтерпретації [2, с. 568, 755; 3, с. 39].

Ніцше виступає проти розуміння істини як абстрактно-універсальної: «При цьому ніколи не зіставляють себе з реальними силами, які творять думку, а саму думку ніколи не зіставляють із реальними силами, що їх передбачає думка як така. Істинне ніколи не зіставляють із тим, що воно передбачає. Таж немає такої істини, яка, перш ніж бути істиною, не була би здійсненням певного смислу чи втіленням певної вартості: істина як поняття є цілком невизначена. Усе залежить од вартості й сенсу того, про що ми мислимо. Ми завжди маємо ті істини, на які спроможні, залежно від смислу предмета нашого осягнення, від цінності предмета нашої віри. Адже помислюваний чи помислений сенс завжди здійсню-

ється остільки, оскільки сили, які відповідають йому в думці, заволодівають чимось, привласнюють щось поза думкою. Зрозуміло, що думка не мислить сама, як і те, що сама вона не здатна досягти істини. Істинність думки слід інтерпретувати й оцінювати згідно зі силами чи владою, які зумовлюють її мислення» [3, с. 159-160]. Тому великі речі завжди дістаються великим людям, безодні — глибоким, трюїзми — поверховим, лагідність та огида — чутливим і, загалом і коротко, все рідкісне — особливим [5, с. 44]. Отже, істина — не початок думки, початком думки є сенс і вартість; категорії думки — не істинне та хибне, а шляхетне та підле, високе та нище — залежно від природи сил, які оволодівають самою думкою. Ми завжди маємо ту частку істинного та хибного, якої заслуговуємо: є ніці істини, істини раба, натомість наші найвищі думки можуть становити частку хибного, що набуває свого здійснення, верифікації, становлення істиною в творчому акті [3, с. 161].

Істинність думки залежить від типології сил, а типологія, знову ж таки, починається з «топології». Мислення залежить від певних координат. Ми маємо ті істини, на які заслуговуємо, згідно з місцем, де нидіє наше існування, згідно з часом, коли ми чуємо, згідно з стихією, в якій ми гостюємо. Немає хибнішої ідеї, ніж уявлення про те, що істини виходять із якоїсь абстрактної криниці духу. Ми, такі як ми є, знаходимо істини лише там, де вони є: в їхньому часі та в їхній стихії. Будь-яка істина є нашою істиною стихії, часу та місця [3, с. 168-169]. Така-от сувора правда життя.

І знову пізнання. Одним з основних психічних прагнень і вираженням волі до влади є бажання здобути нове знання (воля до істини). Проте існує й зворотне прагнення духу обмежити, навіть фальсифікувати знання (воля до невігластва, а також жадання обманювати інших, організувавши знання про світ певним чином) [2, с. 702; 5, с. 123-124]. «Диявол убачає в Богові найширші перспективи, тим-то й тримається від нього віддалік: адже диявол — найдавніший прихильник пізнання», — іронічно зауважує німецький філософ [5, с. 69]. Необхідність фальсифікувати життя і творити втішний образ світу народжується зі страху, що істина буде занадто суворою — «світлобоязні» (утім, зараз уже ніхто не вмирає від смертельних істин, бо існує надто багато протиотрут [7, с. 358]) [6, с. 19]. Чим сильніший індивід, тим меншою є фальсифікація, і навпаки [2, с. 696]. Сила розуму вимірюється тією дозою істини, яку він спроможний витримати [5, с. 41]. Владолюбна складова пізнання виявляє себе в метафорі «опанування дійсністю»; в її основі лежить архаїчне прагнення знати «справжні імена» речей, щоб здобути магічну владу над

ними. Самому Ф. Ніцше, як видається, значно ближчий пафос прагнення (пошуку) істини, ніж володіння нею: «Той пафос, з яким хтось претендує на володіння істиною, має тепер дуже малу вагу відносно того, звичайно ж, м'якшого і невиразнішого пафосу пошуку істини, який ніколи не втомлюється перевчатися і заново перевіряти» [7, с. 396]. Він обстоює користь обхідних шляхів [6, с. 59] і заспокоює нетерплячих: «По горах істини ти ніколи не лазитимеш намарне: ти або вже сьогодні високо здіймешся, або ж ти з допомогою цих вправ накопичуєш сили, аби вже завтра спромогтися піднятися ще вище» [6, с. 172]. Ось вам алегорія від Ніцше: не кожен кінець є метою; так, кінець якоїсь мелодії не є її метою, а втім, якщо вона не досягнула свого кінця, то вона не досягнула й своєї мети [6, с. 302]. Проте у випадку істини, як і в новітній музиці, ця мелодія може закінчуватись, не закінчуючись, безліч разів, безперервно лунаючи у різних варіаціях і тональностях, консонансах і дисонансах у складній і нескінченній симфонії життя [6, с. 74-75].

На думку Ф. Ніцше, необхідно чітко усвідомити, що світ пропонує необмежений простір для перспектив і містить потенційно нескінченні інтерпретації. Життя стає активним у когнітивному розумінні, викликаючи велику кількість перспектив, тобто стимулюючи інтерпретувачу активність, але не гублячись у цьому розмаїтті. До такої активності людський інтелект набагато більше придатний, аніж органічне життя. Активним цей людський інтелект стає, коли відмовляється авансувати істину за рахунок звабливої фіксації на одній інтерпретації. Оскільки ж цей світ приховує в собі можливість нескінченного числа інтерпретацій, людина мусить засвоювати спроможність сприймати цей світ як нескінченність, якою він є. Це робить можливим і подолання псевдоперспектив. У цьому, переконаний С. Шаап, і полягає значення смислу істини за версією Ніцше [1, с. 23, 25].

Серйозна гра з перспективами, на яку здатна сильна і мудра людина, долає не лише фіксацію і плутанину, але й брехливість та обмеження: така гра уможлиблює віру в епістемологічний поступ. Такий смисл істини неупереджено протистоїть дійсності й не боїться пізнання тоді, коли воно розкриває дійсність і при цьому вселяє страх [1, с. 26].

Німецький філософ «уважає, що шляхом активної перспективної роботи у методологічний спосіб ми можемо розкривати вияви омани і, коли треба, їх елімінувати. Отже, з цією метою він обстоює перспективізм, якого, однак, не ставить на службу ані самим цим перспективам, ані якійсь свавільній перспективі, проте, напевно — пізнанню, — пише С. Шаап. — Достоту як активне, так і реальне (зумовлене людською при-

родою), перспективістське наближення до дійсності у Ніцше перебуває, таким чином, на службі смислу істини» [1, с. 21].

І нарешті, головне: слід самому собі признатися, що життя може існувати лише на основі перспективних оцінок і уявних конструкцій. І якби комусь заманулося зовсім позбутись оман перспективи — то принаймні нічого не лишилося б і від істини [5, с. 39]. Дійсність є дійсною для життя лише завдяки специфічній перспективі, через яку ця дійсність відкривається. Немає перспективи — немає відкриття! [1, с. 23].

Жінки і права. На перший погляд Ніцше видається живим утіленням мізогінії, взірцевим прикладом чоловічого шовінізму. Він дозволив собі чимало гострих висловів стосовно поверховості, необ'єктивності, непостійності й афективності жіночого ества, другорядності жінки щодо чоловіка. Утім, не все так однозначно, бо йому ж належать і велими самокритичні, як на чоловіка, думки: «Інтелект жінок проявляється як досконале самовладання, натхненність, використання усіх переваг... Ідеальна жінка є вищим типом людини порівняно з ідеальним чоловіком... Якщо у жінці природа виказує те, з чим вона дала собі раду при роботі над людським образом, то у чоловікові вона демонструє те, що для цього їй потрібно було подолати... Глупота в жінці є чимось нежіночим» і т. ін. [див., напр.: 6, с. 141, 334; 7, с. 291, 298].

Так чи так, а особистому житті Ф. Ніцше любив компанію освічених і вихованих жінок, з якими завжди був винятково ввічливим і насолоджувався їхнім інтелектом [2, с. 353-354, 869]. Попри скепсис щодо жіночої емансипації (хоча сам, будучи деканом базельського гуманітарного факультету, виступав за прийом жінок на навчання) Ніцше охоче спілкувався з феміністками, серед яких були видатні представниці руху: Мальвіда фон Майзенбург, Реза фон Шірногер, Клара Вілденов, Мета фон Саліс, Гелен Цимерн, несамовита Гелена фон Друсковіц [2, с. 204, 343-350, 352-353]. Не можна обійти увагою й блискучу й суперечливу Лу Саломе, яку сам Ніцше вважав досконалим другом (дещо згодом — «втіленням досконалого зла», тобто кращим ворогом), а сучасники — однією з найвинятковіших жінок в історії Європи [11, с. 75]. Вважають, що саме Лу Саломе була прообразом Заратустри (... породженого з ілюзій про Лу і нею ж натхненного), і в усякому разі — живим утіленням філософії Ніцше [11, с. 77-78].

Попри те, що Ф. Ніцше за життя висловив стосовно жіноцтва (а тим більше — емансипованого) чимало неприємних міркувань, саме жінки врешті-решт виявилися найбільш уважними й сумлінними його ученицями. Немало ранніх німецьких радикальних феміністок (Гедвіг Дом, Лілі

Браун, Елен Штекер) були ніцшеанками. Вони вважали за краще проігнорувати закиди Ніцше щодо жінок і жіночої освіти, натомість використавши потугу його філософії [2, с. 903].

Однак піднесення феміністичної філософії пов'язане не з концептом надлюдини, який радикальні феміністки сподівались трансформувати в концепт наджинки [2, с. 354], а з його теорією перспективізму, яка в лоні феміністичної філософії перетворилася на теорію точок зору. В основі цього підходу лежить критика уявлень про досконале знання й універсального суб'єкта. Прибічниці теорії точок зору наголошують на разючому збігові у визначеннях, символіці та асоціаціях, пов'язаних з маскулінністю й розумом. «Розум» символічно, метафорично влаштований так, що його структура разом з ідеальною маскулінністю окреслює царину мислення недоступною, або доступною тільки з великими труднощами для людей, чії риси та властивості не збігаються з тими, котрими ідеальна біла маскулінність визначила себе. Концептуально символічні дихотомії, що породжують такі твердження, з-поміж яких «розум — емоція», «дух — тіло», «абстрактне — конкретне», «об'єктивне — суб'єктивне» є типовими зразками, стоять також у одному ряду з дихотомією «чоловіче — жіноче», як описово, так і оціночно. І ці дихотомії працюють, встановлюючи характерні риси ідеального, універсально застосовного знання як продукту зусиль розуму й відокремлюючи його від погляду, слуху, дрібниць, що виявляються пов'язаними зі стереотипною феміністичністю [12, с. 217]. Натомість феміністки пропонують нові «гіноцентричні моделі пізнавального обґрунтування», що мають максимально використовувати фемінінні принципи й способи міркування та сприяти формуванню й утвердженню гіноцентричної епістемології. За допомогою теорії відносин об'єктів, психоаналізу й когнітивістики з'ясується, яким чином «чоловічі» й «жіночі» знавці створені та відтворені в психологічному плані [12, с. 222]. Теоретики точок зору, втім, не прагнуть об'єднати жінок навколо однієї-єдиної, уніфікованої чи ніби типової точки зору, а прагнуть радше того, щоб поважали важливу внутрішню, емоційну, інтелектуальну й професійну діяльність, яка здійснюється жінками й утверджує їх як добре обізнаних і освічених особистостей [12, с. 223]. Наразі вже не задовольняючись спробами розробки теорії пізнання, феміністки звернулися до міждисциплінарних проектів щодо знання на основі конкретних досліджень його ефективності в таких царинах як закон, обговорення питань моралі, соціологія та розробка державної політики [12, с. 227]. Паралельно з теоріями «точок зору» розвиваються феміністичний емпіризм і «жіночі» постмодерністські проекти.

Феміністично-правовий аналіз формулював критику права, яке треба було здолати як феномен патріархату, основну сферу пригнічення жінок з боку патріархальних структур. У рамках подолання цих проявів різні підходи намагалися впливати на чинні закони, щоб виявити та зрештою усунути зумовлені ними практики виключення та упослідження жінок. Зокрема йшлося про практики відкритої дискримінації. Також предметом вивчення ставали наслідки певних законів чи правових норм для жінок. Аналіз пронизував усі царини права й зосереджувався передовсім на подоланні упослідження в трьох сферах: насильство над жінками, репродуктивні права та рівні шанси, але він містив і позитивні вимоги підтримки жінок, а також теоретичні міркування щодо «жіночого права» [13, с. 182].

У той час як ці підходи фокусувалися на становищі жінок у праві, у нових феміністичних теоретико-правових підходах відбувся перехід у бік аналізу відносин права та гендеру. Більше не йдеться про усунення очевидно прив'язаних до статі дискримінаційних норм права, що їх у більшості західних правових систем уже немає як таких. Наразі аналітичний фокус більшості феміністичних теорій спрямований на гендер і право як пов'язані структури, що взаємно конструюються і визначаються. Вихідною точкою цього аналізу є конструювання гендеру через право і так само конструювання права через гендер [13, с. 182-183].

Позиції у дебатах навколо рівності та відмінності тісно пов'язані з розумінням гендеру та гендерної відмінності. З огляду на кричущі, закріплені у праві форми дискримінації, спершу втілювалися позиції рівності, які прагнули реалізації рівності чоловіків і жінок, як із правового, так і з суспільного погляду. Мета зрівняння соціальних та індивідуальних можливостей жінок із чоловічими реалізовувалася через вимогу формальної правової рівності [13, с. 183]. Згодом акценти змістилися в «перспективу відмінності», зумовлену гендерною відмінністю жінок та чоловіків, а також існуванням упослідженої жіночої культури. Тут гендерна відмінність уже мислиться з жіночої перспективи, щоб відокремити її від пригноблення і перетворити на жіноче мірило світу [13, с. 184].

Новітні засади феміністичної теорії права пов'язані з питанням відтворення (а отже, суспільного конструювання) правом відмінностей, відносин та любих серцю Ніцше ієрархій (між статями) і, разом із тим, фактору гендеру в конституюванні права. Спільним для цих різних підходів є висновок, що конструювання гендеру через право, а також вплив структури права через панівні судження про гендер, часто означає приписування і посилення бінарного гендерного порядку та укріплення гендерної нерівності. Іншою спільною рисою є критика есенціалізації та

узагальнення, які разом з конструктом гендеру означають ігнорування і виключення відмінностей (передовсім, жіночих) [13, с. 188].

Сучасна теорія відмінностей наголошує на тому, що жіночому не надається та ж вартість у межах гендерних відмінностей у правовій системі, заснованій на чоловічому ідеалі правового суб'єкта, й наполягає на потребі еквівалентних, а не рівних прав. Переоцінка жіночого в правовому полі не може реалізовуватися через права рівності, натомість лише шляхом заснування еквівалентних прав: оскільки під еквівалентністю слід розуміти рівноцінність, що не ґрунтується на однаковості, можна визнавати й поважати відмінності, а також усувати обмеження наявної гендерної ієрархії. У моделі еквівалентного права, на думку її прибічників, можливими мають бути різні стилі життя, які б не відтворювали стереотипи жіночності та гетеросексуальності як норму [13, с. 192]. Наслідком цього, між іншим, стало й те, що на IV Міжнародній жіночій конференції (1995 р.) було висунуто пропозицію запровадження права на необмежене сексуальне самовизначення [14, с. 234].

Окрім того, для адекватного розгляду відмінностей у життях жінок жіноче має осмислюватися в антиесенціалістський спосіб і не зводиться до своїх наявних визначень. Таким чином посилання на жіноче пов'язується з постмодерністською критикою спроб об'єктивно описати жіночу природу, котрі, на думку феміністок, лише посилюють структури стійких гендерних ідентичностей і пов'язане з ними поневолення. Трансформація гендерних відносин, утім, може здійснюватись через витворення уявного «психічного та морального» простору, що в його межах має зреалізуватися свобода само-проекування, само-репрезентації людини як гендерованої істоти (на думку Д. Корнелл, право являє собою зручний засіб для надання та захисту означеного уявного простору, який допоміг би усунути патріархальні структури і забезпечити свободу та рівність людей). Людина ж трактується тут не як стійка, незмінна, абстрактна сутність, а як можливість, прагнення, що ніколи не може бути задоволене раз і назавжди. Резонанс із відповідною позицією Ніцше цілком очевидний; унаслідок цього стверджується існування нескінченних форм гендерованого буття і відсутність жодних критеріїв, за якими проживається стать і сексуальність, натомість обстоюється право самостійно визначати «жіночі» відмінності [13, с. 191].

Від заперечення сталості поняття жінки неблаганна логіка приводить до заперечення цілісного «Я»: фемінізм більше не мусить крутитися виключно навколо «жінок як жінок», а має звернутися як збірна теорія до всіх форм гноблення. Для розвитку цілісної перспективи в цьому контек-

сті видається придатним концепт «множинної свідомості», що охоплює розщеплені, на позір безвідносні та навіть суперечливі «я» [13, с. 195-196].

На думку С. Окін, наразі цілком зрозуміло, що без принципового перегляду засад концепції прав людини ані поваги, ані сприяння ї, тим більше, захисту прав жінок не досягти: «Питання переважно в тому, що модель, за якою сконструйована наявна теорія прав людини, підбір та ієрархія прав є чоловічою. Якби до уваги рівною мірою брався і жіночий досвід, теорія, підбір та вага прав дуже відрізнялися б» [14, с. 232-233]. Як зазначає С. Елзуні, визначальний фокус феміністичної теорії права спрямований на формування конкретних позитивно-правових проєктів; часто на меті є не просто зміни у праві, а й трансформація основоположних його структур [13, с. 181-182, 184].

Зважаючи ж на відзначені Ф. Ніцше позитивні якості жіночого інтелекту (інтелект жінок проявляється як досконале самовладання, натхненність, використання усіх переваг [7, с. 298]) та волі (адже в пристрасі жінка куди більший варвар, аніж чоловік [5, с. 71; 7, с. 300], у тому позитивному сенсі, якого надавав «варварству» як активній ствердній потузі Ніцше [5, с. 208-209]) не випадає сумніватися в успіхові замислених емансипованим жіноцтвом правових реформ, тим більше, що прямих дискримінаційних щодо жінок норм права, за слухним зауваженням С. Елзуні, у більшості західних правових систем не лишилося вже як таких [13, с. 182].

Таким чином, розпочавши з боротьби за рівність, фемінізм перейшов до боротьби за винятковість; від ідеї про упослідженість жіночих перспектив — до ідеї наджінки (історію Біллі Міллігана див. вище). Утім, жіноча реалізація концепту надлюдини в будь-якій перспективі вочевидь прийнятніша (звісно, якщо забути про радикальну феміністку В. Соланас із її схожим на пародію Маніфестом Товариства Знищення Чоловіків і цілком реальним замахом на життя Е. Воргола) за реалізовану чоловіками на батьківщині Ніцше в ХХ столітті...

Німецький філософ закликав іти до жінки з канчуком [4, с. 69; 5, с. 72], а жінка відібрала в нього канчук, запрягла у візок і стала ним погадати [2, с. 314; 11, с. 85-86].

Ф. Ніцше порівнював жінку з поверхнею, а чоловіка — з глибиною (поверхня — то вдача жінки, ворухка, бурхлива плівка; а чоловікова вдача глибока, потік її у підземних печерах вирує [4, с. 69]); він же порівняв власні погляди з рибами [6, с. 358], застерігши, що вони рідко коли плавають на поверхні [7, с. 369]. Але, на відміну від Заратустри з його макабричною риболовлею [4, с. 19], жіноцтво може похвалитися добірною живою рибою [6, с. 358].

Зрештою, чи не він припустив, що істина — жінка? [5, с. 7] То чому ж дивуватись?

Завдяки ж здатності жінок засвоювати різні, навіть суперечливі перспективи, й готовності обстоювати їх за будь-яку ціну [7, с. 301, 302], солідаризуючись із упослідженими з інших підстав, феміністичний рух суттєво поживав активність у царині боротьби за права соціально вразливих категорій (національних і сексуальних меншин тощо), тим самим зумовивши визнання правового перспективізму як окремого напрямку праворозуміння. Як із властивою йому прямою зазначає Р. Познер, феміністичний аналіз права змусив визнати, що юристи, судді й законодавчі органи повинні вміти розглядати юридичні претензії під усіма можливими кутами зору, тобто «мають принаймні спробувати зрозуміти переживання, характерні лише для жінок, — так само як вони повинні спробувати зрозуміти, чого бажають чорношкірі, євреї, азіати чи мормони» [15, с. 403], й визначає цей комплекс вимог як перспективістський підхід — різновид правового прагматизму [15, с. 34].

Саме з поширенням фемінізму, критичними расовими теоріями та критичними правовими студіями пов'язують виникнення й розвиток правового перспективізму окремі західні дослідники [детальніше див. також: 16, с. 376-378]. Основними рисами, властивими правовому перспективізму, вважають легітимацію (часто — вимогу) множинності бачень правової ситуації, можливість «зсуву підвалин/зміни контекстів» її інтерпретацій, децентрування й «плинність» правового суб'єкта.

Наразі суб'єкт у праві, який видавався раніше чимось на позір цілісним, автономним і стабільним, упевнено перетворюється на децентровану сутність, залежну від гри перспектив, на суб'єкта без сталого центру в собі й для себе, який до того ж не є центром світу навколо себе [16, с. 377]. Тепер «суб'єкт» утворюється множинністю станів, образів і ролей, і у свою чергу бере участь у формуванні неоднозначного й багатолікого образу права. Епістемологічний «перспективізм» уплинув і продовжує впливати на праворозуміння й стандарти прав людини. А Ніцше... Ніцше поки що лишається там, де й був, огульно затаврований загальною жінконенависником, правовий нігіліст і заледве не нацист.

Список використаних джерел

1. Шаап С. Нездатність забувати: Новий погляд Ніцше на питання про істину / Сібе Шаап; пер. з нім. О. Кислюка. — К.: Вид-во Жупанського, 2009. — 294 с.

2. Лютий Т. Ніцше. Самоперевершення / Тарас Лютий.— К.: Темпора, 2016.— 978 с.
3. Дельоз Ж. Ніцше і філософія / Жіль Дельоз; пер. з фр. О. Маліновської.— Л.: Астролябія, 2010.— 348 с.
4. Ніцше Ф. Так казав Заратустра. Жадання влади / Фридрих Ніцше; пер. з нім. А. Онишка, П. Тарашука.— К.: Основи, 2003.— 437 с.
5. Ніцше Ф. По той бік добра і зла. Генеалогія моралі / Фрідріх Ніцше; пер. з нім. А. Онишка.— Л.: Літопис, 2002.— 320 с.
6. Ніцше Ф. Перемішані думки і вислови. Мандрівник і його тінь / Фрідріх Ніцше; пер. з нім. К. Котюк.— Л.: Астролябія, 2012.— 372 с.
7. Ніцше Ф. Людське, надто людське: Книга для вільних умів / Фрідріх Ніцше; пер. з нім. К. Котюк.— Л.: Астролябія, 2012.— 408 с.
8. Панофский Э. Перспектива как «символическая форма». Готическая архитектура и схоластика / Панофский Эрвин; пер. с нем. И. Хмелевских, Е. Козиной; пер. с англ. Л. Житковой.— СПб.: Азбука-классика, 2004.— 336 с.
9. Достоевський Ф. Злочин і кара: Роман на шість частин з епілогом / Федір Достоевський; пер. з рос. І. Сергєєва, упор., стаття та прим. В. Звняцьковського.— К.: Либідь, 2015.— 672 с.
10. Кіз Д. Таємнича історія Біллі Міллігана / Деніел Кіз; пер. з англ. О. Стусенко.— Х.: КСД, 2016.— 512 с.
11. Гармаш Л. Лу Саломе — «досконалий друг» і «абсолютне зло» у житті Фрідріха Ніцше / Лариса Гармаш // Незалежний культурологічний часопис «Ї». — 2000. — № 17. Гендерні студії. — С. 74-93.
12. Коуд Л. Епістемологія / Лорен Коуд; пер. з англ. Б. Єгідиса // Антологія феміністичної філософії.— К.: Основи, 2006.— С. 215-227.
13. Елзуні С. Феміністична теорія права / Сара Елзуні; пер. з нім. К. Міщенко // Образ, тіло, порядок. Гендерні дослідження в міждисциплінарному спектрі.— К.: Медуза, 2014.— С. 180-196.
14. Окін С. М. Конфлікт між основними правами. Права жінок та проблеми релігійних і культурних відмінностей / Сьюзен Моллер Окін; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої // Філософія прав людини.— К.: Ніка-Центр, 2008.— С. 227-253.
15. Познер Р. А. Проблеми юриспруденції / Ричард А. Познер; пер. з англ. С. Савченка.— Х.: Акта, 2004.— 488 с.
16. Бочаров Д. Естетика перспективізму в сучасному правознавстві / Дмитро Бочаров // Філософія права і загальна теорія права.— 2015.— № 1-2.— С. 369-380.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА ОБМЕЖУВАННЯ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

С. Верланов

Юридична фірма «Sayenko Kharenko»,
м. Київ, Музейний провулок, 10, e-mail: swerlanow@uandex.ru

В. Гончаров

Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com

Згідно усталеного у міжнародному праві положення, права людини взаємопов'язані, взаємозалежні і неподільні. Це означає, що громадянські й політичні права, котрі історично виникли першими, не більш і не менш важливі ніж економічні, соціальні й культурні права. Більше того, економічні, соціальні й культурні права часто-густо виступають умовою для реалізації громадянських і політичних прав.

Права людини прийнято поділяти на ті, котрі не можуть зазнавати обмежень (абсолютні), і ті, котрі можуть їх зазнавати за певних умов (відносні). Необхідність обмеження деяких видів прав може бути мотивована правами й інтересами інших осіб, міркуваннями забезпечення громадського порядку чи економічного добробуту.

Згідно частини 2 статті 22 Конституції України: «Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані», а згідно її ж ч. 3 «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод».

Буквальне тлумачення цієї статті може привести до висновку, що не допускається звуження змісту всіх видів прав, не лише громадянських і політичних, але й економічних, соціальних та культурних. Однак таке тлумачення не узгоджується з положеннями чинних міжнародних договорів і передусім з положеннями Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (далі — Пакту).

Частина 1 статті 2 Пакту проголошує, що «Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги і співробітництва, зокрема в економічній і технічній галузях, вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити *поступове повне* здійснення визнаних у цьому пакті прав усіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів». Таким чином, тоді як права, проголошені Міжна-

родним пактом про громадянські і політичні права, повинні бути реалізовані кожною державою-учасницею невідкладно, економічні, соціальні й культурні права, їх реалізація і забезпечення залежать від низки факторів, передусім економічних, а відтак від держав вимагається демонструвати поступ у забезпеченні таких прав, що, однак, не завжди можливо з означених щойно міркувань.

Згідно пункту 8 Лімбурзьких принципів імплементації Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права: «Хоча повна реалізація прав, передбачених Пактом, повинна забезпечуватись поступово, забезпечення деяких прав може бути виправданим негайно, тоді як деякі інші можуть бути забезпечено з плином часу». Так, держава не може, покликаючись на несприятливі економічні чи соціальні чинники, уникнути необхідності забезпечити мінімальні необхідні стандарти економічних, соціальних і культурних прав: згідно статті 25 Лімбурзьких принципів, держави, що підписали Пакт, зобов'язані, незалежно від рівня економічного розвитку, поважати право на мінімальні засоби існування [1].

Згідно Маастрихтських принципів про порушення економічних, соціальних і культурних прав, як громадянські і політичні права, економічні, соціальні і культурні права накладають три різні типи зобов'язань на держави: зобов'язання поважати, захищати й здійснювати. Нездатність виконувати бодай одне з цих трьох зобов'язань становить порушення відповідних прав. Обов'язок *поважати* вимагає від держави утриматись від втручання у економічні, соціальні і культурні права. Так, право на житло буде порушеним, коли держава вдається до свавільного примусового виселення. Обов'язок *захищати* вимагає від держав запобігати порушенням відповідних прав з боку третіх осіб. При цьому порушення економічних соціальних і культурних прав має місце тоді, коли, словами Комітету з економічних, соціальних і культурних прав, держава не спроможна забезпечити «*мінімальні засадничі зобов'язання щодо задоволення щонайменше мінімального необхідного рівня кожного з таких прав*».

І Лімбурзькі (п. 25-28), і Маастрихтські принципи (п. 10), а також практика Комітету з економічних, соціальних і культурних прав наголошують на тому, що обмеженість в ресурсах не звільняє державу від мінімальних зобов'язань стосовно імплементації економічних, соціальних і культурних прав.

При цьому порушення економічних, соціальних і культурних прав може, зокрема, проявлятись у прийнятті законодавства чи політики, що *демонстративно відрізняється від попередніх юридичних зобов'язань стосовно таких прав, якщо тільки це не робиться задля посилення рів-*

ності та/або покращення реалізації економічних, соціальних і культурних прав для найбільш вразливих груп. Якщо ж скасування чи істотне зменшення соціальних виплат відбувається на фоні перерозподілу коштів для не вразливих груп (як-от підвищення заробітної плати депутатам Верховної Ради тощо), то такий перерозподіл коштів неможна вважати справедливим і таким, що досягає «справедливого балансу» між інтересами держави, суспільства та його окремих груп.

Як вказував Голова Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав у своєму відкритому листі від 16 травня 2012 року, звертаючись до питання обмеження такого виду прав у випадках економічної кризи [2]: «Будь-які пропонувані зміни і корективи курсу політики мають задовольняти наступні вимоги:

а) курс на обмеження повинен бути *тимчасовим заходом* й поширюватись лише на час кризи;

б) такий курс політики має бути *необхідним і домірним* у тому смислі, що проведення будь-якої іншої політики спричинить ще більшу шкоду економічним, соціальним чи культурним правам;

в) політика не повинна бути *дискримінаційною* та має охоплювати всі можливі заходи, включно з податковими, для підтримки соціальних трансфертів з метою зрівнювання, що може статися під час кризи, і для попередження несумірного впливу на права тих, хто перебуває в несприятливому становищі та на маргіналізованих осіб;

г) в рамках політики повинен встановлюватись *мінімальний базовий обсяг прав* або межа соціального захисту.

Крім цього, держава також повинна виконувати поряд з міжнародними стандартами і власні національні, зокрема забезпечувати конституційне право кожного на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, гарантоване статтею 48 Конституції України.

Поняття достатнього (гідного) життєвого рівня розкриває Європейський комітет соціальних прав у низці своїх актів. Так, мінімальна винагорода за оплату праці має становити не менше 50% від рівня середньої заробітної плати для того, щоб забезпечити достатній (гідний) рівень життя. Однак, згідно статті 7 Закону «Про Державний бюджет України на 2016 рік» розмір прожиткового мінімуму-2016 на одну особу (у розрахунок на місяць) встановлено у розмірі з 1 січня 2016 року — 1330 гривень, з 1 травня — 1399 гривень, з 1 грудня — 1496 гривень. Відповідно до даних Держстату, середньомісячна заробітна плата одного працівника за січень — липень 2016 року складає 4916 гривень. *Таким чином, мінімальна межа соціальних виплат складає близько 2500 гривень* [3].

Конституційний Суд вказував на залежність розмірів соціальних виплат від економічних чинників у рішенні від 19 червня 2001 р. № 9-рп/2001 у справі щодо стажу наукової роботи, зазначивши, що право на пенсію, її розмір та суми виплат можна пов'язувати з фінансовими можливостями держави, з економічною доцільністю, соціально-економічними обставинами у той чи інший період її розвитку.

У рішенні Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 року вказувалось, що «передбачені законами соціально-економічні права не є абсолютними. Механізм реалізації цих прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість їх фінансового забезпечення шляхом пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів всього суспільства. Крім того, такі заходи можуть бути обумовлені необхідністю запобігання чи усунення реальних загроз економічній безпеці України».

Виходячи з викладеного, слід зробити висновок, що частина 3 статті 22 Конституції України не може розумітись як така, що безумовно забороняє звужувати зміст і обсяг економічних, соціальних та культурних прав. Однак, при такому звуженні у порівнянні з попереднім становищем необхідно встановити, що:

- ці заходи є тимчасовими;
- існують реальні, а не суто задекларовані державою чинники економічного чи соціального характеру, що унеможливають підтримання державою в тому ж обсязі взятих на себе зобов'язань;
- обмеження соціально-економічних прав повинно бути домірним економічному становищу держави і переслідувати справедливий баланс між інтересами держави, суспільства та його груп;
- скасування раніше взятих на себе соціально-економічних зобов'язань можливе лише у крайніх випадках, коли «пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів всього суспільства» неможна досягти менш обтяжливими способами, наприклад, зменшенням розміру певних виплат чи пільг;
- при зменшенні чи скасуванні соціальних виплат необхідно пересвідчитись, чи за результатом подібних заходів не будуть порушені мінімальні економічні, соціальні й культурні стандарти прав людини, зокрема право на достатній (гідний) життєвий рівень, що гарантоване ст. 48 Конституції України.

Список використаних джерел

1. <http://hrlibrary.umn.edu/instate/RLimburguidelines.html>
2. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3 (Fifth session, 1990). UN Doc. E/1991/23
3. <http://www.ukrstat.gov.ua>

МІЖ ПОЛІТИКОЮ І ПРАВОМ: РЕЛІГІЙНА СВОБОДА НА ТЛІ УКРАЇНСЬКО-РОСІЙСЬКОГО КОНФЛІКТУ

Д. Вовк

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: dmtr.vovk@gmail.com*

Це есе стосується різних питань релігійної свободи і державно-церковних відносин, які постали під час і у зв'язку з Революцією гідності і військовим і політичним конфліктом між Україною і Росією. Я не пропоную якихось завершених відповідей, а скоріше формулюю питання, які таких відповідей потребують, відштовхуючись від того, що однією з причин, через які стався і Євромайдан, і анексія Криму, і війна на Донбасі є європейський вибір України. Цей вибір не означає лише інституційну інтеграцію України у певні європейські структури, він, передусім, зумовлює сприйняття Українським суспільством і державою певного набору правових цінностей (верховенство права, демократія, повага до прав людини тощо) і пов'язаних з цими цінностями принципів і правил, які мають бути втілені у вітчизняному правопорядку. Варто також підкреслити, що наведені нижче міркування є міркуваннями юриста. Я не маю достатньої кваліфікації для релігієзнавчого чи політологічного аналізу і не прагну робити такий аналіз, тож пропоную лише погляд на релігійну свободу і відносин держави і церкви, що фокусується на вказаних вище правових цінностях.

Релігійна свобода і державно-церковні відносини у транзитивному суспільстві

Україну прийнято називати транзитивною державою, що переходить від авторитаризму і державного свавілля до демократії і верховенства права. Умовно цей перехід характеризується трьома моментами:

- (1) метою — побудувати політичну і правову систему, що засновані на цінностях верховенства права, демократії і прав людини;
- (2) ризиками авторитарного (і у певні історичні періоди тоталітарного) минулого, наслідки якого потрібно подолати, зокрема, інститути, норми і традицію державного свавілля;
- (3) ризиками самого стану транзиту, зокрема: не розуміння особами, які визначають політику (законодавцями, суддями, чиновниками),

і населенням сутності необхідних змін (і незадоволеність отриманими результатами, додає Лешек Бальцерович [1]), готовність жертвувати стратегічною метою на користь локальних політичних завдань та ін.

Стратегія транзитивної держави полягає в тому, щоб досягнути мети, нівелювавши ризики минулого і ризик транзиту.

Ця схема дозволяє розглянути не лише загальні проблеми, але і конкретні публічно-владні інститути, права людини, відносини держави і громадянського суспільства. Зокрема, це стосується релігійної свободи та державно-церковних відносин в Україні, про які йдеться у цьому есе.

Мета — світська держава, де гарантується релігійна свобода, обтяжена ризиками минулого і стану транзиту. Ця мета задекларована у Конституції України. Україна приєдналася до всіх основних міжнародних угод, пов'язаних з релігійною свободою. Українське законодавство не лише визнає юрисдикцію Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), але і зобов'язує суддів застосовувати прецеденти ЄСПЛ при вирішенні релевантних справ. Крім того, Україна офіційно проголосила політичний курс на європейську інтеграцію, який втілений в Угоді про асоціацію України з ЄС. У цій Угоді вказується, що цілями політичного діалогу між сторонами є, зокрема, зміцнення поваги до прав людини та основоположних свобод, недискримінації осіб, які належать до меншин, і поваги до різноманітності. Усі ці речі мають відношення і до релігійної свободи, зокрема, прав релігійних меншин, і до ситуацій, де доводи релігійної свободи можуть виглядати спірними (наприклад, відмова держави визнати одностатевих шлюбів з посиланням на релігійні переконання більшості населення).

Ризики минулого — це передусім тривала практика втручання держави у релігію і нерозуміння цінності прав людини (так званих «прав людини», як любили писати радянські правники і філософи). Рудименти радянської моделі і досі зберігаються у законодавстві, яке не наділяє церкви статусом юридичної особи (їх мають тільки локальні релігійні громади), передбачає складний порядок повідомлення про релігійні маніфестації, практика релігійної експертизи на етапі реєстрації релігійних організацій, що виглядає як оцінка релігії державою, тощо. Крім того, до 2015 року релігійні асоціації були позбавлені можливості створення власних навчальних закладів загального профілю, а праця священника фактично не є працею у сенсі трудового права. Поточне законодавство і судова практика не є релігійно чутливим у тому сенсі, що релігійна свобода майже не розглядається як підстава для виключень з певних юридичних обов'язків [Див. про це: 2].

Ризики транзиту — це відсутність консенсусу щодо необхідної моделі світськості у суспільстві, відсутність досвіду законодавчого регулювання державно-церковної автономії, не розуміння цінності світськості і поваги до різноманітності, підстав втручання в релігійну свободу. Останнє можна проілюструвати простими прикладами. Уявимо, що у невеличкому містечку маленька група осіб хоче зареєструвати релігійну організацію, чий статутні документи відповідають вимогам закону. Але проти цієї релігії та її прихильників налаштовані більшість населення, яке вважає цю релігію аморальною чи небезпечною для традиційних вірувань. З точки зору прав людини держава має зареєструвати таку організацію і забезпечити цим вірчючим належний захист. Проте Українська держава в такому випадку схильна надавати перевагу вимогам публічного порядку і відмовляти в реєстрації, посилаючись на погану репутацію певної релігії чи міркування безпеки (так було, приміром, із саєнтологами чи муністами).

Війна як додатковий ризик у транзитивній державі

З початку 2014 року триває геополітичний конфлікт або, як зараз прийнято називати, «гібридна» війна між Україною і Російською Федерацією. Остання у березні 2014 року анексувала Автономну Республіку Крим і координує і надає військову, політичну, фінансову та управлінську підтримку сепаратистським угрупованням у Донецькій і Луганській областях. Українськими військовими та міжнародними спостерігачами зафіксована присутність військ РФ у цих регіонах.

Військовий конфлікт створює додаткові обмеження і загрози для прав людини, і зокрема, для релігійної свободи. Міжнародні і національні правозахисні організації фіксують випадку вбивств і викрадень священиків, залякування віруючих, які не належать до Української православної церкви Московського патріархату (УПЦ МП), закриття релігійних споруд тощо. Релігія, як важливий маркер людини, стає підставою для переслідування тих, хто належить до політично нелояльних, на думку сепаратистів, конфесій. Факти порушення релігійної свободи фіксуються і в Криму. З точки зору науки ця тема повинна стати предметом якомога більш широкого дослідження, з точки зору держави — максимально публічного фіксування і розслідування, а з точки зору міжнародних і національних правозахисних організацій — постійного моніторингу і контролю.

Проте війна також є чинником, що посилює вже існуючі ризики минулого і транзиту на мирній території. Нижче я прагну показати, що через військовий конфлікт між Росією і Україною модель відносин держави

і церков в Україні почала змінюватися у бік більш тісної кооперації, яка містить загрози свободі релігії, у тому числі праву не вірити, а поваги до різноманітності. В умовах відсутності традиції автономного існування держави і церкви ця тенденція може загрожувати світськості української держави, а захист релігійної свободи може обернутися захистом релігії.

Я також приділю окрему увагу ситуації з правами ЛГБТ-людей і змінами до Конституції України і законів України, що мають на меті запобігти гендерній дискримінації. Держава фактично визнала за основними церквами право давати моральні оцінки одностатевим сексуальним відносинам та визначати, які шлюбні традиції є правильними для українців, а які — ні. Аргументація, заснована на Біблії, стала частиною і конституційного процесу, і законодавчих процедур. І нарешті, я проаналізую ситуацію навколо УПЦ МП, де дії Української держави виглядають, на мою думку, не безспірними.

Трансформація моделі державно-церковних відносин

Я вказував вище, що відносини держави і церкви в Україні є суперечливими, що є властивістю транзитивного суспільства. Вони поєднують елементи, властиві і сепараційним, і коопераційним моделям. Конституція і Закон України «Про свободу совісті і релігійні організації» чітко відмежовують державну освіту від церкви, але місцева влада у низці регіонів підтримує викладання християнської етики у державних школах, яку зазвичай викладає священник чи парафіянин домінуючої у регіоні деномінації. В Україні відсутня державна чи офіційна церква, але президент складає присягу на Євангеліє, а мажоритарні церкви отримують пряме чи опосередковане публічне фінансування (знову ж таки на місцевому рівні) та входять в дорадчі комісії при низці державних органів. Україна декларує ідеологічний плюралізм, але наявні, хоча і нечисленні, прецеденти заборони художніх творів на вимогу релігійних громад. В Україні не було кримінальних справ а-ля Pussy Riot, але були цивільні справи, де суд захищав почуття віруючих, та спроби (очевидно, політично мотивовані) притягнути до адміністративної і кримінальної відповідальності представниць радикальної феміністичної групи ФЕМЕН за топлес-протест проти приїзду патріарха РПЦ Кирила та «хрестоповал» — спилування християнського хреста, встановленого на комунальній землі.

Церкви, особливо Українська православна церква Київського патріархату (УПЦ КП) і Українська греко-католицька церква (УГКЦ), окремі священники Української православної церкви Московського патріархату, відіграли значну роль у Євромайдані — масових протестах українців проти

відмови від європейської інтеграції, які переросли у повстання і закінчилися падінням режиму президента Януковича та втечею останнього до Росії. Протягом Євромайдану церкви закликали державну владу поважати європейський вибір українців, утримуватися від насильства, надавали притулок протестантам під час спроб уряду припинити протести насильницьким способом. Під час і після анексії Криму і розгортання у Донецькій і Луганській областях підтримуваних Росією сепаратистських рухів, УПЦ КП і УГКЦ не однократно виступали із заявами на захист незалежності України, на підтримку Української держави і проти Російської агресії. Позиція УПЦ МП була набагато більш стриманою, а на офіційному рівні майже мовчазною. Напевно, далися в знаки і зв'язок з РПЦ, і проросійська позиція низки священників, включаючи членів Священного Синоду — найвищого постійного органу, що управляє справами церкви, а так само і віруючих. У той же час «українське» крило УПЦ МП у своїй позиції і публічних заявах задекларувало патріотичну позицію. Приміром, прес-секретар попереднього предстоятеля УПЦ МП Володимира (Сабодана) і, напевно, найбільш медійно активна персона цієї церкви священник Георгій Коваленко у своїй роботі «Катехізис українця» називає патріотизм заповіддю, вимогою до кожного українця-християнина.

Я не ставлю під сумнів щирість патріотичних переконань згаданих церков. У той же час очевидно, що однією з цілей або принаймні отриманим результатом такої суспільної активності було посилення присутності церков у публічному просторі і більш тісна співпраця держави і церкви. Українська держава, схоже, прийняла цей свого роду контракт. Зокрема, можна згадати про такі аспекти зближення держави і церкви:

(1) запровадження військового капеланства, тобто поява в Українському війську, зокрема, у частинах, що проводять антитерористичну операцію на Сході країни, штатних капеланів — представників різних церков і деномінацій, а так само просування появи вказаного інституту у в'язницях;

(2) надання церквам права засновувати освітні заклади загально-го профілю;

(3) посилення ролі церкви як морального «еталона» суспільства під час розробки юридичних актів, які стосуються прав людини;

(4) активна участь церков в роботі Конституційної комісії — органу, який протягом 2015 року займався розробкою змін до Конституції України;

(5) поява різних дорадчих комісій при різних міністерствах (наприклад, МЗС), що мають на меті забезпечення взаємодії держави і церкви у межах компетенції відповідних центральних органів виконавчої влади;

(6) поступове втягування держави у конфлікт між двома найбільшими православними церквами — УПЦ КП і УПЦ МП, в якому держава та її представники, здається, замість відстоювання інтересів суспільства сконцентрувалися на внутрішньорелігійних суперечках.

Зазначу, що за виключенням останнього пункту, який буде розглянутий окремо, я не надаю а пріорі негативного значення цим змінам. Але, як відомо, the devil is in the detail.

Капеланство і захист релігійної свободи під час військового конфлікту

Якщо церкви мають підготовлених священиків і сприймають місію капеланства як соціальне служіння, а не спосіб посилення власного впливу, останнє може бути дуже корисним. І очевидно є таким в умовах військового конфлікту, коли солдати і офіцери, які мають релігійні переконання, відчують особливу потребу долучитися до власної релігії, таїнств та спілкування зі священиком і одновірцями. Однак у даному випадку сама ситуація запровадження військового капеланства є доволі суперечливою.

Капеланство є не лише питанням державно-церковних відносин, але і релігійної свободи, тобто прав людини. Передусім капелани з'явилися для того, щоб допомогти військовим реалізувати їх релігійні потреби. Конституція України передбачає, що питання прав людини мають регулюватися виключно законами, тобто закон має встановлювати принципи діяльності капеланів та обмеження, які на них накладають світськість армії та повага до релігійної свободи військових. Натомість вже два роки капелани діють на підставі наказу Міністерства оборони України. Ця обставина дає підстави сумніватися у конституційності капеланства. Лише зараз почалася розробка такого закону (показово, що провідну роль у цьому процесі відіграють церкви, а не світські правозахисні організації).

Крім того, армія є особливим середовищем, заснованим на ієрархії, наказах і підпорядкуванні. Коли одна особа може щось наказати іншій і виконання таких наказів стає звичкою чи навіть культурою спілкування, існує загроза порушення тими, хто наказує, прав тих, хто отримує накази. Тому в армії дотримання вимог світськості і релігійної нейтральності є особливо важливим, і для досягнення цієї мети держава може встановлювати певні обмеження релігійної свободи (див. справу ЄСПЛ «Калач проти Туреччини») та забезпечити військових від нав'язування релігійних переконань їх командирів. Згаданий вище наказ такого захисту не

забезпечує. Натомість існують повідомлення про порушення релігійних прав і свободи совісті студентів військових спеціальностей. Ці студенти, які є атеїстами чи належать до релігійних меншин, були залучені їх командирами до процедури благословення, яку провів священник однієї з православних церков.

У той же час, попри активне просування капеланства інше важливе питання у сфері релігійної свободи за часів війни залишилось поза увагою законодавця. Йдеться про відмовників совісті, тобто осіб, які не можуть виконувати військовий обов'язок через власні переконання. Хоча Конституція України гарантує право на альтернативну службу, якщо виконання військового обов'язку суперечить релігійним переконанням особи суперечать. Проте законодавство з цього питання залишається заплутаним, зокрема закон про мобілізацію такого права не містить. Через це у 2014 році під час мобілізації деякі військові комісаріати ігнорували заяви віруючих (зокрема, Свідків Ієгови) про проходження альтернативної служби. Деякі з відмовників совісті постали перед судом і були виправдані. Попри все це законодавець так і не ухвалив необхідних для гарантування прав відмовників совісті норм. До того ж Конституція України гарантує право на альтернативну службу лише носіям релігійних (але не будь-яких інших) глибоких і щирих поглядів. Наприклад, пацифісти чи толстовці отримати право на альтернативну службу не зможуть, що суперечить міжнародному і європейському праву прав людини.

Зрозуміло, що увага до капеланів і неувага до прав відмовників совісті може бути пояснена тим, що перших держава розглядає як союзників, які допомагають війську, а других — як проблему. Проте навряд чи ця логіка є прийнятною для держави, яка декларує своє бажання розвинути демократію і верховенство права.

Релігія, права ЛГБТ-людей і зміни до Конституції

У 2015 році почала працювати Конституційна комісія, яка мала розробити зміни до Конституції України, зокрема і в сфері прав людини. Найбільші церкви через своє об'єднання — Всеукраїнську раду церков спробували долучитися до цього процесу. Як не дивно (чи навпаки, цілком передбачувано), запропоновані ними пропозиції стосувалися здебільшого не посилення гарантій релігійної свободи, а створення передумов для більш тісних відносин держави і (основних) церков та імплементації до Конституції етичних положень власних доктрин: заборона абортів, неможливість одностатевих шлюбів, обмеження втручання дер-

жави у виховання. Обґрунтовуючі свої пропозиції, церкви посилалися на Біблію, національну безпеку і волю українських громадян, абсолютна більшість яких проти одностатевих шлюбів.

Позиція держави з приводу такої активності церков має суперечливий характер. З одного боку, в Національній стратегії прав людини, затвердженій Президентом України у 2015 році, питання прав ЛГБТ-людей відсутні взагалі і Президент публічно заявляє, що одностатевих шлюбів в Україні не буде. Проте в урядовому плані заходів з реалізації цієї стратегії існує положення про необхідність розробки законопроекту, який легітимує одностатеві цивільні партнерства. Одночасно з цим Кабінет Міністрів України запроваджує посаду омбудсмана з питань сім'ї і призначає на цю посаду людину, відому публічними гомофобними заявами на кшталт «геї знищують світ». Після скандалу у ЗМІ це призначення скасовують.

Така непослідовність лише стимулює церкви переносити власну мораль у публічну площину і претендувати на її ексклюзивність. Натомість держава має враховувати, що в умовах світського суспільства Біблія, яка забороняє гомосексуалізм, сама по собі не є належним аргументом у публічних дебатах, а наділення церков статусом «охоронця» чи «зберігача» традицій українського народу є вельми спірним. Доцільно також враховувати, що доля меншин не має вирішуватися простою волею більшості. Відповідно права ЛГБТ-людей є питанням гідності й індивідуальної автономії, але не народного суверенітету і голосування. Це не означає, що право на одностатеві шлюби має бути імплементовано у Конституцію автоматично, а релігійні спільноти не можуть критикувати ЛГБТ-людей за їх спосіб життя. Проте, дискусія про ці речі на має вестися з позицій цитування Святого Письма і претендування на його істинність для усього суспільства. Натомість, як показує досвід, конференції з цих питань, проведеної Конституційною комісією у грудні 2015 року, саме так і відбувається. Церкви виявляються не готовими брати участь у світському дискурсі і аксіоматично вважають себе як носіїв «правильної» суспільної моралі, а ЛГБТ-спільнота, у свою чергу, запечає будь-яку можливість для церков долучитися до цього дискурсу.

З іншого боку, церкви і релігійні громади мають широке поле можливостей для відстоювання власної автономії і автономії віруючих людей у цих питаннях. Йдеться про трудові та інші відносини усередині релігійних організацій, в яких можуть існувати особливі етичні вимоги до своїх членів і працівників, права медичних працівників, які через вимоги совісті відмовляються від проведення певних процедури, тощо. Більш

активна робота у цьому напрямку, здається, могла б дати набагато більш позитивний для суспільства результат, ніж прагнення інкорпорувати свої етичні доктрини до Конституції.

Релігія як зброя і жертва: справа УПЦ МП

Вже зазначалося, що під час Євромайдану позиція УПЦ МП була неоднозначною. Частина священників підтримала протестувальників і закликала владу припинити насильство. Частина священників, конспірологічно розглядаючи Євромайдан як спровокований США випадок проти Росії і «російського світу», закликали президента Януковича «навести порядок» і вжити заходів, зокрема і силових, для припинення протестів. Вже після того, як почали вбивства протестувальників, настоятель Києво-Печерської Лаври Павло (Лебідь) публічно підтримав Януковича, заявивши, що той «несе важкий хрест», а церква йому допомагає, як Симон Кірінейський допомагав Христу нести хрест на Голгофу.

Після анексії Криму і початку військового протистояння на Сході України, УПЦ МП здебільшого зберігала мовчання, намагаючись уникнути публічних заяв щодо сепаратизму і сепаратистів та ролі Росії у цій ситуації. Офіційна позиція УПЦ МП зводиться до закликів до припинення вогню і підтримки свої віруючих, що, заявляє церква, перебувають по обидва боки конфлікту. Одночасно з цим деякі священники УПЦ МП у своїх промовах чи публікаціях підтримують чи пропагують російську агресію і закликають до порушення територіальної цілісності України. Існують свідчення, що окремі релігійні громади, що належать до УПЦ МП, не лише підтримали сепаратизм, але і надавали притулок російським військовим, «благословляли» їх на війну з Україною, зберігали зброю, розповсюджували сепаратистську літературу тощо. УПЦ МП не дистанціювалося від Російської православної церкви, яка підтримала політику російського уряду щодо України. У відповідь на це опоненти цієї церкви, передусім УПЦ КП та наближені до неї структури, політичні і громадські організації патріотичного і націоналістичного спрямування, закликають до обмеження діяльності чи навіть ліквідації УПЦ МП, відібрання її храмів і майна тощо.

Різні державні та місцеві органи також реагують на ситуацію навколо УПЦ МП:

(1) в українському парламенті перебуває на розгляді законопроект, який забороняє обмежувати право релігійної громади змінити конфесійну належність. Наприклад, якщо статут зобов'язує релігійну громаду

погоджувати зміни до статуту (зокрема, і про зміну конфесійної належності) з вищими церковними органами, то таке правило має визнаватися недійсним. Мета цього закону полегшити перехід громад УПЦ МП і передачу їхнього майна до інших церков (передусім УПЦ КП);

(2) одночасно з цим Міністерство культури України, відповідальне за реєстрацію статутів релігійних організацій, відмовляється реєструвати зміни до статутів громад УПЦ МП, що ускладнюють зміну конфесійної належності. Це мотивується прагненням захисту прав віруючих на зміну церкви. Проте я не певен, що Міністерство культури у даному випадку пройде простий, всім відомий тест на недискримінацію, а саме: чи змінилося б рішення, якщо подібні зміни вносилися не до статутів УПЦ МП, а якоїсь іншої церкви? Підхід Міністерства культури не підтриманий адміністративними судами. Вищий адміністративний суд України в одному зі своїх рішень вказав, що статут релігійної організації може містити згаданий вище обов'язок погоджувати зміни до статутів з вищими церковними органами. Варто також згадати, що питання зміни конфесії могло б бути вирішено і в більш законний спосіб. Наприклад, шляхом ліквідації старої релігійної організації і утворення нової організації з іншою конфесійною належністю;

(3) нещодавно з'явився також законопроект, який обмежує у правах церкви, чий центр управління розташований у Росії. Автори законопроекту не приховують, що він спрямований проти УПЦ МП, хоча довести її юридичний (не канонічний) зв'язок з РПЦ не є простою задачею;

(4) мають місце спроби місцевих рад (Київ, Тернопіль) позбавити податкових пільг релігійні громади УПЦ МП. Це також схоже на дискримінаційну практику, адже такими податковими пільгами користуються усі релігійні організації, УПЦ МП церква легально діє в Україні і юридично не несе відповідальності за діяльність чи висловлювання окремих священників, якщо вони не відтворюють офіційну позицію церкви;

(5) існують нечисленні випадки кримінального переслідування священників, які робили публічні сепаратистські заклики;

(6) держава робить символічні жести, спрямовані на підтримку УПЦ КП через її патріотичну позиції та роль під час Євромайдану. Наприклад, цій церкві було передано у користування Трапезну церкву Софійського монастиря, яка внесена до світової спадщини ЮНЕСКО. Існують випадки публічного (медіа, соціальні мережі) засудження УПЦ МП як «московської церкви» з боку різних чиновників.

Такі дії Української держави і стратегія, на якій ці дії засновані, викликають низку заперечень.

По-перше, намагання заборонити церкву, а значить і певну релігію, є однозначним порушення статі 9 ЄКПЛ, адже всі віруючі фактично притягаються до відповідальності (ліквідація їх церкви) без будь-якої вини. Важливо мати на увазі також те, що свобода релігії не може бути обмежена з мотивів національної безпеки (частина 2 статті 9), отже посилення на національну безпеку не є легітимною метою втручання в релігійні права осіб. Натомість примусова ліквідація релігійних громад, які допомагали закликали до сепаратизму чи сприяли сепаратистам, притягнення конкретних священників до відповідальності за публічні сепаратистські висловлювання є, звичайно, допустимим за умови, що до цієї відповідальності притягаються конкретні люди чи громади, а не невизначене коло осіб, що ідентифікують себе як віруючі цієї православної церкви.

По-друге, ліквідація УПЦ МП не можлива навіть практично, адже ця церква охоплює майже десять тисяч релігійних громад, кожна з яких є юридичною особою. Можна тільки уявляти, скільки зусиль мають докласти юристи, що працюють на державу, щоб лише ініціювати подібні судові процеси.

По-третє, фаворитизації однієї «правильної» церкви на користь іншої «неправильної» церкви також є хибною, оскільки замість того, щоб захищати світськість і релігійну свободу, держава починає захищати конкретну релігію (релігії) і стає учасником міжрелігійної суперечки замість того, щоб бути арбітром. Рівень релігійності українського суспільства, якщо не зводить релігійність до релігійної самоідентифікації людини, що не доповнюється певною обізнаністю з догмою власної релігії, систематичною участю у житті релігійної громади тощо, залишається низьким. Відповідно, теза про необхідність особливої державної підтримки релігійних громад потребує, принаймні, широкого обговорення і не може сприйматися аксіома. Зокрема, це обговорення має стосуватися і питання, наскільки декларовані і, головне, впроваджувані основними церквами цінності відповідають політичним пріоритетам і цінностям Української держави, які декларуються на рівні Конституції і законів України. Адже ситуація, коли держави, з одного боку, проголошує утвердження таких цінностей як гендерна рівність чи повага до різноманіття, а з іншого боку, йде на зближення з церквами, ставлення яких до цих цінностей є скептичним чи навіть різко негативним, є логічно суперечливою: потрібно або не проголошувати ці цінності, або їх відстоювати, у тому числі, на рівні державно-церковних відносин.

По-четверте, держава має проводити розрізнення між критикою (навіть неприємною) та опозицією, з однієї сторони, і підтримкою сепаратизму з іншої.

ратизму чи російського втручання у внутрішні справи України. Останнє є сферою кримінального права, яке надає необхідних інструментів для припинення закликів до повалення державного ладу чи діяльності із допомоги сепаратистським угрупованням чи російським військовим та найманцям. Натомість критика і опозиція становлять складову демократичного процесу, адже політичні судження породжують не лише згоду, але і незгоду (Н. Урбінаті [3, с. 123]). Як писав Джеймс Медісон у «Федералісті» (№ 10) [4, с. 79], було б великою дурницею знищити свободу лише тому, що вона підживлює крамолу. В умовах війни витримати цю межу надзвичайно важко, але демократична держава має це робити.

Висновки

Вище я показав, що наслідком анексії Криму Російською Федерацією і військовий конфлікт на Сході України, сторонами якого виступають Україна, Росія і сепаратисти, є зближення держави і основних українських церков, які тим самим розширюють і зміцнюють свою присутність у публічному просторі. Потенційно кроки держави на зустріч церквам, втягування чиновників у конфлікт між православними церквами, визнання церкви як єдиного чи головного носія суспільної моралі і традицій можуть створювати загрози для релігійної свободи. Це не означає, що зараз, в умовах конфлікту кооперація держави і церкви взагалі неможлива. Вона можлива і може бути корисна (як у випадку з капеланством за умови його належного законодавчого регулювання). Проте зближення держави і церкви не має шкодити світськості і релігійній свободі.

Джеффри Стаут писав: «Якщо ми виявимо грубу байдужість стосовно життя безневинних цивільних осіб чи з цієї причини умисно зруйнуємо законні демократичні прагнення інших людей, щоб захистити власну країну від тероризму, тоді наша країна аж ніяк не буде виглядати прибічником справедливості і демократії» [5, с. 278-279]. Війна не є приводом підважити чи обмежити релігійну свободу як такі або поставити під сумнів світськість. Особливо це стосується українсько-російського конфлікту, який, вважається, є наслідком курсу України на європейську інтеграцію. Якщо захист цього курсу приведе Україну до вжиття заходів, несумісних з європейським розумінням прав людини і верховенства права, то чи можна говорити, що це належний спосіб приєднання до Об'єднаної Європи? Я вважаю, що ні.

Список використаних джерел

1. Balcerowicz L. Post-Communist Transition: Some lessons: Thirty-first Wincott lecture, 8 October 2001. London: The Institute of Economic Affairs, 2002.
2. Вовк Д. Як українські суди баланують релігійну свободу: аналіз у контексті світськості / Д. Вовк // Право і громадянське суспільство.— 2014.— № 3.— С. 5-38.
3. Урбинати Н. Искраженная демократия. Мнение, истина, народ / Н. Урбинати.— М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.
4. Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея / Пер. с англ. под общ. ред., с предисл. Н. Н. Яковлева.— М.: Прогресс — Литера, 1993.
5. Стаут Дж. Демократия и традиция / Дж. Стаут; пер. с англ. А. Георгиева, М. Рудакова.— М.: Прогресс-Традиция, Изд. дом «Территория будущего», 2009.

ДІЯ В ЧАСІ СУДОВИХ РІШЕНЬ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ХАРАКТЕРУ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ¹

В. Гончаров

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com*

Вступ. Проблема дії в часі судових рішень прецедентного (загального) характеру² давно відома у правових системах загального права. Для континентальної же правової системи (зокрема й української) вона майже невідома. З-поміж вітчизняних дослідників зазначеному питанню присвячено деяку увагу в працях Б. Малишева [1], О. Пушняка [2], В. Тихого [3], С. Шевчука [4] та побіжно деяких інших авторів [5, 6].

Предмет нашої ж уваги у цій статті — використання у практиці Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) різних моделей дії в часі таких судових рішень. При цьому, зокрема, аналізуватимуться його оцінки дії в часі таких судових рішень в національних правових системах, а також те, які моделі використовує ЄСПЛ щодо дії в часі власних рішень. Ця тематика, на скільки нам відомо, ще не досліджувалася вітчизняними авторами та й з-поміж європейських дослідників можна згадати хіба публікації С. Дрогенбрюка та Ф. Тулкенса [7], а також П. Попельє [8] та Е. Стейнер [9].

Пропонована стаття складається з трьох частин. У першій ми стисло схарактеризуємо основні моделі дії в часі судових рішень загального характеру. У другій йтиметься про те, як ЄСПЛ оцінює дію в часі рішень національних судових інстанцій. А третя присвячена тому, які моделі дії в часі Суд використовує щодо власних рішень. Нарешті наприкінці статті наводяться певні узагальнення стосовно проаналізованої проблематики.

Моделі дії в часі судових рішень. Коли суди вирішують справи, то зазвичай від них очікують дати правову оцінку того, що трапилось десь у минулому. З цього випливає, що дія рішення суду по своїй темпораль-

¹ Висловлюю подяку моему колезі — Дмитру Вовку — за надані матеріали дослідження.

² У межах цієї статті нас цікавлять рішення судів, котрі мають загальне нормативне значення — прецеденти та рішення судів конституційної юрисдикції, котрими надається офіційне роз'яснення законодавства або скасовується нормативно-правовий акт.

ній природі зворотна (*лат.* — *ex tunc*, *англ.* — *retroactive*). З точки зору звичайного погляду, поширеного по обидві сторони Атлантичного океану, ця дія судових рішень не викликає особливих ускладнень, оскільки суд лише оголошує те право, котре наче би вже існувало на час, коли склалася певна правова ситуація, що потребує судового вирішення.

Однак є принаймні три категорії справ, де дія в часі судового рішення *ex tunc* може стати проблемою. Це може трапитись, коли:

– вищі органи судочинства скасовують нормативно-правовий акт, що регулював певний вид суспільних відносин: ретроспективний ефект скасування такого акта може внести невпорядкованість в суспільні відносини, позаяк певний нормативний акт вже певний час діяв, регулюючи суспільні відносини, а відтак його скасування може не тільки зашкодити розумним правовим очікуванням їх учасників, але й спричинити тяжкі наслідки економічного та/або соціального характеру¹;

– суд, рішення якого має прецедентний ефект, запроваджує новий принцип чи доктрину: тут має місце така ж по суті небезпека дії подібного рішення *ex tunc*;

– суд встановлює змістовно новий прецедент на зміну старому, в результаті чого відбувається пряма зміна правового регулювання суспільних відносин: заборонене стає дозволеним чи навпаки².

Динаміка, котра вноситься подібними рішеннями судів у правове регулювання суспільних відносин, може вступити в суперечність із принципом правової визначеності, що є загальновизнаною складовою верховенства права. Втім, для сучасних судів важливо забезпечувати не тільки передбачуваність правового регулювання, але й поступовий розвиток правової системи, себто поєднувати в судочинстві елементи і статики, і динаміки.

¹ Яскравим прикладом небезпечності ретроспективної дії скасування нормативно-правового акту є справа, розглянута Верховним судом Канади в 1985 році, що стосувалася перекладу законодавства в провінції Манітоба: цей суд постановив, що законодавство провінції повинно викладатися двома мовами, англійською та французькою [10]. Коли б подібне рішення отримало ретроспективний ефект, то все законодавство провінції було би визнано неконституційним; але не випадає думати, що ситуація, коли в один день все законодавство зникло, в принципі можлива.

² Тут можна згадати, наприклад, скандальну ситуацію, коли Конституційний Суд України в 2010 році змінив свою попередню правову позицію стосовно порядку формування коаліції депутатських фракцій [11], котру в народі прозвали справою про «тушки» [12].

Оскільки західна юриспруденція (зокрема й англо-американська саме в частині статутного права) загалом розглядала суд як «вуста закону», а тлумачення як відображення справжнього і об'єктивного смислу, вміщеного у законі начебто раз і назавжди, то чи йдеться про скасування закону, чи про започаткування нової доктрини чи про оновлення тлумачення незмінного тексту Конституції, — в усіх цих випадках пояснення ретроспективної дії судового рішення (*ex tunc effect*) завжди відбувається однаково — суд лише оголосив те право, яке діяло на момент існування певних суспільних відносин. Тому це, взагалі кажучи, навіть не ретроспективна дія, бо в судовому рішенні немає нічого нового, суд лише озвучив право, котре існувало до і безвідносно нього.

Втім, розвиток судової практики довів, що дія судових рішень *ex tunc* не може бути універсальною.

Як стверджує Е. Стейнер, модель надання прецедентам прямої дії (*ex nunc*) була започаткована на зламі XIX-XX ст. [9, с. 2]. Однак статус легітимного засобу юридичної техніки ця модель отримала в юриспруденції США у 1932 році, коли Верховний суд США розглядав справу *Sunburst*. У ній йшлося про те, чи мав право Верховний суд штату Монтана змінити свій прецедент, але справу все ж вирішили ще за старим, тоді як новому прецеденту надати суто пряму дію. Суддя Б. Н. Кордозо виразив одностайну позицію Верховного суду США в такий спосіб: «Ми гадаємо, що Федеральна Конституція нічого не каже з цього питання. При визначенні меж слідування прецеденту штат має право самотужки обирати між принципами зворотної чи прямої дії. Штат може сказати, що рішення вищого суду, будучи в майбутньому переглянутим, є правом, не дивлячись на його перехідний характер (*intermediate transactions*). Насправді трапляються справи, з суті яких випливає ..., що рішення в них повинне мати саме пряму дію. Й ніколи не було сумніву в тому, що так робити можна, коли в такий спосіб вдається уникнути несправедливості чи тяжких наслідків» [13].

Як зазначає Е. Стейнер, головним запереченням проти надання прямої дії рішенню суду було і залишається те, що виражена в ньому правова позиція не може розглядатися як прецедент, а натомість лише як *dicta*, тобто позиція суду, котра не має нормовстановчого ефекту. *На нашу гадку, це можна пояснити тією обставиною, що прецедентне значення має лише та правова позиція, яка лягла в основу вирішення справи.* Саме звідси випливає сама можливість дії принципу *stare decisis* (досл. з лат. — стояти на вирішеному). До того ж, інший проблематичний вислід моделі прямої дії прецедента полягає у створенні юридичної нерівності між однойменними суб'єктами в аналогічних ситуаціях.

Можна навести ще одну проблему, котра пов'язана з прямою дією у часі прецедентної правової позиції — вона безпосередньо підкреслює судове нормотворення, що зазвичай вважається неприйнятним ані для континентальних, ані для англо-американських судів, коли вони діють у сфері застосування статутного права: одна справа надати рішенню суду зворотню дію — тут, як не як, завжди можна твердити, що попереднє рішення суду просто було помилковим, а нове рішення оголошує справжнє право, котре існувало і діяло в певних суспільних відносинах; інша річ — провести демаркаційну лінію між старим дійсним правом і правом, що буде існувати в майбутньому. За таких умов не втекти від звинувачення у порушенні традиційних з часів Ш.-Л. Монтеск'є правил розмежування влади: встановлювати нові правила поведінки — це прерогатива саме законодавчої влади, а не судів.

Щоправда, як свідчить порівняльне дослідження, проведене нещодавно групою науковців з країн Європи, Північної Америки та Азії й викладене у колективній монографії «*Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*» (Springer, 2015), пряма дія (а отже судове правотворення) давно відоме в країнах чи не всіх правових систем.

Е. Стейнер у своїй статті доходить думки, що насправді ліпше говорити не про поділ дії в часі судових рішень на зворотну і пряму, а радше про зворотну і не-зворотну [9, с. 8]. Судовій практиці національних і міжнародних інстанцій світу відомі більш ніж дві моделі дії судових рішень — *ex tunc* чи *ex nunc*. Так, трапляються випадки *звотної дії* (що є безумовно переважною моделлю дії судових рішень в часі по всьому світі), *чистої прямої дії* (коли суд оголошує нову правову позицію, однак робить застереження, що поширяться вона лише на ті суспільні відносини, котрі будуть виникати після ухвалення рішення у даній справі, а справа перед судом і ті, які вже чекають на розгляд, між тим, ще будуть вирішуватись за попередньою правовою позицією), *обмеженої прямої дії* (коли суд змінює прецедент, як виняток вирішує справу (в якій він змінює правову позицію) за новим прецедентом, а загалом поширює дію нового прецедента лише на ті суспільні відносини, котрі виникнуть після ухваленого рішення) [9, с. 6, 7]¹.

Так чи інакше, мотивом надання не-звотної дії виступає зменшення несправедливого чи обтяжливого впливу на суб'єктів правовідносин у зв'язку з появою нової правової позиції. Себто річ тут у зважуванні

¹ Всі ці три форми дії прецедентів були досліджені мною раніше на матеріалах практики ВС США [14, с. 146-150].

і балансуванні інтересів людини, груп людей, суспільства і держави. Не-зворотна дія може бути обрана судом лише там, де зворотна потягне істотно гірші наслідки, ніж не-зворотна. Приклад цього можна знайти й у практиці Конституційного Суду України, коли скасувавши своїм рішенням від 30 вересня 2010 року Закон України № 2222 «Про внесення змін до Конституції України» [15], Суд все ж не пішов настільки далеко, щоб визнати неконституційними всі нормативні акти Верховної Ради України, Президента та Кабінету Міністрів України, прийняті з 1 вересня 2005 року, коли Закон № 2222 набрав чинності.

Окресливши цей загальнотеоретичний контекст, ми тепер можемо перейти безпосередньо до предмета нашого дослідження — дії в часі судових рішень загального характеру в практиці ЄСПЛ.

Оцінка ЄСПЛ дії в часі національних рішень прецедентного (загального) характеру. Для розуміння позиції ЄСПЛ з означеного питання не зайвим буде нагадати дві керівні засади його діяльності: забезпечувати при застосуванні Конвенції правову визначеність, виправдовувати розумні правові очікування осіб, а також дбати про відповідність прав людини сучасним умовам життя. Для того, аби впоратись із виконанням цих завдань, ЄСПЛ повинен був запровадити таку модель прийняття рішень, котра би дозволяла йому, з одного боку, вирішувати власні справи послідовно (позаяк виражені у його рішеннях правові позиції створюють розумне очікування того, що Суд і надалі «стоятиме на вирішеному»), а з іншого — в міру зміни суспільних потреб осучаснювати зміст Конвенції й модифікувати власні попередні правові позиції.

У справі *Hermann v. Germany* ЄСПЛ вказав, що «хоча значимість попередніх рішень не обмежується переконливістю наведених у них аргументів, їм все ж не властива сила правила *stare decisis*, згідно якого принципи права, на котрих суд основував своє попереднє рішення є авторитетними в усіх майбутніх справах, де факти сутнісно однакові» [16]. Такий підхід більше відповідає завданням ЄСПЛ, надаючи йому можливість балансувати між статикою і динамікою в праві. Суд визнає, що і національні суди повинні дотримуватися балансу між передбачуваністю і осучасненням права. То ж нижче розглянемо справи, в яких суд схвально поставився до надання рішенням загального характеру зворотної дії в часі.

Коли йдеться про скасування нормативного акта в порядку конституційного судочинства, ЄСПЛ не має заперечень проти зворотної дії таких рішень у часі. Таким чином, абстрактний конституційний контроль, принаймні на часі, не є предметом пильної уваги ЄСПЛ, хоча слід пам'ятати, що і на нього поширюється принцип правової визначеності, що тягне за

собою обов'язок держави забезпечити передбачуваність як застосування, так і тлумачення права. Інша річ — справи судів загальної юрисдикції, в котрих ретроспективно змінюється правова позиція вищих судів.

Почнімо з огляду тих справ, у яких ЄСПЛ не мав заперечень проти ретроспективної дії судових рішень загального характеру.

1. Однією з показових в цьому контексті є справа «*Legrand v. France*» [18]. Суд розглядав скаргу подружжя Легранд з приводу порушення національними судовими органами Франції статті 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини (далі — Конвенція). Суд встановив, що Ф. Легранд — дружина М. Легранда 21 вересня 1989 року проходила ліпосакцію в медичному закладі Франції. Дії лікаря спричинили газову гангрену, після чого заявниця була змушена пройти ще 7 хірургічних втручань. Після скарги заявників розпочалося кримінальне переслідування хірурга, котрий проводив невдалу операцію. Заявники як постраждалі особи вимагали притягнути його до кримінальної відповідальності й відшкодувати завдані збитки. Розгляд кримінальної справи закінчився несприятливо для заявників: лікаря було виправдано, а у відшкодуванні збитків відмовлено. Тоді заявники розпочали цивільне провадження, оскільки згідно усталеної практики Касаційного суду Франції рішення у кримінальній справі не має преюдиціального значення для цивільного судочинства. Суд першої інстанції, а услід за ним й апеляційний суд відмовили хірургу в його запереченні, основаному на тому, що рішення у кримінальній справі є остаточним і повинно діяти в цивільному судочинстві як преюдиція. Однак невдовзі після винесення рішення апеляційною інстанцією на користь заявників Касаційний суд Франції змінив свою усталену практику, постановивши, що заявники повинні були висунути всі свої вимоги в порядку кримінального судочинства, а рішення у кримінальній справі відтак має преюдиціальну силу в цивільному судочинстві. Скарга заявників була відхилена.

Тоді заявники звернулися до ЄСПЛ, стверджуючи, що Касаційний суд, змінивши свою правову позицію, порушив право заявників на справедливий суд, позбавивши їх можливості захистити свої цивільні права. Судді ЄСПЛ дійшли одностайного висновку про те, що не мало місця порушення статті 6 Конвенції. В основу цього рішення лягли такі три керівні положення:

– коли йдеться про *res judicata*, тобто про остаточне рішення у справі, то таке рішення не повинно піддаватись перегляду (а попередня правова позиція Касаційного суду, власне, імпліцитно дозволяла подібний перегляд);

- принцип правової визначеності не виключає можливості зміни усталеної судової практики за наявності для цього вагомих підстав;
- зміна правової позиції Касаційного суду не може розглядатись як така, що унеможливила право на справедливий судовий розгляд, позаяк заявники мали можливість висунути свої вимоги в порядку кримінального судочинства.

До того ж, ЄСПЛ врахував і доводи уряду про те, що зміна практики Касаційного суду не була несподіваною, а натомість становила продовження тенденції, котра вбачалася й в інших його попередніх рішеннях.

І хоча, мабуть, саме та обставина, що заявникам була надана можливість висунути свої вимоги у кримінальному судочинстві допомогла суду дійти одностайного рішення у справі, в контексті нашого дослідження особливий інтерес становить все ж той аргумент, що ретроспективна дія нової правової позиції Касаційного суду не була цілком непередбачуваною.

2. У справі *Unedic v. France* йшлося про несприятливі фінансові наслідки для заявника, яких той зазнав у зв'язку зі зміною практики у тому ж Касаційному суді. У цій справі ЄСПЛ зауважив, що Конвенція не передбачає права заявника на незмінність судової практики. Крім того, ЄСПЛ визнав, що наслідки від ретроспективної дії нової правової позиції були обмежені. Аналізуючи це рішення ЄСПЛ, П. Попільє стверджує, що коли національний суд доходить висновку, що зміна правової позиції може спричинити порушення гарантованого Конвенцією права, національний суд може уникнути порушення Конвенції, моделюючи ретроспективну дію в часі такого рішення [8, с. 283].

Однак у практиці ЄСПЛ трапляються справи, в яких суд визнає порушення Конвенції саме через надання оновленим правовим позиціям національних судів зворотної дії.

3. Так, у рішенні в справі «*Del Rio Prada v. Spain*» ЄСПЛ розглядав скаргу заявниці на порушення статей 14, 17, 24 і 25 Конвенції. Заявниця відбувала кримінальне покарання в закладі пенітенціарної системи Галіції за низку вчинених нею тяжких злочинів (з-поміж яких участь у терористичній організації, напади та вбивства). За всі ці злочини заявниця повинна була б зазнати позбавлення волі сумарно на строк понад 3000 років. Однак заявниця могла розраховувати на її умовно-дострокове звільнення в 2008 році, якби в 2006 році Верховний суд Іспанії не змінив доктрину встановлення умовно-дострокового звільнення, постановивши, що при його призначенні слід враховувати строки за кожен вирок окремо, тоді як раніше суд встановлював умовно-дострокове звільнення, керуючись граничним строком у 30 років позбавлення волі [20, pag. 17].

Даючи свою оцінку обставинам справи і доводам сторін, ЄСПЛ зазначив, що заявниця навряд чи могла передбачити можливість настільки різкої зміни судової практики, що призвела до істотного погіршення її становища.

Гадаємо, Верховний суд Іспанії міг би уникнути звинувачення у порушенні принципу правової визначеності, якби надав своїй оновленій правовій позиції лише дію *ex nunc*, оскільки при вирішенні питання із моделлю дії правової позиції слід упевнитись у тому, що зворотна дія не призведе до істотно гірших наслідків у порівнянні з прямою дією.

У 2011 (справа «*Serkov v. Ukraine*» [17]) році ЄСПЛ засудив неоподаткованість судової практики Верховного Суду України, встановивши, що зміни судової практики були невмотивовані, внаслідок чого останній допустив порушення правової визначеності як неодмінної складової принципу верховенства права. Гадаємо, що і цю справу можна розглядати під кутом зору моделей дії в часі судових рішень: Верховний Суд України міг би послабити критику ЄСПЛ у спричиненні нерівності однойменних суб'єктів господарювання, якщо би вирішив дві справи про оподаткування однаково, а новій правовій позиції надав би дію *ex nunc*.

Моделі дії в часі рішень ЄСПЛ: справи *Marckx* та *Lucky Dev*. У добре відомій широкому загалу справі «*Marckx v. Belgium*» [21] ЄСПЛ встановив порушення ст. 8 Конвенції, а також ст. 14 у поєднанні зі ст. 8 та ст. 14 у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку з тим, що законодавство Бельгії не передбачало встановлення материнства за фактом народження. У зв'язку з цим створювалися чималі складнощі для законного закріплення сімейних стосунків матері і дитини, якщо дитина була народжена поза шлюбом. Оскільки йшлося про зміну судової практики ЄСПЛ, держава звернулася до останнього із проханням не надавати рішенням зворотної дії, позаяк уряд Бельгії не міг передбачити ухвалення такого рішення, а зворотна його дія могла спричинити низку тяжких наслідків для держави. Суд погодився із тим, що пряма дія його нової правової позиції є небажаною в цьому контексті, та надав своїй позиції пряму дію, чим звільнив уряд Бельгії від необхідності переглядати рішення у попередніх справах такого гатунку, що передували винесенню рішення у справі «*Marckx v. Belgium*».

Щоправда, надалі (й, зокрема, у згаданій вище справі *Unedic*), ЄСПЛ пояснив, що не зв'язаний цим положенням, позаяк йдеться лише про *obiter dictum* у відповідь на висловлене побажання уряду Бельгії. Й у всіх наступних справах, де поставало питання про зміну правової позиції, Суд використовував лише модель *ex tunc*. Це стосувалося навіть дея-

ких із тих справ, в котрих зміна правової позиції відбувалася вже після винесення остаточного рішення національними судовими органами¹.

Питання про дію в часі рішень ЄСПЛ актуалізувалося із новою силою після винесення ним рішення у справі «*Lucky Dev v. Sweden*» [24], в якому судді одностайно визнали право заявниці не бути повторно засудженою за той самий злочин, застосувавши при цьому правову свою позицію, виражену у справі *Sergey Zolotukhin v. Russia* [25]. Проблематичність цього рішення вбачається у тому, що на час розгляду справи національними судами Швеції чинною була правова позиція ЄСПЛ, закріплена його рішенням у справі «*Rosenquist v. Sweden*» [26]; але на момент винесення остаточного рішення у справі (*res judicata*) набрало сили інше його рішення — у справі *Sergey Zolotukhin*.

На обґрунтування свого рішення у справі *Lucky Dev* судді ЄСПЛ, серед іншого, вказали, що ненадання зворотної дії у часі його правовим позиціям могло би призвести загалом до унеможливлення зміни правових позицій ЄСПЛ. Гадаємо, що це рішення було прийнято одностайно лише з тієї причини, що на момент остаточного вирішення справи національні суди все ж могли застосувати рішення у справі *Sergey Zolotukhin*, натомість застосувавши рішення у справі *Rosenquist*. Втім, ЄСПЛ ізнову поставив питання: що робити тоді, коли зміна практики ЄСПЛ наштовхується на принцип *res judicata* — неможливість перегляду остаточного рішення у справі? Це питання навряд чи знайде вирішення протягом найближчого часу, хоча, гадаємо, уникнути подібного зіткнення таки можливо через використання відомих судовій практиці багатьох країн не-зворотних моделей дії в часі оновлених правових позицій ЄСПЛ (або, можливо, через винайдення нових моделей).

Деякі висновки. Вивчення дії в часі судових рішень загальною характеру на матеріалах практики ЄСПЛ є корисним передусім для збагачення досвіду національних судових інстанцій. Зокрема слід зробити висновок, що Верховному Суду України й Конституційному Суду України слід звернути увагу на використовувані самим ЄСПЛ засоби пом'якшення несподіваності змістовних змін судової практики. Адже, наприклад, покликаючись на відсутність суспільного консенсусу з того

¹ Як влучно помітила П. Попельє, у справі «*Aoulmi v. France*» [22] ЄСПЛ застосував прецедент «*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*» попри те, що на час ухвалення остаточного рішення у справі на національному рівні остання справа ще не була розглянута. Суд знайшов спосіб застосувати цей прецедент не порушуючи принцип *res judicata*, пославшись на ст. 34 Конвенції.

чи іншого питання й залишаючи певні правові питання на розсуд самих держав, ЄСПЛ між тим дає можливість зрозуміти, що чинні правові позиції ЄСПЛ здатні еволюціонувати. Це, своєю чергою, наче дає сигнал для держав-учасниць, що вони повинні бути готові до ретроспективних змін у практиці ЄСПЛ.

Список використаних джерел

1. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. Малишев.— К.: Праксіс, 2008.— 344 с.
2. Пушняк О. В. Дія у часі судових правоположень / О. В. Пушняк // Теорія і практика правознавства.— 2015.— № 1 (7) / [Електронний ресурс].— Режим доступу: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe? C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/tipp_2015_1_7.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe? C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMA GE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/tipp_2015_1_7.pdf).
3. Тихий В. Дія рішень Конституційного Суду України в часі / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України.— 2001.— № 5.— С. 51-53.
4. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук.— К.: Реферат, 2007.— 640 с.
5. Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права: монографія / Ю. Л. Власов.— К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001.— 180 с.
6. Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов Украины / Ю. Н. Тодыка.— Харьков: Факт, 2003.— 328 с.
7. Tulkens F. The Shadow of Marckx for a Renewed Debate on the Temporal Effects of Judgments of the European Court of Human Rights / Françoise Tulkens, Sébastien Van Drooghenbroeck // The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence.— 2011.— Oxford: Oxford University Press, 2011.— P. 249-270.
8. Popelier P. The European Court of Human Right's Approach to Retrospective Judicial Reversals / Patricia Popelier // Effects of Judicial Decisions in Time.— Cambridge: Intersentia Publishing Ltd, 2014.— Pp.— 265-285.
9. Steiner E. Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation / Eva Steiner // Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions.— Springer, 2015.— Pp. 1-23.
10. Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 SCR721, 1985 CanLII 33 (SCC)
11. Ухвала Конституційного Суду України від 03.07.2008 № 26-у/2008 [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
12. Рішення Конституційного Суду України від 17.09.2008 № 16-рп/2008 [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

13. *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932)
14. Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України / Редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін.— Серія І. Дослідження та реферати.— Вип. 27.— Львів: СПОЛОМ, 2013.— 252 с.
15. Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р. у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України).
16. *Herrmann v. Germany Case.* 27 Jul 2012. Application no. 9300/07.
17. *Serkov v. Ukraine Case.* 27 Oct 2011. Application no. 20566/05.
18. *Legrand v. France Case.* 26 Mai 2011. Application no. 23228/08.
19. *Unedic v. France Case.* 18 Dec 2008. Application no. 20153/04.
20. *Del Rio Prada v. Spain Case.* 21 Oct 2013. Application no. 42750/09.
21. *Marckx v. Belgium Case.* 13 June 1979. Application no. 6833/74.
22. *Aoulmi v. France Case.* 17 Jan 2006. Application no. 50278/99.
23. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey Case.* 4 Feb 2005. Applications nos. 46827/99 and 46951/99.
24. *Lucky Dev v. Sweden Case.* 27 Nov 2014. Application no. 7356/10.
25. *Sergey Zolotukhin v. Russia Case.* 10 Feb 2009. Application no. 14939/03.
26. *Rosenquist v. Sweden Case.* 14 Sep 2004. Application no. 60619/00.

ЮРИДИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ У ЄС: І ЗНОВУ СУМНІВИ?

С. Добрянський

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: svatolex@gmail.com*

Кризова ситуація, у якій опинилася Україна впродовж останніх трьох років, вимагає рішучих кроків у остаточному визначенні зовнішньополітичного вектору розвитку. На європейському континенті для нашої держави, вочевидь, найбільш перспективними та ефективними напрямками інтеграції у спільноту держав європейської цивілізації виступають такі міжнародні формування як Рада Європи (далі — РЄ) та Європейський Союз (далі — ЄС).

Намір посісти належне місце у світовому співтоваристві Україна урочисто проголосила ще з початків свого державного будівництва, а першим кроком у цьому керунку став вступ України до РЄ і відповідне освоєння нею праволюдних стандартів цієї організації. У той час, коли РЄ є перспективною формою політичної інтеграції держав Європи, ще більші можливості співпраці не лише у політичній сфері, а й у сфері економічній, соціальній, культурній відкриваються для України у такому міжнародному інтеграційному об'єднанні як ЄС, угоду про асоційоване членство з яким було підписано у березні 2014 р. після доленосних подій на Майдані впродовж грудня 2013 р. — березня 2014 р. Сподіваємося, що позитивне вирішення у найближчій перспективі питання про безвізовий режим перетин громадянами України кордонів держав-членів ЄС, буде не лише слугувати свого роду схваленням з боку ЄС українських реформ у політико-правовій системі, але й реальним вираженням бажання побачити у скорому часі Україну повноправним членом цього міжнародного формування.

Більше того, перебіг подій в Україні після Майдану, особливо на фоні ведення відкритої, хоч і офіційно неоголошеної війни у східних областях нашої держави, не залишає сумніву щодо нині єдино перспективного вектору зовнішньополітичного курсу України — інтеграцію до ЄС.

Реалізація положень угоди про асоційоване членство з ЄС вимагає від України, поряд з іншим, освоєння правової системи ЄС, зокрема юридичних норм щодо гарантування основоположних прав та свобод. Відтак, метою цієї статті є дослідження загальних закономірностей, осо-

бливостей, а також проблем у юридичному гарантуванні основоположних прав та свобод у ЄС задля більш ефективного наближення правової системи України до правової системи ЄС.

Хоча на початку 50-років було прийнято вважати, що повага та захист основоположних прав людини — це виключний обов'язок РЄ (оскільки вважалось, що інститути так званих Європейських Співтовариств (попередника ЄС, далі — ЄСС), які функціонували у певних галузях економіки, не можуть впливати на реалізацію принципу захисту прав людини), реалії політико-правових процесів між державами членами ЄС показали, що це не так. Фактично з перших років функціонування центральної судової інституції ЄСС — тоді ще Суду Справедливості ЄС (далі — Суд ЄС) було запропоновано прийняти рішення щодо відповідності актів інститутів ЄС конституційним положенням держав-членів у сфері регулювання прав людини [1, с. 100].

Роль Суду ЄС у юридичному гарантуванні прав людини у ЄС. Принцип поваги та захисту прав людини впродовж тривалого часу явно не виокремлювався у таких фундаментальних, установчих засадах правової системи ЄС, як *принципи свободи, демократії та верховенства права*. Первісно установчі документи ЄС не гарантували дотримання прав і основних свобод людини у правовій системі ЄС [2, с. 89]. Так до другої половини 60-років Суд ЄС відмовлявся здійснювати тлумачення актів інститутів ЄСС на відповідність конституційним положенням держав-членів з метою забезпечення прав та свобод. У 1959 р. до Суду ЄС було подано чотири скарги, в яких піднімалося питання про невідповідність рішень Верховного органу (орган управління створений відповідно до Договору про утворення Європейського об'єднання вугілля та сталі від 18 квітня 1951 р. (далі — Договір про ЄОВС)) конституційним вимогам щодо прав громадян держав-членів. Розглянувши в об'єднаному провадженні ці чотири справи 15 липня 1960 р., Суд ЄС визнав свою компетенцію приймати рішення про законність актів Верховного органу відповідно до Договору про ЄОВС, однак зазначив, що він не зобов'язаний встановлювати відповідність таких актів національному законодавству держав-членів, за винятком їх конституційного законодавства. Суд також відмітив, що *“право Співтовариства, як зазначено в Договорі про ЄОВС, не містить жодних загальних принципів, які би гарантували основоположні права”* [1, с. 101].

Однак подальше розгортання процесів європейської інтеграції неминуче ставило проблему забезпечення основних прав людини на одне з перших місць актуальних проблем порядку денного ЄС, що спонука-

ло Суд ЄС змінити свою позицію і нарешті розпочати процес конституціоналізації інституту основоположних прав та свобод. Першим кроком у цьому керунку стала справа “*Loos*”, в якій Суд ЄС вказав, що незалежно від держав-членів, право Співтовариства не тільки встановлює обов’язки окремих осіб, але й також одночасно закріплює основоположні права як частину європейської правової традиції [3]. Крім того Суд ЄС постановив, що “установчі договори повинні тлумачитися як такі, що мають пряму дію і надають індивідуальні права, які національні суди повинні захищати”.

Особливо важливого “правозахисного” значення у сфері механізмів взаємодії національних судів держав-членів ЄС та Суду ЄС набув принцип верховенства права Співтовариств над внутрішнім правом держав-членів. Цей принцип (вперше сформульований судом справи “*Costa*”) полягає у дії та обов’язковості норм права Співтовариств (в т.ч. рішень суду Суду ЄС як одного з джерел права Співтовариств) на всій території ЄС та стосовно всіх суб’єктів європейського права. Таким чином, Суд ЄС співпрацює з національними судами держав-членів, роз’яснюючи їм європейське право з точки зору інтересів не окремих держав-членів, а в цілому Співтовариств та їх цілей [4].

Подальшим кроком у напрямку забезпечення основоположних прав людини стала справа *Stauder* (1969 р.), у якій Суд ЄС постановив, що *права людини входять до системи загальних принципів права Спільноти*, які ним захищаються. А пізніше, у справі *Nold* (1974 р.) Суд ЄС вказав, що право Спільноти, яке він має тлумачити, виходить зі *спільних конституційних традицій держав-членів і при формуванні цінностей Спільноти він буде брати до уваги конвенції та угоди, укладені із державами-членами, а також Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.*(далі — ЄКПЛ) [5, р.144] Варто погодитися з висловленою у науковій літературі думкою про те, що рішення у цій справі виступає новим етапом у розвитку прецедентного права Люксембурзького суду, оскільки воно передбачає можливість того, що “при тлумаченні і застосуванні права Співтовариства Суд ЄС буде керуватися і покликатися на норми міжнародних договорів, які підписали держави-члени” [1, с. 103].

Таким чином, аналізуючи прецедентну практику Суду ЄС можна виокремити два періоди його функціонування, які кардинально відрізнялися застосовуваними підходами: якщо на першому етапі Суд ЄС всіляко уникав визнання проблеми необхідності захисту основних прав людини (прямо посилаючись на те, що Установчі договори ЄС не містять поло-

жень щодо гарантування прав людини), тоді як з другої половини 60-х років захист прав людини було визнано невід’ємним принципом права ЄС. Більше того, завдяки діяльності Суду ЄС вдалося частково подолати прогалини в установчих договорах ЄС щодо гарантування прав та свобод людини. Втім, навіть позитивно оцінюючи поступ у функціонуванні Суду ЄС у напрямку забезпечення основоположних прав та свобод людини у правопорядку ЄС, інші інституції ЄС не забарилися вказати обмеженість підходів Люксембурзького суду у формулюванні “правозахисних” принципів. Комісія ЄС у своєму меморандумі від 4 квітня 1979 р. зазначила: *“Якими б ефективними та гідними схвалення не були методи [захисту прав людини — С.Д.] вироблені Судом Справедливості Європейських Спільнот, вони, однак, не можуть компенсувати принаймні один суттєвий недолік правового порядку Спільнот, пов’язаний із відсутністю письмового “каталога” основоположних прав: неможливість знати наперед, які з таких свобод не можуть бути порушеними за жодних обставин. Європейський громадянин володіє легітимним інтересом знати свої права стосовно Спільнот. Він повинен мати можливість від самого початку оцінити перспективи розвитку будь-якого правового спору і, таким чином, мати у розпорядженні відповідні, чітко визначені критерії”* [6].

Уконститування інституту прав людини в установчих договорах ЄС. Лише через 30 років після заснування Європейського Співтовариства (далі — ЄСП) у Єдиному Європейському Акті вперше було вміщено посилання на принцип захисту прав людини. В абзаці 3 преамбули Акта зазначається, що держави-члени ЄС “сповнені рішучості сприяти спільними зусиллями розвитку демократії, яка спирається на права, визнані конституціями і законами держав-членів, ЄКПЛ та Європейською Соціальною Хартією”. [7].

Подальший процес конституціоналізації основоположних прав людини продовжив Амстердамський Договір від 2 жовтня 1997 року. Положеннями цього документу було внесено суттєві корективи в систему угод про утворення ЄС: так принцип поваги до прав людини та фундаментальних свобод, раніше закріплений тільки у преамбулі Договору про ЄС, перетворився на фундамент інтеграційних процесів у ЄС [8]. Іншими словами, Амстердамський договір надав право Суду ЄС застосовувати до усіх актів інститутів ЄС *мінімальні стандарти, котрі пов’язані з захистом прав людини у той спосіб*, як вони впливають із спільних конституційних традицій держав-членів та міжнародних угод з прав людини.

Окрім змін загального характеру щодо дотримання та захисту прав людини як інституту в цілому ЄС, положення Амстердамського Договору передбачали введення деяких нових аспектів, форм застосування принципу недискримінації. Амстердамський Договір став якісно новим кроком у напрямі забезпечення принципу недискримінації: доповнена ст. 3 (раніше — ст. 2) Договору про ЄСП встановлює, що “забезпечення рівності між жінкою та чоловіком в цілому, а не лише у трудових відносинах, становить одне із завдань Спільноти”.

Оцінюючи значення положень Амстердамського договору в аспекті посилення юридичної гарантованості інституту прав людини у ЄС, зарубіжні вчені прирівнюють його нововведення до статусу справжньої “реформи” в області забезпечення прав людини у правовій системі ЄС, явно закріпивши положення про основні права, котрі стали тепер частиною первинного права ЄС [1, с. 105].

Загалом поділяючи таку думку зарубіжних вчених щодо значення Амстердамського договору у процесі оформлення повної юридичної “цілісності” прав та свобод людини, не можна, на нашу думку, оминути проблеми, яких цей договір не вирішив. Так, зокрема, посилення інтеграційних процесів між державами-членами ЄС супроводжувалося посиленням юридичного забезпечення в першу чергу соціально-економічних прав людини, тоді як у практиці Суду ЄС почали виникати загроза ситуації порушення однакового режиму гарантування *особистісних* прав людини із *соціально-економічними* [2, с. 98].

Проблема співвідношення цих режимів виникала у тих випадках, коли Суд ЄС повинен був здійснювати контроль за дотриманням основних прав людини у випадках порушення державами економічної свободи, котра, власне, й належить до одного з прав людини або ж опосередковано зачіпає його. Це могло статись, наприклад, у разі видворення громадянина ЄС з держави-члена (скажімо, у випадку порушення ним умов економічної діяльності), внаслідок чого руйнувалася єдність сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ); або ж у разі застосування щодо нього обмежень у вільному наданні йому з боку ЗМІ інформаційних послуг, які безпосередньо торкаються права на вільне поширення інформації, незважаючи на кордони (ст. 10 ЄКПЛ) [5, р.183]. Іншими словами проблема виражалася у тому, що в поле дії правопорядку ЄС, зокрема, діяльності Суду ЄС, потрапляли права людини, захист яких забезпечувався нормами ЄКПЛ, внаслідок чого виникала колізія у міжнародно-судовому захисті прав людини: одні і ті самі права водночас забезпечувалися двома різними міжнародними правопорядками, членами яких були ті ж держави-члени ЄС.

Таким чином, у правопорядку ЄС піднімалися все нові питання юридичного гарантування основоположних прав людини, вирішити які шляхом подальшого розгортання правозахисної практики Суду ЄС чи то просто внесенням доповнень та коректив до системи установчих договорів ЄС не було ефективним.

На різних етапах функціонування ЄСП піднімалося питання щодо його можливого приєднання до системи захисту прав людини під егідою ЄКПЛ. Однак після рішення Суду ЄС [*Opinion 2/94 on Accession by the Community to the ECHR*], в якому була висловлена позиція цього суду про те, що Договір про ЄСП не надає повноважень Європейському Співтовариству приєднатися до ЄКПЛ, визріла необхідність пошуку інших шляхів якісно нового гарантування прав та свобод людини у ЄС.

За часів головування Німеччини у ЄС 1999 р. було запропоновано "... на сучасному етапі становлення ЄС розробити Хартію основоположних прав (далі — Хартія ЄС) задля того, щоби явно гарантувати для громадян Союзу першочергову значимість прав та свобод".

Такий документ було врешті-решт розроблено, і він був "урочисто проголошений" Європейським Парламентом, Радою Міністрів та Європейською Комісією у Ніцці 7 грудня 2000 р [9, с. 158]. Спочатку на жаль, Хартія не була інкорпорована до системи установчих угод ЄС, ба навіть вона була опублікована у серії "С" офіційного журналу, а не у серії "Л", яка зарезервована для права.

Таким чином, після свого проголошення Хартія 2000 р. не була наділена юридичною силою, і була вперше згадана Судом ЄС лише у 2006 р. у справі щодо законності Директиви про об'єднання сім'ї.

"Революційним" кроком у керунку радикального подолання нових проблем юридичного гарантування прав людини мав виступити Договір про введення Конституції для Європи, який містив перелік прав та свобод, проголошених у Хартії ЄС [9, с. 160]. Однак, не отримавши підтримки на рівні національних референдумів держав-членів ЄС, його було замінено Лісабонським договором, який набрав чинності у грудні 2009 р.

Місце Хартії ЄС у системі джерел права ЄС. З набранням чинності Лісабонського договору 1 грудня 2009 р. Хартія ЄС набула юридичної сили одного з установчих договорів ЄС. Беручи до уваги систему джерел права ЄС, зокрема вже усталений у науковій літературі поділ таких джерел за ступенем їх фундаментальності на первинні та вторинні [10, с. 120], можна з впевненістю стверджувати, що для Суду ЄС — органу, який послідовно забезпечує втілення принципу пріоритету права ЄС щодо національних правопорядків держав-членів цього формування,

першочергового значення набула саме Хартія ЄС, а не ЄКПЛ, попри те, що остання визнана ЄС одним із загальних принципів його правової системи, які (принципи) теж є джерелами права ЄС. Адже відповідно до п. 3 ст. 6 Договору про ЄС основоположні права, в тому вигляді, в якому вони закріплені в ЄКПЛ і впливають із спільних для держав-членів ЄС конституційних традицій, визнаються загальними принципами права ЄС (що ставить їх в ієрархії джерел права ЄС на друге місце після його установчих договорів) [11, с. 112].

Таким чином, незважаючи на той факт, що зміни, внесені до установчих документів ЄС Лісабонським договором 2007 р., передбачають обов'язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі ЄКПЛ, сьогодні власне Хартія ЄС є джерелом стандартів захисту прав людини для усіх органів та інституцій ЄС. Варто зауважити, що тільки за перший рік чинності Хартії ЄС Суд ЄС посилався на її норми понад 30 разів, а в листопаді 2010 р. вперше застосував положення Хартії ЄС як правову підставу анулювання приписів низки регламентів ЄС через їх суперечність Хартії ЄС [12].

Хартія ЄС об'єднує в одному документі основоположні права та свободи, права громадян ЄС, які закріплені у ЄКПЛ, Європейській соціальній Хартії, передбачені загальними конституційними традиціями держав-членів, розроблені правозахисною практикою Суду ЄС та ЄСПЛ, а також ті права, які містяться у міжнародних конвенціях по правах людини, прийнятих ООН, РЄ і Міжнародною організацією праці, учасника якої виступають держави-члени.

У порівнянні з ЄКПЛ Хартія ЄС закріплює значно більший перелік прав та свобод, наприклад, право на цілісність особистості (ст. 3 Хартії), свободу творчості та науки (ст. 13 Хартії), право на притулок (ст. 18 Хартії), а також набір унікальних прав, якими наділені власне громадяни ЄС (ст. 39-46 Хартії).

Загалом схвально оцінюючи значення цього документа в правопорядку ЄС, поставимо питання: чи можна вважати процес конституціоналізації прав людини в ЄС таким, що досягнув своєї завершальної стадії, а отже, проблеми, які виникали на різних етапах європейської інтеграції, отримали нарешті своє належне вирішення? Відповідаючи на це запитання, варто, на нашу думку, звернути увагу на певні практичні проблеми при застосуванні Хартії для захисту основоположних прав людини.

По-перше, норми Хартії ЄС мають обов'язковий характер лише для інституцій ЄС у процесі здійснення наданих їм повноважень (зокрема при прийнятті відповідних правових актів), а також для держав-членів ЄС

при імplementації ними положень права Союзу. Тоді як приватні особи як суб'єкти правопорядку ЄС володіють обмеженими процесуальними можливостями щодо оскарження актів інституцій ЄС на предмет порушення останніми прав та свобод, закріплених у Хартії ЄС. Відповідно до ст. 263 Договору про функціонування ЄС, приватні особи мають право оскаржити акт інституції ЄС, який не адресований їм персонально (а переважна більшість означених актів має саме такий характер) тільки у тому випадку, коли такий акт породжує для них безпосередні правові наслідки та торкається їх персонально та [13, с. 65]. Зазначені принципи (*персональний та безпосередній характер акта*) були детально розроблені у судовій практиці Суду ЄС, і, як зазначається у науковій літературі, складність дотримання цих критеріїв на практиці тягне для приватних суб'єктів неможливість безпосереднього оскарження актів інституцій ЄС на основі положень Хартії ЄС [11, с. 114].

Відтак, можна зробити висновок, що для повноцінного використання можливостей, які випливають із Хартії ЄС, необхідною є принципова лібералізація процесуально-правового статусу приватних суб'єктів, яка прямо уможливить оскарження ними актів інституцій ЄС на предмет порушення основних прав та свобод.

По-друге, не зважаючи на те, що Хартія є договором еволюційним як щодо номенклатури гарантованих нею прав людини, так і щодо їх техніко-юридичного формулювання та структурування у різних частинах цього документа, очевидно є невиправдана надмірна абстрактність певних її положень. З одного боку, Хартія співвідноситься з еволюцією конституційного права у Європі в цілому, а з іншого — з тим, як еволюціонувало саме європейське право. Зокрема, Хартія закріплює визначені на основі прецедентів основоположні права, визнані Судом ЄС в якості неписаних загальних принципів права цього міжнародного утворення. Слід звернути увагу на те, що низка положень цього акта носить відносно-визначений, більше того, суто декларативний характер, що невиправдано розширює сферу розсуду установ інституцій ЄС при визначенні ними напрямків практичної реалізації положень Хартії ЄС.

Наприклад, виправдану критику викликають формулювання ст. 37 та 38 Хартії ЄС. Так, скажімо, ст. 37 містить положення про те, що “політика Європейського Союзу повинна включати підвищений рівень захисту навколишнього середовища і забезпечувати покращення його якості відповідно з принципом сталого розвитку”. З одного боку, важливим є те, що наведена стаття передбачає не просто збереження навколишнього середовища, а високий рівень його захисту і підвищення якості

навколишнього середовища відповідно до зростаючих науково-технологічних і фінансових можливостей держав ЄС; з іншого ж — зазначене положення не витримує жодної критики з огляду на принцип правової визначеності, зокрема, в аспекті конкретних можливостей поведінки людини, котрі би впливали з формулювання цієї статті. Відсутність чітко сформульованих екологічних прав людини (таких як право на безпечне навколишнє середовище, право на достовірну екологічну інформацію, право на участь у прийнятті екологічних рішень) в тексті Хартії є, очевидно, її недоліком [9, с. 180]. Схожим чином заслуговує критики формулювання ст. 38 Хартії ЄС, яке також не витримує перевірки принципом правової визначеності.

По-третє, норми Хартії ЄС (зокрема ч. 3 ст. 52), містить положення, за яким права та свободи, закріплені у цьому документі, в процесі його застосування повинні мати значення та обсяг відповідно до однойменних прав та свобод, закріплених у ЄКПЛ [8, с. 32]. Зазначена норма покликана слугувати гарантією того, що принципи захисту прав людини, закріплені в ЄКПЛ та розроблені практикою ЄСПЛ, отримують своє належне і повне відображення у правозахисній практиці Суду ЄС.

Натомість практика Суду ЄС нерідко демонструє автономність застосування та тлумачення ним прав і свобод людини на відміну від ЄСПЛ. Конфліктною площиною між ЄС та ЄСПЛ у сфері прав людини називають щонайменше: а) систему надання біженцям притулку в ЄС на основі так званого Дублінського регламенту ЄС (станом на сьогодні понад 1000 заяв щодо порушення норм ЄКПЛ при вирішенні питання про депортацію біженців із держав-членів ЄС чекають свого вирішення у ЄСПЛ); б) практику застосування у ЄС Європейського ордеру на арешт, який, як стверджується, значно розходиться з усталеною практикою ЄСПЛ щодо застосування ст. 3 і 6 ЄКПЛ; в) антимонопольну практику ЄС з її надзвичайно високими штрафами і не виправдано великими повноваженнями Європейської Комісії з розслідування порушень і накладення штрафів [14, с. 111-114].

У цій же площині виникає питання, наскільки сумісними виступають п. 1. та п. 3 ст. 52 Хартії ЄС. Так, п. 1 містить положення про те, “що будь-яке обмеження прав та свобод, визнаних цією Хартією, повинно бути передбачене законом і не посягати на серцевинний зміст цих прав та свобод. Обмеження можуть застосовуватися лише за умови дотримання принципу пропорційності і тільки у тому випадку, якщо вони необхідні і відповідають загальним цілям, передбаченим ЄС, або необхідні для захисту прав та свобод інших людей”. Порівняння зазначеного положен-

ня з п. 3 ст. 52, за яким права та свободи людини закріплені в Хартії ЄС, повинні мати зміст та обсяг відповідно до однойменних прав та свобод, закріплених в ЄКПЛ, дозволяє констатувати, що в ЄКПЛ не передбачено такої підстави обмежування прав та свобод людини як *загальні цілі ЄС*; відтак, очевидним є відмінне розуміння *принципу пропорційності* у практиці ЄСПЛ та правовій системі ЄС.

Перспективи приєднання ЄС до ЄСКП. Оскільки положення установчих договорів у чинній редакції договору про ЄС (ст. 6) передбачають обов'язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі ЄКПЛ, видається, що зазначені вище проблеми непослідовності юридичного гарантування прав людини у правовій системі ЄС могли би бути більш ефективно вирішені після визнання обов'язковою для нього юрисдикції ЄСПЛ. Адже результатом такого кроку буде передача спірних питань на розгляд такого незалежного авторитетного міжнародного арбітра як ЄСПЛ.

Взагалі ідея приєднання ЄС до ЄКПЛ активно обговорювалася як політиками, так і юристами вже з кінця 1970-х. Однак, як уже зазначалося раніше, у своєму рішенні 2/94 від 28 березня 1996 р. Суд ЄС вказав, що Європейське Співтовариство не володіє необхідними повноваженнями для приєднання до ЄСКП, і такий крок вимагає внесення змін до установчих договорів.

Після оприлюднення такої правової позиції суду ЄС впродовж тривалого часу (понад 14 років) процес приєднання ЄС до ЄКПЛ не відбувався, допоки не стало очевидним, що накопичення практики Люксембурського суду у царині захисту прав людини на основі застосування положень Хартії ЄС (зокрема, тих, які закріплюють одноіменні права людини з правами гарантовані ЄКПЛ) тягне за собою поступове розходження відповідної правозахисної практики між Судом ЄС та ЄСПЛ. Відтак у липні 2010 р. розпочалися переговори по приєднанню ЄС до ЄКПЛ, результатом яких стало вироблення відповідного проекту договору.

Отож розглянемо більш детально юридичні норми, котрі опосередковуватимуть процес приєднання ЄС до ЄКПЛ, і, що має особливе значення у контексті нашого дослідження, визначатимуть межі судового нагляду ЄСПЛ за актами органів ЄС після підписання відповідного договору (далі — Договір про приєднання).

Ст. 1 (b) Протоколу № 8 до Договору про приєднання містить вимогу про те, що така угода “передбачає створення механізму, необхідного для того, щоби забезпечити те, що скарги держав-нечленів ЄС та індивідуальні звернення про порушення прав людини правильно адресува-

лися відповідно проти держави-члена ЄС або самого ЄС” [15]. У той же час ст. 3 цього Протоколу визначає, що “ніщо в Договорі про приєднання не впливатиме на застосування ст. 344 Договору про функціонування ЄС (далі — договору про ФЄС)”, а ст. 6 (2) Договору про ЄС встановлює, що “приєднання до ЄКПЛ не впливатиме на повноваження Союзу, визначені в угодах” [16]. Зазначена стаття містить вимогу про те, що “держави-члени зобов’язуються не використовувати інших способів вирішення спорів щодо тлумачення та застосування Договорів, аніж ті, котрі визначені у цьому договорі”. Як роз’яснив Суд ЄС у справі *МОХ*, “це положення стосується також усіх спорів щодо вторинного законодавства ЄС” [17, р.191]. Іншими словами, ст. 344 Договору про ФЄС встановлює монополію Суду ЄС щодо вирішення будь-яких спорів, які виникають між державами-членами і торкаються права ЄС.

Які практичні наслідки застережень, визначених у юридичних нормах, котрі опосередковують процес приєднання ЄС до ЄКПЛ?

По-перше, важливим є те, що приписи ст. 344 Договору про ФЄС фактично виступають юридичною підставою унеможливлення звернення до ЄСПЛ однієї держави-члена ЄС проти іншої держави-члена щодо порушення нею прав людини, котре є результатом застосування права ЄС. Відтак юридичні можливості звернення до ЄСПЛ за захистом прав людини у справах, котрі стосуються застосування державами-членами права ЄС, фактично зводяться нанівець [17, р.182].

По-друге, схожа проблема піднімається у випадку гіпотетичного звернення зі скаргою на порушення прав людини, гарантованих ЄКПЛ, держави-члена ЄС проти самого ЄС або ж ЄС проти свого держави-члена. Оскільки предметом такої скарги так чи інакше буде проблема тлумачення та застосування права ЄС, такі категорії справ також випадуть за межі юрисдикції ЄСПЛ.

Які ж суб’єкти володітимуть *реальними процесуальними можливостями* ініціювання захисту прав людини у справах, котрі виникають із правовідносин, ініційованих актами застосування права ЄС?

Звернення недержавних суб’єктів. Що стосується індивідуальних звернень щодо порушення прав людини, то їх можна вважати ефективними засобами захисту прав людини від актів інституцій ЄС та держав-членів цього формування за умови врахування таких факторів. Як відомо, проблема захисту прав людини у правопорядку ЄС раніше уже була предметом розгляду ЄСПЛ у низці справ, серед яких окремої уваги заслуговують справи *Bosphorus v. Ireland* [18] та *Mss v. Belgium and Greece* [19].

У першій з них ЄСПЛ сформулював принцип так званого “еквівалентного захисту прав людини”. Зокрема, розглядаючи скаргу проти держави-члена ЄС, котра виконувала свої обов’язки відповідно до одного із регламентів ЄС, ЄСПЛ зазначив: “Дії держави, вжиті на виконання своїх юридичних обов’язків, є обґрунтованими, допоки відповідна організація вважається такою, що захищає основоположні права людини як щодо вжитих матеріальних гарантій, так і механізмів, котрі забезпечують їх дотримання у спосіб, який можна вважати принаймні еквівалентним до того, який забезпечує Конвенція” [18]. У декількох наступних рішеннях ЄСПЛ підтримав та дещо уточнив своє розуміння принципу “еквівалентного захисту прав людини”, зокрема щодо дотримання обов’язків, котрі випливають зі ст. 6 ЄКПЛ (рішення у справі *Kokkelvisserij v. the Netherlands*).

У справі *Mss v. Belgium and Greece* ЄСПЛ розглядав звернення особи афганської національності проти Бельгії на основі Регламенту Дублін II. Бельгійська влада вжила заходів із вислання заявника до Греції, куди, за його словами, він не повинен був бути висланий через випадки нелюдського та принизливого відношення в Греції до тих, хто звертається за отриманням притулку. ЄСПЛ виступив проти Бельгії, оскільки “регламент ЄС у даному випадку надає державі певну самостійність у діях, яку вона не використала”. Відтак ЄСПЛ зазначив, що “підхід, вироблений у справі *Boshorus v. Ireland* не може застосовуватися” [19].

Отож, якщо на стадії оцінки прийнятності індивідуальної скарги щодо порушення прав людини державою-членом ЄС у контексті виконання нею обов’язків, які випливають із законодавства ЄС, ЄСПЛ дійде до висновку, про те, що слід застосувати принцип “еквівалентного правового захисту”, піднята у скарзі проблема захисту прав людини вкотре залишається в царині Суду ЄС. Чи сприятиме такий підхід повноцінному захисту прав людини? Видається, що знайти відповідь на це питання не буде важко.

Що стосується індивідуальних звернень проти самого ЄС (попри те, що така можливість захисту прав людини відкривається після підписання Договору про приєднання) видається, що кількість таких звернень з огляду на специфічний правопорядок ЄС, зокрема щодо прийняття рішень та розподілу владних повноважень між державами-членами ЄС та його органами, не буде великою.

Наведений вище аналіз положень проекту Договору про приєднання ЄС до ЄСКЛ, як нам видається, дозволяє констатувати максимальне врахування інтересів ЄС, а саме: збереження унікального (*sui generis*)

правового порядку ЄС, розподілу компетенції між його інституціями та державами-членами, а також попередження втручання будь-яких “небажаних” суб’єктів у правову систему ЄС. Більше того, проект Договору про приєднання, образно висловлюючись, настільки філігранно оминає слабкі питання захисту прав людини інституціями та державами-членами ЄС, що складається враження документа у формі протоколу про наміри, а не договору, спрямованого на породження конкретних правових наслідків.

Здавалося би, що у такому формулюванні Договір про приєднання мав би у найближчому майбутньому набрати юридичної сили, і надати нарешті ЄС повної легітимності в обговоренні з іншими державами питань дотримання прав людини. Втім, всупереч будь-яким очікуванням 18 грудня 2014 р. Суд ЄС прийняв Висновок 2/13 щодо невідповідності Договору про приєднання ЄС до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод установам договорам ЄС, у результаті чого приєднання ЄС до ЄКПЛ відкладається на невідзначений термін [20, с. 90].

Докладний аналіз Висновку Суду ЄС 2/13 від 18 грудня 2014 р. очевидно потребує окремого наукового дослідження. Однак варто звернути увагу, що головні аргументи, які Суд ЄС поклав в основу свого негативного рішення, як не парадоксально є саме ті проблеми, які розробники документу намагалися вичерпно передбачити та врегулювати: 1) забезпечення принципу верховенства права ЄС; 2) принципу добросовісного співробітництва держав-членів ЄС та автономії права ЄС; 3) принципу монополії Суду ЄС на вирішення конфліктів; 4) проблема залучення ЄС або держави-члена у якості співвідповідачів [20, с. 83-91].

Розглянемо окремі аргументи Суду ЄС, які, на його думку, виступають за своєю суттю вагомими перешкодами на шляху приєднання ЄС до ЄКПЛ.

Проблема дотримання принципу верховенства права ЄС. Так, у вищезгаданому висновку 2/13 Суд ЄС зазначає, що “передача повноважень по контролю за діями ЄС зовнішньому судовому органу (ЄСПЛ), рішення якого будуть носити для ЄС обов’язковий характер, саме по собі не суперечить праву ЄС. При цьому у ЄСПЛ не повинно бути можливості ставити під сумнів висновок Суду ЄС стосовно сфери дії права ЄС, зокрема того, чи зв’язана держава-член ЄС обов’язком дотримання основоположних прав та свобод ЄС”.

Як зазначають коментатори висновку Суду ЄС 2/13, проблема полягає у тому, що ст. 53 ЄКПЛ надає право державам-членам ЄС встановлюва-

ти більш високі стандарти захисту прав людини, ніж ті, які закріплені ЄСПЛ. Відтак Суд ЄС звертає увагу на потенційну загрозу того, що у випадку приєднання ЄС до ЄКПЛ за умовами чинного проекту Договору про приєднання, держави-члени ЄС зможуть використовувати *ст. 53 ЄКПЛ як підставу для відмови виконувати свої зобов'язання відповідно до права ЄС*, навіть не зважаючи на наявність відповідної попередньої практики Суду ЄС (рішення по справі *Melloni*, за яким держави не можуть відмовлятися від виконання вимог права ЄС, покликаючись на те, що їх внутрішнє законодавство передбачає більш високий ступінь захисту прав людини, ніж Хартія ЄС).

Чи можна погодитися з тим, що у цій частині висновку 2/13 аргументи Суду ЄС носять переконливий характер? Вряд чи.

По-перше, захист і забезпечення основоположних прав та свобод людини не є єдиним пріоритетом сучасних держав-членів ЄС, а така ціль балансується з іншими загальносуспільними інтересами такими як, наприклад, стабільний економічний розвиток, збереження безпеки та розвиток демократії. Так, відповідно до ст. 67 ДФЄС, “ЄС створює простір свободи, безпеки та законності при дотриманні основоположних свобод”. Відтак, за умови проведення відповідними інституціями ЄС збалансованої політики у сферах, переданих державами-членами ЄС наднаціональним органам ЄС, такої проблеми просто не буде виникати.

По-друге, досвід окремих держав-членів ЄС свідчить, які непередбачувані та шкідливі суспільні наслідки можуть викликати неадекватні правові і політичні кроки окремої держави-члена щодо самого ЄС. Так економічні проблеми Англії після проведення національного референдуму на предмет виходу з ЄС, гадаємо, стане пересторогою для інших держав приймати поспішні та сумнівні правові та політичні кроки щодо ЄС. Відтак держави-члени ЄС врят чи поспішатимуть сьогодні з правовими рішеннями (у нашому випадку відмовлятися від виконання вимог права ЄС під приводом забезпечення основоположних прав та свобод), які ставлять у загрозове становище їхній чинний статус у правопорядку ЄС.

І, нарешті, оскільки Хартія ЄС включає права людини гарантовані ЄКПЛ, дотримання мінімальних стандартів прав людини, розроблених у відповідній практиці ЄСПЛ, буде достатнім для того, щоби відкинути бути аргументи для критики держав-членів щодо недотримання ЄС необхідних показників прав людини.

Проблема до тримання монополії Суду ЄС щодо вирішення правових спорів. Ще одна перешкода, на яку вказує Суд ЄС у своєму висновку 2/13 як підставу підписання Договору про приєднання є те,

що приєднання ЄС до ЄКПЛ відкриє можливість для держав-членів ЄС можливість подачі до ЄСПЛ міждержавної скарги (на основі ст. 33 ЄКПЛ) чи то проти самого ЄС чи проти іншої держави члена, чим буде порушено ст. 344 ДФЄС. Однак, як нами було досліджено раніше ст. 344 ДФЄС встановлює монополію Суду ЄС на вирішення спорів, в яких піднімається питання застосування чи тлумачення права ЄС. Відтак, у випадку порушення державою-членом ЄС принципу добросовісного співробітництва (який вимагає у спорах щодо питань тлумачення та застосування права ЄС звертатися в першу чергу до Суду ЄС), Європейська Комісія має у своєму розпорядженні усі необхідні правові заходи (подання позову до держави-члена ЄС про невиконання нею своїх зобов'язань) для притягнення винних до юридичної відповідальності. Отже, проблема на яку вказує Суд ЄС, не становить реальної практичної значимості.

Навіть при непоглибленому дослідженню вищеназваному висновку Суду ЄС 2/13, складається враження, що Суд ЄС ставить за свою первинну ціль понад усе зберегти та забезпечити у правовому полі ЄС функціонування принципу верховенства права ЄС, а вже потім верховенства права людини.

Підведе підсумки дослідження.

Основні висновки:

Аналіз процесів юридичного гарантування основоположних прав та свобод у ЄС дозволяє констатувати наявність значного поступу у цьому напрямку, коли на зміну первісних правових позицій Суду ЄС про заперечення необхідності захисту прав людини у правопорядку цього міжнародного формування було прийнято положення установчих договорів у формі окремого формально-обов'язкового міжнародного договору.

Доводиться визнати, що приєднання ЄС до ЄКПЛ могло би стати позитивним кроком і привести у кінцевому результаті до гармонізації праволюдних стандартів РЄ та ЄС, але негативне рішення Суду ЄС 2/13 від 18 грудня 2014 р. зупинило такий процес на невизначений строк.

Продовжити процес приєднання ЄС до ЄКПЛ можна буде, як нам видається, тільки після суттєвого доопрацювання Договору про приєднання і внесення змін до установчих договорів ЄС.

Список використаних джерел

1. Табушка С. Развитие защиты прав человека в рамках правовой системы Европейского Союза / С. Табушка // Право України.— 2013.— № 3.— С. 100-107.
2. Добрянський С. Актуальні проблеми загальної теорії прав людини / С. Добрянський // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України.— Серія І. Дослідження та реферати. Випуск 10.— Львів.: “Астрон”, 2006.— 120 с.
3. Case C- 26/62 Van Gend en Loos vs. Belasting Administration of February 5, 1963 // European Court Reports.— 1963.
4. Case C-6/64 Costa vs. E. N. E. L.of July 15, 1964 // European Court Reports.— 1964.
5. Nanette N.A. Allan R. The European Union and Human Rights / N.A. Nanette R. Allan // The Hague / Boston / London: Kluwer Law International, 1995.— 246 p.
6. Memorandum of the Commission of the European Communities adopted on 4 April 1979 // Bulletin of the European Communities.— 1979.— Supplement № 2/79. Para 5.
7. Единый европейский акт был подписан в феврале 1986 г. (вступил в силу в июле 1987 г.) // Табушка С. Развитие защиты прав человека в рамках правовой системы Европейского Союза / С. Табушка // Право України.— 2013.— № 3.— С. 100-107.
8. Амстердамський договір було підписано 2 жовтня 1997 р. і він набув чинності 1 травня 1999 р.
9. Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий.— М.: Юриспруденция, 2001.— 203с.
10. Опришко В. Ф. Право Європейського Союзу / В. Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець.— К.: КНЕУ, 2002.— 460 с.
11. Энтин К. В. Присоединение Евросоюза к ЕКПЧ / К. В. Энтин / Европейское право.— 2012.— № 3.— с. 111-123.
12. Joined cases C- 92/09 and C-93/09 Volker and Markus Schecke Gbr (C-92/09) Harmut Eifert (C-93/09) v/ Land Hassen // <http://curia.europa.eu/juris/document/>
13. Договор о функционировании Европейского Союза // Европейский Союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Отв. ред. Кашкин С. Ю.— М.: Изда-во ИНФРА — М., 2008.— с. 65.
14. Исполинов А. С. Практика ЕСПЧ в отношении Европейского Союза: некоторые уроки для ЕврАзЭС / А. С. Исполинов // Журнал зарубежно-

- го законодательства и сравнительного правоведения. — 2012. — № 3. — с. 112-114.
15. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en/pdf.
 16. Белова Г. Институциональные и процессуальные проблемы, связанные с присоединением Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод / Г. Белова // Право України. — 2013. — № 3. — С. 109-113.
 17. Gaja G. Accession to the ECHR // EU Law After the Lisbon Treaty. — ed. by Biondi B., Eeckhout P., Ripley S. — Oxford University Press. — 2012.
 18. ECHR Reports 2005 — VI 107, 152 (para 137).
 19. Case of Mss v. Belgium and Greece, Appl. № 30696/09, Judgement of 21 January.
 20. Энтин К. В. Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2 / 13 / К. В. Энтин / Сравнительное Конституционное обозрение. — 2015. — № 3. — с. 83-91.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В КОНТЕКСТЕ ЛИБЕРАЛЬНОЙ ГЕОКУЛЬТУРЫ

С. Калинин

*Белорусский государственный университет,
г. Минск, ул. Ленинградская, 8, e-mail: kalinin@bsu.by*

Глобальный кризис современного мира носит, в том числе, и мировоззренческое измерение, указывая на неадекватность (полную либо частичную) идей, которые еще четверть века назад казались универсальными и закладывались в основу законодательства и государственного строительства. Такая ситуация неудивительна — в истории регулярно происходят отказы от одних доктрин и восприятие других, кажущихся идеальными, способными разрешить все проблемы. Однако современность имеет качественное отличие. Она характеризует упадок, включая мировоззренческий, цивилизации, возникшей в XVI в. в Западной Европе в качестве локальной, постепенно подчинившей и включившей в себя иные цивилизационные модели, ставшей в итоге единой и единственной глобальной исторической системой.

Данная цивилизация в ее целостном и глобальном восприятии и репрезентации и выступает объектом мир-системного анализа (World-Systems Research) [4; 8; 10; 11; 12]. Данный методологический феномен, отличаясь подчеркиваемым экономизмом, в глобальной перспективе связывает тип производства с организацией публичной власти, социальными структурами, нормирующими институтами и ценностями; географические факторы, длительные исторические процессы и порожденные ими структуры [9]. Исходным объектом этой концепции выступает мир-система (world-system¹), то есть проходящий определенные стадии развития пространственно-временной континуум, охватывающий объединенные общими идеями и ценностями политические и культурные элементы, которые невозможно рассматривать по отдельности, понимающий себя в качестве всего мира, даже не будучи таким географически. Мир-система всегда представляет собой *конечную* (здесь и далее курсив наш — С. К.) историческую систему, то есть долговре-

¹ В мир-системном анализе важно адекватное понимание терминов «world-system», «world-economy», «world-empire» без потери важных смысловых оттенков, которыми в данной работе можно пренебречь.

менную крупномасштабную целостность, характеризующуюся разделением труда, организующими принципами, институтами, культурой, внутренними противоречиями, относительной пространственно-временной автономией. Развитие мир-системы осуществляется преодолением заложенных в нее противоречий посредством мировоззренческих феноменов, как правило, за счет новых сфер и элементов. Так, «демократические» реформы в Афинах отражали борьбу аристократии за власть, в ходе которой аристократия для достижения кратковременных целей расширяла участие демоса в управлении, пока Афины не пришли в упадок [38]. Христианство перевело идею воздаяния на уровень Царствия Небесного и загробной жизни. Реформация трансформировала бунты в революции. Достижение же противоречиями мир-системы максимума влечет глобальные кризисы, порождающие новый системный порядок [10, С. 23, 95-97, 348-350, 401-404].

Важнейшим элементом мир-системы являются легитимирующие и интегрирующие ее мировоззренческие феномены, охватываемые категорией «*геокультура*», которая активно используется и в русскоязычной науке и не только в логике мир-системного анализа [20; 31]. Геокультура представляет собой культурное основание мир-системы, культурный способ организации мирового пространства (ядро, периферия, полупериферия) и обеспечения легитимности сформированного в интересах ядра глобального порядка [10, С. 188-226], что позволяет методологически анализировать роль мировоззрения и его составляющих в преобразовании реальности и пространства, включающем представления об идеальных формах управления. Геокультура может проявляться на локальном (как культурно-исторический тип) и глобальном (претензия на всемирную роль либо реальное мировое влияние) уровнях.

Сущностно современная мир-система является *капиталистической мир-экономикой*, предполагающей иерархическое неравенство в распределении в силу концентрации определенных видов производства (высокоприбыльного в силу относительной монополизации) в отдельных ограниченных зонах. Легитимация данной мир-системы экономики осуществляется геокультурой *либерализма*, удерживающей мир в нужном государствам ядра положении, обеспечивающей возможность ядра присваивать прибавочный продукт периферии. Таким образом, современная мир-экономика, капитализм и либерализм выступают неделимым разноаспектным феноменом [10, С. 25].

Либеральная геокультура является сложным мировоззренческим феноменом, на генезис и развитие которого оказали влияние философ-

ский, цивилизационный, историософский, исторический, политический, культурный, этический, экономический, религиозный, правовой и иные факторы, способные выступать отдельными направлениями теоретического либерализма. В частности, либерализм может пониматься как политическая философия, основанная на ценностях свободы; политико-правовая (конституционная) доктрина, основанная на приоритете личности, ее прав и свобод и противостоящая традиционным и авторитарным системам; политический режим; элемент концепции «управляемого хаоса»; апостасийное явление и т. д. В результате *либеральными* могут быть и высокие ценности, и античеловеческая политика.

Либеральная геокультура основывается на следующих мировоззренческих аксиомах: материалистичность мира; рациональность и исключение иррациональных ограничений; линейный социальный прогресс, подразумевающий возможность реальной реализации социальных притязаний и нормальность политических перемен, направленных на защиту свободы, естественных прав, борьбу с тиранией и т. д.; коллективизм и эгалитаризм, включающие признание состоящего из граждан народа источником суверенной власти; бесконечность накопления капитала; индивидуализм и абсолютизация свободы; возможность достижения успеха и могущества политически свободной нацией, избравшей правильный (либеральный) экономический курс развития [10, С. 112-117; 11, С. 5, 188]. В политико-правовой сфере либерализм включает идеи прав человека, правового государства, демократии, верховенства права, разделения властей, частной собственности и т. д., которые одновременно выступают и нравственно-идеологическими требованиями, оценивающими социальную действительность, и формализуются в праве.

Исходные принципы либерализма возникли в рамках английской политической философии XVI-XVIII вв., основанной на кальвинистской теологии, и были закреплены во время Нидерландской, Английской, Американской и Французской революций. Кальвинистские идеи об изначальном предопределении человека, противопоставлении немногих избранных остальному грешному человечеству, апеллировавшие к ветхозаветным ценностям [7, С. 95-141; 28], породили феномен «христианского (английского) гедбраизма», то есть идею о богоизбранности («особой роли», «глобальной ответственности», «времени белого человека» и т. д.) народа Британии, несущего свет миру [5, С. 131-135]. Данная идея, имманентно включающая принцип двойных стандартов, стала затем неотъемлемой частью гражданской религии США, проявляясь, например, в трактовке уникальности американского социально-исторического опыта, фети-

шизации политических структур США, апологии статуса Америки как «богоизбранной» страны, оправдании ее превосходства над другими [19; 22]. Так, Президент США Б. Обама провозглашает следующее: «Кто-то может с этим не согласиться, но я считаю, что Америка является исключительной, отчасти потому, что мы, пойдя на людские жертвы и не считаясь с материальными и финансовыми средствами, продемонстрировали готовность отстаивать не только свои собственные интересы, но и интересы всех» [27]. Х. Клинтон прямо указывает на исключительность и незаменимость Америки, вытекающую из ее ценностей [1].

Таким образом, либерализм, легитимируя капиталистическую мир-экономику, позиционирует себя в качестве венца развития *всего* человечества за счет линейного прогресса обеспечивших *высокий уровень жизни на Западе* идей Античности, вновь использованных в эпохи Гуманизма, Возрождения, Реформации, Просвещения, буржуазно-демократических революций и до настоящего времени [Напр.: 25, С. 92-107.]. Вышеизложенное обуславливает его мировоззренческую претензию на универсальность, безальтернативность и эталонность при оценке социально-политических реалий, способность наилучшим образом содействовать развитию личности и организации общества, а также завышенные социальные обязательства.

Содержательно либерализм отличается гипертрофированными гедонистическими индивидуалистическими антиисторическими нравственно релятивными и атеистическими чертами [Напр.: 41]. Это порождает чрезмерную критичность (рассмотрение в качестве неправильных либо ущербных) к публичной власти и любым категориям, отражающим коллективную солидарность и субъектность («народ», «государство», «общее дело» и т. д.), якобы воплощающим в себе личную несвободу индивида либо ограничивающим права автономных личностей — носителей «естественных прав». Например, *светский* гуманизм, внешне провозглашающий терпимость, вообще не воспринимает религиозную мотивацию как корректную и заслуживающую внимания, и нетерпимо относится к любому религиозному тексту и религиозной оценке социальной действительности, видя «в любом догматизме, во всяком требовании иррациональной веры опасный росток тирании», абсолютизируя и догматизируя либеральное прочтение феномена¹. Именно поэтому рабовладельческая

¹ «Светский (гражданский) гуманизм позиционирует себя как постоянно совершенствующийся проект подлинной общечеловеческой духовности, которую не могли бы монополизировать ни одна религия или идео-

и основанная на поражении в правах неграждан Античность превратилась в олицетворение свободы, демократии, права и частной собственности, духовно передав названные ценности современному Западу, а отрезок между Античностью и Возрождением молчаливо воспринимается как досадный исторический промежуток («Темные века») [18, С. 2]. Например, права человека в таком контексте некритически рассматриваются как «суть гармоничного человеческого существования, ... есть процесс бесконечного становления жизни ... они скорее определяют структуру или даже сами себя, нежели жизнь в ее неповторимом качестве» [26], хотя в реальности они во многом выступают политическим инструментом «теории модернизации» межгосударственных отношений, согласно которой «отстающие» должны копировать модели развитых стран, включая следование их советам и ценностным стандартам [11, С. 260]. При этом критика либерализма обычно оценивается как призыв к тоталитаризму.

Вышеназванное, создавая ложную дилемму свободы личности и безопасности общества¹, порождает политику двойных стандартов государств ядра по отношению к периферии и полупериферии и обратное двойственное либо критично-негативное отношение к либерализму традиционных обществ, периферийных и полупериферийных государств. С одной стороны, не отрицается значимость либеральной геокультуры для постепенного реформирования и организации публичной власти и ее способность создать инструменты защиты индивида от современного техногенного государства. С другой стороны, она обоснованно критикуется за неспособность решения социальных проблем («преступность как плата за демократию»), разрушение под предлогом защиты прав человека традиционных ценностей, институтов и цивилизационного уклада, придание статуса правомерного поведения нравственно уязвимым поступкам и т. д. Это позволяет озвучить проблему

логия, церковь или партия; открытое мировоззрение, не отталкивающее от себя никого, кто сам не считает себя его непримиримым противником; творческий оптимистический скептицизм, который учит полагаться лишь на опыт и логику, видит в любом догматизме, во всяком требовании иррациональной веры опасный росток тирании; защита личного достоинства и прав человека, независимо от его социальной принадлежности, веры или неверия; терпимость и человечность; противостояние клерикализму, притязаниям церкви на власть, как и вторжению в умы паранормальных суеверий и антинаучных взглядов» [35].

¹ Свобода без безопасности бессмысленна и не может существовать, в то время как безопасность может быть обеспечена и без свободы.

оптимального соотношения либерализма и безопасности социума, который может сохраниться при условии признания наличия больших ценностей, нежели жизнь и свобода индивида, особенно локализованного в государствах ядра. Это накладывает на государство и право задачи по достижению и поддержанию гармоничного мира, основанного на безопасности, сотрудничестве и кооперации; по обеспечению необходимого баланса социальных интересов, прав человека и безопасности, *адекватных* историческим условиям.

Содержание и применение либеральных принципов было сутью политической истории мир-системы в XIX и XX веках, осуществлявшейся в рамках идеи всеобщего равенства поиск критериев отнесения лиц к «гражданам». Либеральная геокультура посредством всеобщего (первоначально для мужчин) избирательного права, начал социального государства, национального самосознания легитимировала капитализм у городского пролетариата, удержав его от слишком серьезного восприятия идей естественности перемен и народного суверенитета, а также вмешательства в процесс капиталистического накопления с подрывом основных структур системы. В результате проблемы Западного мира (ядра) были вынесены за его пределы, а внутренний раскол нации был преодолен за счет противопоставления себя «нецивилизованным» и «неполноценным» народам¹. В данное время такое противопоставление осуществляется на уровне прав человека, гуманитарных интервенций, критики «недемократических» режимов и т. д.

Поэтому либерализм, несмотря на декларативную приверженность к равенству и свободе, по сути, касается избранного меньшинства («золотой миллиард») и может существовать лишь в условиях неравенства и двойных стандартов. Однако современность не дает такой возможности экстернализации, особенно в условиях идеологической делегитимизации эгалитарными правами человека любых форм неравенства, ограничивающих накопление капитала и требующих увеличения социальных обязательств, и конечностью Земли как естественной среды обитания

¹ Например, в гендерных исследованиях отмечается, что «специфика репрезентации женщины на Востоке в художественном сознании Западной Европы связана с политико-идеологическими стратегиями имперского национального проекта XIX века и становлением европейской культурной, политической и гендерной идентичности». При этом художественный образ «восточного гарема» «отразил идеологические поиски, культурно-национальные ценности европейского субъекта, зафиксированные в культурном бессознательном Европы» [См.: 37].

человечества [10, С. 188-226, 303-304, 326-327, 330-331, С. 340-341; 12, С. 148-154]. Так, Ж. Делёз и Ф. Гваттари прямо указывают, что мировой рынок сам производит определяющие неравномерности развития государств, что объясняет тесную связь демократических государств с компрометирующими их диктатурами [17, С. 140-142].

Исключительная элитарность либерализма, прикрывающегося эгалитарной риторикой прав человека, особенно ярко проявилась в контексте распада социалистической системы, который подавался как триумф либерализма и «конец истории» [40]. Напротив, лишь существование советского блока поддерживало иллюзию достижимости целей прав человека, равенства и высокого уровня жизни в обозримом будущем, легитимируя существующие политико-правовые институты. Разочарование в реалистичности реформ и достижении декларируемых целей в силу отсутствия у населения каких-либо оснований терпеть продолжающуюся и нарастающую поляризацию в мир-системе стали подрывать легитимность государств и обществ в массовом сознании [11, С. 5]. Поэтому концепции глобальной «войны с терроризмом», которую стали использовать США после 11 сентября 2001 г.,¹ «гуманитарных интервенций», «обязанности защищать», «распространения прав человека и демократии», придания всем современным проблемам правозащитной окраски, монопольного толкования Международного Билля о правах человека и т. д. следует толковать в контексте поиска новой легитимации доминирования государств ядра. Так, М. Тэтчер отмечала, что «установление демократии во всех странах и на всех континентах остается законным и, более того, фундаментальным аспектом разумной внешней политики», но предпочитает «проводить такую линию, которая опирается на принципы до тех пор, пока они не начинают действовать как удавка» [39, С. 19, 150-152]. Согласно З. Бжезинскому, центральным для США вопросом является «как построить Европу, ... которая расширяет рамки международной демократической системы сотрудничества, отчего в столь большой мере зависит осуществление американского глобального первенства», а также необходимость поддержания своего мирового господства и препятствования возникновению любого государства, способного стать конкурентом США, в том числе посредством насаждения демократии и прав человека [6, С. 23, 90-91]. С. Манн (идеолог концепции «управляемого хаоса»)

¹ «The United States of America is fighting a war against terrorists of global reach. The enemy is not a single political regime or person or religion or ideology. The enemy is terrorism—premeditated, politically motivated violence perpetrated against innocents» [2].

прямо указывает, что достижение хаоса у народов-целей, культуры которых отличаются от американской, достигается путем: (1) содействия уважению индивидуальных прав человека и демократии в форме либерального тоталитарного фундаментализма, создающей антагонистический идейный плюрализм; (2) поддержки рыночных реформ в целях снижения управляемости экономикой; (3) вытеснения ценностей и идеологии, поддерживающих историческую память и способность к самоорганизации на основе определенных ценностей. С. Манн отмечает возможность и необходимость для национальной безопасности США идеологически изменить весь мир, что является единственным способом для США создать долговременный [и удобный для себя — С. К.] мировой порядок [24].

Вышеизложенное позволяет указать на актуальность познания исходных мировоззренческих аксиом либерализма и, в частности, прав человека, артикулированных в его дискурсе. По сути, идея прав человека содержит в себе три основные мировоззренческие проблемы: *кто* в *данном* социуме признается человеком, *от кого* и *кто* должен защищать человека. Различие в понимании данных аксиом и предопределяет сущность и практику реализации либерализма в конкретном социуме.

Первая проблема обуславливается антропологией конкретной цивилизации. Так, Преамбула Всеобщей Декларации прав человека прямо указывает на *веру* народов Объединенных Наций в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин. При этом содержательно права человека могут возникнуть лишь в лоне мировоззрения, догматически распространяющего статус человека на *любого*. Таким мировоззрением является Христианство, которое, в силу статуса человека как образа и подобия, одновременно рассматривает как братьев, равных между собою пред лицом правды Божией и обладающих одинаковой надеждой иметь жизнь вечную и наследовать Царствие Небесное (Гал 3: 26-28, 1 Кор 12: 4-5, Кол 3: 8-11), и как членов церковного Тела, имеющих собственное назначение (Ефес 4: 11-16) и различные дары (таланты), которым соответствуют различные обязанности (Лк 12: 48; Лк 19: 12-25 = Мф 25: 14-29). Поэтому ряд авторов находит корреляцию норм Всемирной Декларации прав человека в Священном Писании [Напр.: 32]. Также права человека достаточно органичны и иным авраамическим религиям. Однако, в первую очередь, из-за утраты Христианством представлений об Истине (Реформация) и легитимации безграничного накопления, права человека были артикулированы в рамках либерализма, получив, как правило, антихристианское прочтение.

Иные мировоззрения четко противопоставляют своих как *людей* и других как *не-людей*. В этом случае *кажущимся* парадоксом либерализма, а на самом деле — его органическим свойством, является одновременное существование в англосаксонских государствах, впервые артикулировавших либерализм как доктрину государственного и общественного развития, социал-дарвинистских (расистских) идей и практик [23; 34; 36].

Вторая проблема определяет *метафизического* субъекта-нарушителя прав человека, как правило, государство и любые традиционные коллективные субъекты (церковь, семья и т.д.). Хотя в реальности главным субъектом нарушения прав человека выступают люди вне зависимости от их отношения к власти. При этом сама постановка вопроса возможности нарушения кем-либо, в том числе властью, прав человека уже является мировоззренчески окрашенной. Так, Т. Гоббс даже исключал саму возможность такого вопроса [15, С. 134-135]. Впервые власть государства была метафизически ограничена в Ветхом Завете через прямое управление Богом-Творцом созданным и избранным Им народом, деятельность которого регламентировалась Законом, дарованным свыше с единой целью дать людям жизнь и добро (Втор 10: 12-13; 30: 15-18). То есть, власть может быть метафизически ограничена лишь возвышающимся над ней Божественным Законом, например, разделяющим сакральное и светское в бытии человека (Мф 22: 21).

Третья проблема касается субъектов, *мировоззренчески* претендующих на защиту прав человека и осуществление правозащитной деятельности. В контексте понимания государства (власти) в качестве нарушителя прав человека такие субъекты механически и органически противопоставляют себя ему, требуя от государства защиты лишь собственных интересов. Традиционно правозащитная деятельность, включая ее международные аспекты, *монополизируется* гражданским обществом, как правило, поддерживаемым государствами ядра. Конкретное государство периферии либо полупериферии обычно не признается субъектом правозащитной деятельности.

Либерализм, отрицая христианское понимание человека, включающее идею о поврежденности человеческой природы (Рим 7: 14-22), абсолютизировал индивида в его звериной, но не божественной ипостаси [28, С. 80], выведя «за скобки» проблему смерти¹ в силу безусловно-

¹ З. Бжезинский верно отмечает, что «экономическое самоотречение (т.е. военные расходы) и человеческое самопожертвование (жертвы даже

го приоритета права на жизнь (для немногих и за счет *ненужных* (аборт, эвтаназия и т. д.)). В результате зло и несправедливость рассматриваются в качестве последствий несовершенства социального устройства, обусловившего общий вектор либерализма на поиск новых («лучших») моделей социального устройства. В таком случае следует поддержать И. Р. Шафаревича, рассматривающего либерализм как «тоталитарную секту», как некую форму элитарной религии, основанной на культуре смерти, стремящейся к мировому господству [42].

Либерализм догматизировал свободу, перенес абсолютность отношений Бога и человека (Быт 1: 26; Откр 3: 20) на социальное бытие поврежденного человечества, объективно требующего установления пределов для защиты свободы, то есть недопустимо смешал абсолютное и релятивное измерения свободы. Это позволило рассматривать индивида человека как существо, обладающее лишь правами, обусловив имманентный индивидуалистический пафос (свобода от чего) либерализма. Христианское понимание свободы основано на свободе выбора между добром и злом (Втор 30: 15, 19-20), который был сделан Адамом и Евой, приведя к повреждению человеческой природы и сделав ее «удобопреклоненной греху», а также постоянно делается каждым человеком. Таким образом, Христианство разделяет свободу выбора и свободу от зла.

В настоящее время переосмысление теории и практики либерализма с иных мировоззренческих позиций и, в первую очередь, традиционных религий, становится устойчивой тенденцией [3; 14]. На постсоветском пространстве наиболее концептуально либеральная геокультура переосмысливается Русской Православной Церковью. Так, Патриарх Московский и всея Руси Кирилл (Гундяев) верно указывает, что «концепцией прав человека прикрываются ложь, неправда, оскорбление религиозных и национальных ценностей. Кроме того, в комплекс прав человека постепенно интегрируются идеи, противоречащие не только христианским, но вообще традиционным моральным представлениям о человеке. Последнее вызывает опасение, так как за правами человека стоит принудительная сила государства» [21, С. 106].

Отметим, что исторически Русская Православная Церковь неоднозначно относилась к правам человека и иным подобным концепциям [Напр.: 33]. С одной стороны, поиск справедливого мироустройства,

среди профессиональных военнослужащих), требующиеся в ходе борьбы, несовместимы с демократическими инстинктами. Демократия враждебна имперской мобилизации» [6, С. 49].

в отличие от Католицизма, не был важен для Православия, готового отстаивать истину и свободу христианской совести при ее нарушении со стороны государства ценой своей жизни и свободы (свт. Иоанн Златоуст, митрополиты Филипп (Колычев) и Арсений (Мациевич) и т. д.). Так, свт. Василий Великий прямо предписывает, что «государям должно защищать постановления Божии», а «высшим властям должно повиноваться во всем, что не препятствует исполнению Божиих заповедей» (Правило 79) [13]. Поэтому правозащитная тематика в западном понимании Православной Церкви не свойственна, а для исторической Руси была мало актуальна, поэтому подчеркиваемая лояльность к власти могла приводить к действиям, мало сообразующимся с правами человека. С другой стороны, апелляция к праву в Речи Посполитой, к свободе совести в СССР являлись для Православия формой защиты. Таким образом, отсутствие правозащитной риторики еще не означает умаления ценности человека.

Концептуальное отношение Русской Православной Церкви к правам человека формировалось постепенно. Отдельные аспекты были закреплены в *Основах социальной концепции Русской Православной Церкви* [29], *Декларации о правах и достоинстве человека X Русского Народного Собора* [16], а итоговым документом в данной сфере являются *Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека* [30]. Согласно учению Православной Церкви слабость института прав человека заключается в том, что он, защищая свободу выбора, все менее и менее учитывает нравственное измерение жизни и свободу от греха, при этом социум должен учитывать обе свободы, гармонизируя их реализацию в публичной сфере (Основы учения о достоинстве, П. 2). Следовательно, «политико-правовой институт прав человека может служить благим целям защиты человеческого достоинства и содействовать духовно-нравственному развитию личности. Для этого реализация прав человека не должна вступать в противоречие с богоустановленными нравственными нормами и основанной на них традиционной моралью. Индивидуальные права человека не могут противопоставляться ценностям и интересам Отечества, общины, семьи». «Единство и взаимосвязанность гражданских и политических, экономических и социальных, индивидуальных и коллективных прав человека способно содействовать гармоничному устройению жизни общества как на национальном, так и на международном уровне. Общественная ценность и эффективность всей системы прав человека зависят от того, насколько она создает условия для возрастания личности в богоданном достоинстве и сопрягается

с ответственностью человека за свои поступки перед Богом и ближними» (Основы учения о достоинстве, III).

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы:

1. Права человека как феномен имеют сложный генезис, обуславливающий противоречивость их использования в диапазоне от создания реальных условий защиты человека от нарушений его прав до инструмента политики двойных стандартов и управляемого хаоса.

2. Содержательно права человека связаны с Христианством, которое распространяет статус человека на любого¹. При этом артикуляции прав человека неразрывно связаны с либеральной геокulturой, легитимирующей капиталистическую мир-экономику. В рамках либерализма права человека выполняют двойную роль, с одной стороны, они реально обеспечиваются для государств ядра за счет эксплуатации всего оставшегося мира, а с другой стороны, выступают в либеральном контексте недостижимым идеалом для периферии и полупериферии, играя роль инструмента подчинения таких государств ядру.

3. Либеральная трактовка прав человека вызывает обоснованную реакцию традиционных обществ, которые предлагают собственное видение этого феномена, представленного в неразрывной связи с ценностями духовного мира, социальной справедливости и безопасности, коллективизмом и т. д.

4. На постсоветском пространстве наиболее концептуальным переосмыслением идеи прав человека в ее либеральном измерении являются воззрения Русской Православной Церкви, выраженные в Основах учения о достоинстве, свободе и правах человека

Список использованных источников

1. Clinton, H. Why America Is Exceptional / H. Clinton // Time Electronic resource].— Mode of access: <http://time.com/4521509/2016-election-clinton-exceptionalism>.— Date of access: 17.10.2016.
2. The National Security Strategy of the United States of America, September 2002 // U. S. Department of State [Electronic resource].— Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>.— Date of access: 17.10.2016.

¹ «Совлекшись ветхого человека с делами его и облекшись в нового, который обновляется в познании по образу Создавшего его, где нет ни Еллина, ни Иудея, ни обрезания, ни необрезания, варвара, Скифа, раба, свободного, но все и во всем Христос». (Кол 3: 9-11).

3. Алексей II (Ридигер), Патриарх Московский и всея Руси. Выступление на очередной сессии ПАСЕ 2 октября 2007 года // Отдел внешних церковных связей Русской Православной Церкви [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/301775.html>.— Дата доступа: 17.09.2016.
4. Арриги, Дж. Долгий двадцатый век: деньги, власть и истоки нашего времени / Дж. Арриги; пер. с англ. А. Смирнова и Н. Эдельмана.— Москва: Территория будущего, 2006.— 469 с.
5. Берман, Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г. Дж. Берман.— М.: AdMarginem, 1999.— 431 с.
6. Бжезинский, З. Великая шахматная доска (Господство Америки и его геостратегические императивы) / З. Бжезинский.— М.: Междунар. отношения, 1998.— 254 с.
7. Бринтон, К. Истоки западного образа мысли / Крейн Бринтон.— М.: Московская школа политических исследований, 2003.— 432 с.
8. Бродель, Ф. Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV — XVIII вв. = *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIIe siècle* / Ф. Бродель; вступ. ст. и ред. Ю. Н. Афанасьева; [пер. с фр. Л. Е. Куббеля].— [2-е изд.].— Москва: Весь Мир, 2006-. В 3-х т.
9. Бродель, Ф. История и общественные науки. Историческая длительность / Ф. Бродель // Философия и методология истории / Под ред. И. С. Кона.— М.: РИО БГК им. И. А. Бодуэна де Куртенэ, 2000.— С. 115-142.
10. Валлерстайн, И. Анализ мировых систем и ситуация в современном виде / И. Валлерстайн; Пер. с англ. П. М. Кудюкина; Под ред.: Б. Ю. Кагарлицкий.— СПб.: Унив. кн., 2001.— 414 с.
11. Валлерстайн, И. Конец знакомого мира: Социология XXI века / И. Валлерстайн; Пер. с англ. под ред. В. И. Иноземцева.— М.: Логос, 2004.— X, 368 с.
12. Валлерстайн, И. Миросистемный анализ: введение / И. Валлерстайн; Пер. с англ. Н. Тюкиной.— М.: Территория будущего, 2006.— 246 с.
13. Василий Великий, архиеп. Кесарийский. Нравственные правила [Текст] / Святитель Василий Великий.— Москва: Отчий дом, 2010.— 169 с.
14. Всеобщая Исламская декларация прав человека // Издательский дом Медина [Электронный ресурс].— Режим доступа: http://www.idmedina.ru/books/history_culture/minaret/16/declaracia-01.htm.— Дата доступа: 17.09.2016.
15. Гоббс, Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс // Сочинения [Текст]: в 2 т. / Т. Гоббс; [сост. В. В. Соколов; пер. с латин. и англ. Н. Федорова и А. Гутермана].— Москва: Мысль, 1989-1991.— Т. 115: Т. 2.— 1991.— 735 с.

16. Декларация о правах и достоинстве человека X Всемирного Русского Народного Собора // Русская Православная Церковь: Официальный портал Русской Православной Церкви [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/103235.html>.— Дата доступа: 17.09.2016.
17. Делёз, Ж. Что такое философия? / Ж. Делёз, Ф. Гваттари. пер. с фр. и послесл. С. Н. Зенкина.— М.: Ин-т экспериментальной социологии, СПб.: Алетейя, 1998.— 288 с.
18. Ерасов, Б. С. Государство и цивилизационное устройство общества взгляды на место государства в цивилизационном устройении / Б. С. Ерасов // Государство в истории общества (к проблеме критериев государственности).— 2-е изд., испр. и доп. Вступ. ст. Д. Н. Лелюхина и Ю. В. Любимова.— М.: Ин-т востоковедения РАН, 2000.— 334 с.
19. Задорожнюк, И. Е. Гражданская религия в США: социально-философский анализ; автореф. дисс. ... докт. философ. наук: 09.00.11 / И. Е. Задорожнюк; Современная гуманитарная академия.— М., 2008.— 52 с.
20. Замятин, Д. Геокультура: образ и его интерпретации / Д. Замятин // Вестник Евразии.— 2002.— № 2.— С. 6-17.
21. Кирилл (Гундяев), митр. Смоленский и Калининградский. Свобода и ответственность: в поисках гармонии. Права человека и достоинство личности / Митр. Смоленский и Калининградский Кирилл (Гундяев).— М.: Отдел внешних церковных связей Московского Патриархата, 2008.— 236 с.
22. Легойда, В. Гражданская религия США: генезис и основные характеристики / В. Легойда // Государство, религия, церковь в России и за рубежом.— 2001.— № 4.— С. 88-100.
23. Мальтус, Т. Р. Опыт о законе народонаселения [Текст]: [перевод] / Т. Мальтус. // Шедевры мировой экономической мысли [Текст]. Т. 4.— Петрозаводск: Петроком, 1993.— 136 с.
24. Манн, С. Теория хаоса и стратегическое мышление / Стивен Манн // Сайт С. П. Курдюмова [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://spkurdyumov.ru/what/mann/>— Дата доступа: 17.09.2016.
25. Нерсесянц, В. С. Философия права / В. С. Нерсесянц.— М.: Норма, 1997.— 652 с.
26. Нурумов, Д. И. Кризис западного мировосприятия и права человека / Д. И. Нурумов // Право и политика.— 2000.— № 3.— С. 88-102.
27. Обама, Б. Выступление Президента США на 5-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН, 24 сент. 2013 г. // Организация Объединенных Наций [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/484/51/PDF/N1348451.pdf?OpenElement>.— Дата доступа: 17.09.2016.

28. Окара, А. Н. Либерализм: философия свободы vs. технология управляемого хаоса / А. Н. Окара // Либерализм: теория, состояние, прогноз. Материалы научного семинара. Вып. № 5. — М.: Научный эксперт, 2010. — С. 78-80.
29. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви // Русская Православная Церковь: Официальный портал Русской Православной Церкви [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>. — Дата доступа: 17.09.2016.
30. Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека // Официальный портал Русской Православной Церкви [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/428616.html>. — Дата доступа: 17.09.2016.
31. Островский, Е. Новые границы мира: геокультура / Е. Островский // Русский Архипелаг: сетевой проект «Русского Мира» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.archipelag.ru/geoculture/concept/interpretation/geoculture/> — Дата доступа: 17.09.2016.
32. Папаян, Р. А. Христианские корни современного права / Р. А. Папаян. — М.: Изд-во НОРМА, 2002. — 416 с.
33. Победоносцев, К. П. Великая ложь нашего времени / К. П. Победоносцев. — М.: Развитие духовности, культуры и науки, 2004. — 765 с.
34. Саркисянц, М. Английские корни немецкого фашизма: От брит. к австробав. «расе господ»: Курс лекций, прочит. в Гейдельберг. ун-те / М. Саркисянц; [Пер. с нем. М. Ю. Некрасова]. — СПб.: Акад. проект, 2003. — 398 с.
35. Светский гуманизм // Сайт «Вера или разум?» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.atheismru.narod.ru/humanism/humanism.htm>. — Дата доступа: 17.09.2016.
36. Спенсер, Г. Опыты научные, политические и философские / Герберт Спенсер; [Пер. с англ. под ред. Н. А. Рубакина]. — Минск: Совр. литератор, 1998. — 1407 с.
37. Суковатая, В. Женские тела и имперские фантазии: гарем как территория восточного Другого // В. Суковатая, Е. Фисун // Лабиринт: Журнал социально-гуманитарных исследований. — 2014. — № 4. — С. 13-22.
38. Суриков, И. Е. Аристократия и демос: политическая элита архаических и классических Афин: учеб. пособие по спецкурсу для ист. факультетов вузов / И. Е. Суриков. — М.: Русский фонд содействия образованию и науке, 2009. — 244 с.
39. Тэтчер, М. Искусство управления государством. Стратегии для меняющегося мира / М. Тэтчер; / пер. с англ. — М.: Альбина Пабlishер, 2003. — 503 с.
40. Фукуяма, Ф. Конец истории и последний человек / Ф. Фукуяма; [пер. с англ. М. Б. Левина]. — М.: Изд-во АСТ: Полиграфиздат, 2010. — 588 с.

41. Честнов, И.Л. Универсальны ли права человека? (poleмические размышления о Всеобщей Декларации прав человека) / И.Л. Честнов // Правоведение.— 1999.— № 1.— С. 73-82.
42. Шафаревич, И.Р. Свобода и достоинство личности: православный и либеральный взгляды / И.Р. Шафаревич: Круглый стол, 1 июля 2004 г., Москва // Радонеж. Православное общество (братство) [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://radonezh.ru/assets/storage/files/481/481/148.pdf>— Дата доступа: 17.09.2016.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАХИСТ БІЖЕНЦІВ І ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ

Р. Качур

*Львівський окружний адміністративний суд,
м. Львів, вул. Чоловського, 2, e-mail: u.lyana@outlook.com*

Неоголошена гібридна війна Росії проти України, постійні бойові дії на Сході України призвела до появи великої кількості осіб, які позбулися свого майна, домівок в результаті обстрілів окупованих територій та змушені були залишити місце свого постійного перебування.

За даними Міністерства соціальної політики станом на 6 червня 2016 року, в Україні кількість таких осіб становить 1 785 740. Втім, не усі переселенці йдуть одразу реєструватись до органів соціального захисту населення, тому справжня кількість осіб, котрі перемістилися всередині країни залишається не відомою і може бути більшою. Ще однією причиною розбіжності у цифрах є повернення частини переселенців назад на окуповані території.

Таким чином істотного значення набувають питання правового захисту біженців і внутрішньо переміщених осіб в Україні, які потребують подальшого вивчення, але є предметом обговорення серед світового співтовариства.

В даній публікації хочемо звернути увагу на питань захисту внутрішньо переміщених осіб, оскільки їх не можна віднести до загальноприйнятої в міжнародному праві категорії біженців.

Однією із важливих міжнародних правових норм, яка встановлює і визначає основні правила поведження з біженцями та визначає термін «біженець» є Конвенція про статус біженців, Організації Об'єднаних націй про статус біженців 1951 року [1].

Визначення терміну «біженець» у статті 1 Конвенції доволі загальне. Як біженець розглядається особа, яка в результаті подій що відбулися 1 січня 1951 року, і через цілком обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою раси, віросповідання, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних переконань знаходиться поза межами країни свого громадянства і не може користуватися захистом країни або не бажає користуватися таким захистом внаслідок побоювань; або не маючи певного громадянства і знаходячись поза меж-

ами країни свого звичного місця проживання в результаті подібних подій, не може або не бажає повернутися до неї внаслідок таких побоювань.

Конвенція визначає мінімально необхідні норми поведження з біженцями, їх правовий статус, містить положення про їхні права на заняття, соціальне опікування, застосування податків тощо.

Поняття «біженець» закріплене в національному законодавстві України, відповідно до статті 1 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», біженець — особа, яка не є громадянином України і внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань перебуває за межами країни своєї громадянської належності та не може користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися цим захистом внаслідок таких побоювань, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань.

Внутрішньо переміщеною особою, відповідно до статті 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» [2], є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру.

Статусу внутрішньо переміщені особи набувають, як визначено статтею 4 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», лише після взяття на облік і отримання довідки, яка підтверджує факт внутрішнього переміщення.

Порядок взяття на облік та видачі довідок внутрішньо переміщеним особам визначено Постановою Кабінету Міністрів України «Про облік внутрішньо переміщених осіб» [3], відповідно до якої прийняття заяв та видача довідок можуть здійснюватися в місцях проживання внутрішньо переміщених осіб працівниками житлово-експлуатаційних організацій або уповноваженими особами, визначеними виконавчими органами сільських і селищних рад, за погодженням з уповноваженим органом.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», вільно переміщеним особам гаран-

туються наступні права і свободи: вживання Україною усіх можливих заходів, передбачених Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, щодо запобігання виникненню передумов вимушеного внутрішнього переміщення осіб, захисту та дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, створення умов для добровільного повернення таких осіб до покинутого місця проживання або інтеграції за новим місцем проживання в Україні.

Також статтею 14 Закону гарантовано захист від дискримінації при здійсненні будь-яких прав і свобод на тій підставі, що вони є внутрішньо переміщеними особами.

Отже, біженці і внутрішньо переміщені особи відрізняються за своїм статусом, правовими наслідками і сутністю їхнього становища.

Не можна оминати і того факту, що Україна ратифікувавши Європейську Конвенцію з прав людини та протоколи до неї [4], взяла на себе зобов'язання гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені розділом 1 Конвенції. Це стосується також і правового захисту біженців та внутрішньо переселених осіб відносяться.

Відповідно до статті 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» [5] суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Суду як джерело права. Відтак, частиною національного законодавства є Європейська Конвенція з прав людини, яку слід розглядати з урахуванням тлумачення Європейського Суду з прав людини, викладених у рішеннях.

Відповідно до статті 1 Першого протоколу до Конвенції кожна фізична і юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в і інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права.

Статтею 8 Конвенції гарантується право на повагу до приватного і сімейного життя.

Відповідно до статті 13 Конвенції особі гарантується право на ефективний засіб правового захисту.

У липні 2015 року український уряд оголосив про початок ініціативи, завдяки якій тимчасово переміщені особи, що внаслідок російської агресії позбулися домівки, роботи та майна — можуть подати на Російську Федерацію до Європейського суду з прав людини або до національних судів та вимагати відшкодування збитків.

Європейський Суд з прав людини неодноразово у своїх рішеннях торкався питань порушення державами-учасниками прав біженців та внутрішньо переселених осіб, які гарантовано Конвенцією.

Спробуємо проаналізувати ці рішення.

У справі «Лісний та інші проти України і Росії» (заява № 5355/15) [6], Європейський Суд з прав людини розглянув заяву, подану проти України та Росії про порушення статей 2, 6 § 1, 8, 10 і 13 Конвенції та статті 1 Першого протоколу. Зокрема, заявники покликалися на загрозу їхньому життю в результаті обстрілу сіл, де вони жили і на те, що обстріли перешкождали їхньому праву здійснювати мирне володіння їхнім майном за місцем проживання

Також, заявники скаржилися на неможливість захистити права, гарантовані Європейською Конвенцією з прав людини, яка гарантує їх ефективний захист, оскільки усі державні установи на сході України, включаючи суди, припинили діяльність і були перенесені у інші регіони, які контролювалися Українською владою що становить порушення статті 13 Конвенції.

Суд, розглянувши заяву, зазначив про те, що заявники повинні надати докази на підтримку своїх скарг за статтею 1 Першого протоколу до Конвенції про знищення майна в контексті збройного конфлікту. Аналогічні міркування стосуються також статей 2, 6 п. 1, 8, 10, 13 Конвенції.

Першим заявником (Лісним) подано лише копію свого паспорта і фотографії зруйнованого будинку. Немає доказів, що підтверджує право власності на будинок. Другим заявником (Півнем) надано копію свого паспорта і копії різних звітів Організації з безпеки і співробітництва у Європі та деяких роздруківок, знайдених в інтернеті, де йдеться про загальну ситуацію у східній частині України. Третім (Анохіним) — представлено лише копію свого паспорта.

Також, Суд зазначив про те, що прекрасно розуміє, що є певні виняткові обставини, які не залежно від заявників створюють труднощі під час подання документальних доказів на підтримку своїх скарг, особливо в умовах триваючого конфлікту.

Разом з тим, Суд звернув увагу на те, що заявники не надали жодного пояснення про причини, які перешкодили їм представити такі документи і не проінформували Суд про будь-які спроби отримати такі докази. Відповідно до Правил 44С § 1 Регламенту Суду, де одна із сторін у справі ухиляється від надання доказів чи інформації на вимогу Суду, або не повідомляє за власною ініціативою необхідної інформації, або якщо вона в інший спосіб ухиляється від ефективної участі у провадженні у справі,

Суд може робити такі висновки, які вважатиме за доцільне (див. Джуравєв проти Росії, 71386/10 § 130, ЄСПО 2013).

За таких обставин, застосовуючи правило 44С § 1 Регламенту, Суд дійшов висновку, що їх скарги не були достатньо обґрунтовані і оголосив скарги неприйнятними.

Щодо інших справ українських громадян, які звернулися до Європейського суду з прав людини за захистом, процедура обміном зауваженнями ще триває.

У цій справі Суд не встановлював чи особи, які подали скаргу з прохання встановити порушення їхніх прав, отримали статус внутрішньо переміщених, проте, їхнє правове становище, пов'язане із втратою житла та проведенням на території проживання бойових дій, може бути врегульоване Законом України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб».

В рішенні у іншій справі «Чірагов та інші проти Вірменії» (заява № 13216/05) Європейський Суд з прав людини [7] також торкався порушених майнових прав внутрішньо переміщених осіб і дійшов наступних висновків.

Заявники є азербайджанськими курдами, які проживали в Лачинському районі, в Азербайджані. Вони стверджували, що не мали можливості повернутися до свого житла і майна після того, як змушені були залишити місцевість у 1992 році під час вірмено-азербайджанського конфлікту навколо Нагірного Карабаху.

Конфлікт призвів до сотень тисяч внутрішньо переміщених осіб та біженців з обох сторін.

Лачинський район, де проживали заявники, багато разів зазнавав атак під час війни.

У травні 1992 року Лачин зазнав повітряного бомбардування, під час якого багато будинків було зруйновано і заявники змушені були втекти з Лачину до Баку. З того часу вони не мали можливості повернутися до свого житла через вірменську окупацію.

Заявники скаржилися на порушення їхніх прав за статтею 1 Першого протоколу, порушення статей 8 (повага до сімейного життя, повага до житла, повага до приватного життя), 13 Конвенції (ефективний засіб юридичного захисту).

ЄСПЛ встановив порушення цих статей.

Щодо статті 1 Першого протоколу до Конвенції.

Заявники мали права на земельні ділянки та будинки, які становили «майно».

Ефективні національні засоби юридичного захисту були відсутні для заявників стосовно їхніх скарг як у Республіці Вірменія, так і в Нагірно-карабаській Республіці. Відповідно заявники не мали доступу до будь-яких юридичних засобів, за допомогою яких вони могли б отримати компенсацію за втрату майна або отримати фізичний доступ до майна і житла, які вони залишили. Більше того, на думку Суду, на практиці для азербайджанців було нереалістично повернутися в Нагірний Карабах та навколишні території за обставин, які існували впродовж двадцяти років після укладення угоди про припинення вогню. Ці обставини включали, зокрема, триваючу присутність вірменських та підтримуючих Вірменією військ, порушення припинення вогню на контактній лінії, загалом ворожі відносини між Вірменією та Азербайджаном і відсутність перспективи політичного врегулювання.

Таким чином, мало місце триваюче втручання у права заявників на мирне володіння їхнім майном.

Якщо доступ до майна був неможливий, держава мала обов'язок вжити альтернативні заходи для гарантування майнових прав, як це було визнано міжнародними стандартами, виданими ООН та Радою Європи.

Те, що мирні перемовини під егідою ОБСЄ ще тривали (і включали проблеми стосовно переміщених осіб), не звільняло Уряд від обов'язку вжити інших заходів, особливо, беручи до уваги той факт, що перемовини тривали більше двадцяти років.

Тому важливо було створити механізм подання майнових вимог, який повинен був би бути легко доступним та включати процедури, що передбачали гнучкий стандарт доведення та дозволяли заявникам та іншим особам у схожій ситуації відновити свої майнові права і отримати компенсацію за втрату можливості користування ними. Уряд не обґрунтував відмову заявникам в доступі до їхнього майна та відсутність компенсації за таке втручання.

Відповідно, мало місце триваюче порушення прав заявників за статтею 1 Першого протоколу до Конвенції.

Щодо порушення за статтею 8 Конвенції, Суд зазначив наступне.

Усі заявники народилися в Лачинському районі. До своєї втечі в травні 1992 року вони проживали та працювали там все або більшу частину свого життя. Майже всі вони одружилися та народили дітей там. Крім того, вони заробляли там собі на життя і там жили їхні предки. Також вони побудували та володіли будинками, у яких вони проживали. Тому, очевидно, що заявники мали усталене життя та житло у районі. Заявники не переїхали в інше місце проживання добровільно, але вимуше-

но жили, як внутрішньо переміщені особи в Баку та в інших місцях. За обставин справи, їхнє примусове переміщення та недобровільні відсутність у Лачинському районі не могли вважатися такими, що припинили їхній зв'язок з районом, незважаючи на тривалість часу, що минув з моменту їхньої втечі. З тих же причин, що були наведені для визначення порушення за статтею 1 Першого протоколу, Суд вирішив, що відмова в доступі заявникам до їхнього житла становила триваюче необґрунтоване порушення у їхнє право на повагу до їхнього приватного і сімейного життя, а також їхнього житла.

Що стосується встановленого порушення статті 13 Конвенції, на думку Суду, Уряд Вірменії не зміг довести наявність засоби юридичного захисту, який міг би надати відшкодування заявникам стосовно їхніх скарг за Конвенцією та надавав би розумну перспективу успіху.

Варто згадати і рішення Апеляційного суду Донецької області за позовом Макогон Валентини Павлівни до Держави Україна в особі Кабінету Міністрів України, Державної казначейської служби України про відшкодування матеріальної шкоди, завданої їй житлу, внаслідок проведення антитерористичної операції в Донецькій області [8].

У цьому рішенні Апеляційний суд Донецької області суд приймаючи рішення покликається на Розпорядження Кабінету Міністрів України від 16.10.2014 року № 1002-р, яким було затверджено План заходів з організації відновлення пошкоджених (зруйнованих) об'єктів соціальної і транспортної інфраструктури, житлового фонду та систем забезпечення життєдіяльності на території Донецької та Луганської областей, згідно якого Мінрегіон, Мінсоцполітики, Мінекономрозвитку, Мінюст, Мінфін були зобов'язані у жовтні 2014 року підготувати та внести на розгляд Кабінету Міністрів України проект Порядку надання грошової допомоги та відшкодування шкоди особам, які постраждали під час проведення антитерористичної операції у Донецькій та Луганській області.

Суд зазначив, що враховуючи те, що спеціальні нормативно-правові акти щодо відшкодування шкоди особам, які постраждали під час проведення антитерористичної операції у Донецькій і Луганській областях, відсутні, з системного аналізу Кодексу цивільного захисту України та Закону України «Про боротьбу з тероризмом», випливає, що вони регулюють подібні за змістом правовідносини, відповідно до частини 8 ст. 8 ЦК України до спірних правовідносин щодо відшкодування позивачу шкоди, заподіяної внаслідок пошкодження квартири терористичним актом, а саме, щодо механізму визначення розміру відшкодування,

слід застосовувати норму ст. 86 Кодексу цивільного захисту України, яка узгоджується їх статтею 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом».

Суд прийняв рішення про відшкодування Макогон Валентині Павлівні за рахунок коштів Державного бюджету України шкоди, заподіяної терористичним актом за пошкоджену квартиру у розмірі 363789 грн.

Підсумовуючи наведене, можемо дійти висновку, що питання внутрішньо переміщених осіб, набуття ними правового статусу та захист прав і основоположних свобод в Україні є дуже важливе і актуальне, регулюється національними та міжнародними правовими нормами і потребує вирішення, шляхом забезпечення можливості таким особам отримати ефективний засіб порушених прав на національному рівні, а також шляхом встановлення державою правових механізмів відшкодування матеріальних збитків, спричинених вимушеним переміщенням.

Для дослідження питань захисту прав внутрішньо переміщених осіб слід залучати експертів, інформувати самих внутрішньо переміщених осіб, з тим, щоб підвищити ефективність роботи відповідних державних органів, соціальних служб, прибрати непорозуміння, невинуватні очікування та «велику кількість перекручень та популізму, який став надміру поширеним».

Список використаних джерел

1. Конвенція про статус біженців. [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_011.
2. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.14 № 1706-VII. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>.
3. Постанова Кабінету Міністрів України «Про облік внутрішньо переміщених осіб» № 509 від 01.10.14. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/509-2014-%D0%BF>.
4. Європейська Конвенція прав і основоположних свобод. [Електронний ресурс]. -Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
5. Про виконання рішень Європейського суду з прав людини: Закон України від 02.12.12 № 3477-15. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15/>.
6. Рішення Європейського Суду з прав людини «Антон Васильович Лісний проти України та Росії» від 05.07.16. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%5D%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22DECISIONS%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-165566%22%5D%7D>].

7. Рішення Європейського Суду з прав людини «Чірагов та інші проти Вірменії» від 16.06.15. [Електронний ресурс].— Режим доступу:
8. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{fulltext:\[«13216/05»\],«documentcollectionid2»: \[«GRANDCHAMBER»,«CHAMBER»\],«itemid»: \[«001-163022»\]}/](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{fulltext:[«13216/05»],«documentcollectionid2»: [«GRANDCHAMBER»,«CHAMBER»],«itemid»: [«001-163022»]}/).
9. Рішення Апеляційного суду Донецької області у справі № 22-ц/775/460/2016 [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56562010>.

ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В АСПЕКТІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Д. Коваль

*Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Івано-Франківськ, вул. Максимовича, 13, e-mail: kovaldiana@ukr.net*

Виникнення інституту адміністративного судочинства було зумовлено потребою захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб в публічно-правових відносинах від порушень з боку органів публічного управління, забезпечення принципу відповідальності держави перед особою за свої дії, бездіяльність, у тому числі за прийняття нормативних та індивідуальних актів управління і як наслідок, принцип належного управління. Органами адміністративної юстиції у світі прийнято називати усі і судові і квазісудові установи, на які покладено завдання по вирішенню даної категорії справ. Зокрема, окрім адміністративних судів, вирішення даної категорії справ у різних країнах з різними правовими системами покладено не лише на судові установи, а й на інші органи. Так, наприклад, у Австрії адміністративні спори розглядаються як на рівні федеральних органів влади, так і на рівні органів влади окремих суб'єктів федерації (земель). Апеляції на рішення цих початкових інстанцій слід подавати до адміністративних трибуналів — або незалежних, або таких, що функціонують як вищий підрозділ органу влади. Предметом провадження в цих трибуналах може бути повторний розгляд фактичних висновків органу першої інстанції, а також скарги щодо недотримання законів або процедур. Існуючий адміністративний суд складається з одної інстанції та розглядає апеляції на рішення адміністративних трибуналів [1, 113-114]. Органи адміністративної юстиції Великобританії позначаються загальним терміном «адміністративні трибунали» або «квазісудові органи». Залежно від сфери діяльності адміністративні трибунали умовно можна поділити на трибунали в області соціального управління та трибунали у сфері управління економікою.

В. В. Решота класифікував трибунали за територіальною ознакою: трибунали, діяльність яких поширюється на всю територію Сполученого Королівства, та трибунали, що розглядають спори у межах Англії та Валлії, Північної Ірландії або Шотландії [2, с. 211]. Членом трибуналу може буди не тільки юрист, але й особи із спеціальними знаннями.

Особливою характеристикою функціонування сучасної англійської судової системи у суді загальної юрисдикції є можливість оспорювати будь-який акт, прийнятий адміністративним органом. Заявник має можливість звернутись безпосередньо до суду, оминаючи квазісудові органи.

Також спеціалізовані адміністративні суди існують і в інших країнах — Німеччині (організаційна модель адміністративних судів передбачає створення спеціалізованих судів, які входять до складу загальної судової системи у німецькій моделі відсутній вплив органів виконавчої влади), Франції (органи адміністративної юстиції входять до складу органів державного управління, крім того, вони не підконтрольні загальним судам. В країні діють адміністративні суди, адміністративні апеляційні трибунали, Державна рада), Італії (італійська система адміністративної юстиції- схожа з французькою, але передбачає дволанкову систему адміністративних судів. При цьому відсутні місцеві адміністративні суди); порівняно новими є інститути судової адміністративної юстиції в країнах з нещодавно реформованими адміністративно-правовими режимами. Болгарії, Словенії, Литві, Латвії, Естонії. Окрім того, ряд країн вирішують публічно-правові спори виключно у порядку здійснення адміністративних процедур, тобто у позасудових провадженнях, або ж у цивільно-процесуальній формі. Отже, можна вести мову про те, що під органами адміністративної юстиції слід розуміти як суди так і позасудові органи публічної влади, які вирішують такі спори в порядку розгляду адміністративної скарги. Та навіть сам термін «адміністративна юстиція» має подвійний контекст у тому сенсі, що пов'язує як управлінську складову (адміністрування) так судовий порядок вирішення справ). Ще за радянських часів, коли дана публічно-правові спори вирішувалися виключно у порядку подання адміністративної скарги, окремі науковці вели мову про те, що уявлення про інститут адміністративної юстиції слід пов'язувати з особливим порядком розгляду справ на незаконні адміністративні акти за участю особи, яка скаржиться як сторона, що має своїм наслідком відміну або виправлення актів [3,6]. Інші науковці критикували застосування терміну «адміністративна юстиція» по відношенню до розгляду публічно-правових спорів органами публічного управління, зазначаючи при цьому, що вони здійснюють такий розгляд у межах реалізації функції відомчого контролю. Однозначності думок щодо визначення змісту даного терміна немає і досі.

До формування системи адміністративних судів Україна розглядала адміністративні справи за правилами цивільно-процесуальної форми, що не забезпечувало суспільних потреб, не дозволяло ефективно вирішити

справи, де однією із сторін конфлікту є представник влади, на стороні якого знаходиться адміністративний ресурс, а з іншої сторони невіддільний суб'єкт. З метою вирішення даної проблеми було у 2005 році започатковано створення системи спеціалізованих адміністративних судів.

З прийняття кодифікованого акту, який визначає основні засади і порядок розгляду адміністративних справ у адміністративних судах (КАС України), під адміністративною юстицією стали розуміти систему адміністративних судів, у компетенцію яких входить розгляд та вирішення адміністративних публічних спорів у порядку, встановленому КАС України [4].

Завданнями адміністративного судочинства, як вказано у ч. 1 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України, є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства [5].

Варто зазначити, що законодавчого закріплення поняття «адміністративна юстиція» не отримало. Водночас, у правове поле після прийняття КАС України увійшло та міцно закріпилися поняття «адміністративне судочинство» та «справа адміністративної юрисдикції». Зокрема, ст. 3 КАС України визначає що справою адміністративної юрисдикції (адміністративною справою) є переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією із сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

У загальнофілософському сенсі предмет є категорією, яка означає певну цілісність, виділену зі світу об'єктів у процесі людської діяльності та пізнання [6, с. 525]. Таким чином, під предметом адміністративного судочинства слід розуміти відносини, які виникають в результаті звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом щодо вирішення спорів: 1) фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності; 2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; 3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; 4) спори, що виникають з приводу укладення,

виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; 5) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією та законами України; 6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму. Загальними кваліфікуючими ознаками адміністративної справи адміністративного судочинства, є наступне: 1) це публічно-правовий спір; 2) хоча б однією зі сторін такого спору є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. При цьому посадова особа діє не як приватна особа, а як представник апарату, відомства, в якому він працює.; 3) цей спір передано на вирішення адміністративного суду шляхом звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом, за яким суд відкриває провадження.

Характерною ознакою публічно-правового спору є те, що він має міжгалузевий характер, оскільки забезпечує реалізацію не лише норм адміністративного, а й фінансового, трудового та інших галузей права.

Визначення адміністративної справи як публічно-правового спору, це, фактично, трактування адміністративно-правового спору у його широкому розумінні, оскільки публічно-правовими є також конституційні та міжнародні публічні спори. Іншим аспектом на який слід звернути увагу є те, що ознака обов'язкової участі у спорі суб'єкта владних повноважень є необхідною, але недостатньою для відмежування адміністративного спору від інших видів спорів, оскільки не дає можливості відмежувати адміністративно-правовий спір від приватноправового спору, однією або навіть двома сторонами якого є суб'єкт владних повноважень. Таким чином, такий суб'єкт буде учасником адміністративно-правового спору лише за умови, коли він є виразником публічних інтересів. За умови, коли і іншою стороною спору є суб'єкт владних повноважень, то публічний інтерес представляють обидві сторони конфлікту.

Віднесення конфліктів, в результаті виникнення яких, суб'єкт владних повноважень стає позивачем в адміністративній справі, до предмету адміністративного судочинства, не збігається з підходами щодо визначення справ адміністративної юрисдикції в Німеччині, Франції, де суб'єкти владних повноважень не можуть бути позивачами. Однак, критерії визначення справ адміністративної юрисдикції дають можливість вирішити такі спори в адміністративних судах. При вирішенні питання про можливість розв'язання спорів за правилами КАС слід виходити з тих основоположних приписів кодексу, якими окреслюються завдан-

ня й принципи адміністративного судочинства. Аналіз таких приписів дозволяє визначитися з тим, яку роль відіграють судові органи у забезпеченні прав, свобод та інтересів підвладних осіб.

Виділення такої ознаки як особливий орган вирішення спору випливає з розуміння сутності адміністративних спорів, згідно з яким адміністративними є спори, які розглядаються в адміністративних судах. Загалом, вирішення ж питання про те, яким органом вирішується спір залежить від кваліфікуючих ознак спору, які визначають його сутність.

Таким чином, відносини які складають предмет адміністративного судочинства лише за умови сукупності ряду кваліфікуючих ознак.

Список використаних джерел

1. Адміністративне судочинство України: підручник / Щ. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), Щ. Н. Панченко, В. Б. Авер»янов [та ін.]; за заг. ред.. О. М. Пасенюка. — К.: Хрінком Інтер, 2009. — 672 с.
2. Загрянцов М. Д. Административная юстиция и право жалобы (в теории и законодательстве). — М., 1925.
3. Решота В. В. Англосаксонська модель адміністративної юстиції / В. В. Решота // Університетські наукові записки. — 2006, № 1 (17). — С. 208-214.
4. Стариков Ю. Н. Административная юстиция. Теория, история, перспективы / Ю. Н. Стариков. — М.: НОРМА, 2001. — С. 73
5. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року зі змін. і доп. станом на 18 січня 2013 року. — Режим доступу до документа: Офіційний сайт Верховної Ради України: <http://www.rada.gov.ua>.
6. Харитоновна, О. І. Методологічні питання розмежування приватного та публічного права / О. І. Харитоновна // Методологія приватного права: зб. наук. пр. (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 трав. 2003 р.). — К., 2003. — С. 86-92.

ІНСТИТУТ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО КОНТРОЛЮ: ОСНОВНИЙ ЧИННИК У СФЕРІ КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

Я. Куцин

*Ужгородський національний університет,
м. Ужгород, вул. М. Заньковецької, 89, e-mail: yanina_kucyn@meta.ua*

Метою даної статті є дослідження прогалин, допущених законодавцем під час регламентації правового статусу недієздатних осіб як найменш соціально захищених верств населення та, як наслідок, виникнення проблемних питань у сфері здійснення парламентського контролю за імплементацією в національне законодавство норм міжнародного права, покликаних утверджувати основні цінності демократичного суспільства, а також пошуки шляхів вирішення даної проблематики.

Актуальність обраної теми пояснюється тим, що існуюча невідповідність між положеннями, закріпленими Конституцією, законами України та міжнародно-правовими актами у сфері захисту основоположних прав і свобод людини і громадянина та осіб з інвалідністю, такими як: Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) та Конвенції про права інвалідів потребує негайного усунення. Крім того, важливим аспектом на шляху до цього стають пропозиції щодо зміни законодавчих положень, які будуть нами розглядатися нижче.

Слід зауважити, що дану тему, як в юридичній, так і в медичній площині у різні періоди досліджували: Романюк Я. М., Майстренко Л. О., Миронова К. А., Бойченко Г. М., Шум С. С. та ряд інших науковців. Окрім того, вона була предметом особливої уваги Уповноваженого Верховної ради України з прав людини В. Лутковської.

Відповідно до статті 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Зважаючи на те, що таке твердження закріплено нормами Основного Закону країни, воно повинно беззаперечно дотримуватися усіма її громадянами та державними утвореннями, що відображено у статті 21 Розділ II Конститу-

ції України, яка визначає усіх людей як вільних і рівних у своїй гідності та правах, які є невідчужуваними та непорушними [1].

Таким чином, у названому розділі Основного закону передбачається гарантія того, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом, а саме: кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб та будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.

Разом із цим, Конституція України, у статті 70, робить виняток щодо осіб, які визнані судом недієздатними, зокрема, стверджує, що вони позбавлені права голосу [1], а статтею 8 Закону України «Про звернення громадян» законодавчо закріплює положення про те, що не розглядаються звернення осіб, визнаних судом недієздатними [2]. Отже, отримавши статус недієздатної, людина втрачає практично всі громадянські права, а її звернення не розглядатиме жоден державний службовець або суд, що є прямим порушенням політичних і громадянських прав осіб з інвалідністю, позбавлених дієздатності у визначеному Законом порядку.

Безпосереднє застосування судами України норм Конвенції як частини національного законодавства визнається обов'язковим, згідно із ч. 1 ст. 9 Конституції [1], ст. 10 Цивільного кодексу України [3], Закону України «Про міжнародні договори України» [4].

Так, мета Конвенції про права інвалідів полягає в заохоченні, захисті й забезпеченні повного й рівного здійснення всіма інвалідами своїх прав людини й основоположних свобод, а також у заохоченні поваги до притаманного їм достоїнства. Зокрема, стаття 1 Конвенції про права інвалідів, до інвалідів відносить осіб зі стійкими фізичними, психічними, інтелектуальними або сенсорними порушеннями, які під час взаємодії з різними бар'єрами можуть заважати їх повній та ефективній участі в житті суспільства нарівні з іншими [5].

У свою чергу, стаття 14 Конвенції закріплює заборону дискримінації за будь-якою ознакою [6]. У Законах України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» та «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», термін «інвалід» трактується, як «особа зі стійким розладом функцій організму, зумовленим захворюванням, травмою або вродженими вадами розумового чи фізичного розвитку, що призводить до обмеження нормальної життєдіяльності, викликає в особи потребу в соціальній допомозі і посиленому соціальному захисті, а також виконання з боку держави відповідних заходів для забезпечення її законодавчо визначених прав» [7], [8].

Медичний підхід до інвалідності і політика соціального захисту осіб з інвалідністю переорієнтовано на соціальну модель, бо у визначенні, наданому законодавчими актами України, не згадується ні про рівні права, ні про соціальне включення. У даному контексті можна вважати, що держава законодавчо захищає недієздатну особу саму від себе.

З вищезазначеного можна зауважити про допущені законодавцем протиріччя при регламентації правового статусу недієздатних осіб в Україні як найменш соціально захищених верств населення.

Так, у ст. 36 ЦК України передбачена можливість позбавлення особи цивільної дієздатності, яка, насамперед, спрямована на забезпечення захисту прав та інтересів цієї особи в той період, коли її власні юридично значимі дії становлять загрозу порушення її ж прав протягом часу, коли стан психічного здоров'я особи не дає їй можливості адекватно сприймати свій статус, формувати й виражати власну волю [3].

Однак, ми можемо спостерігати у повідомленнях засобів масової інформації про непоодинокі випадки, коли родичі, опікуни або будь-хто інший користуються станом психічно хворої або фізично немічної людини і просто відбирають у неї майно, а то і життя.

Саме у зв'язку із цим у наведеній статті нами розглядаються проблемні питання парламентського контролю щодо імплементації в національне законодавство норм міжнародного права, покликаних утверджувати основні цінності демократичного суспільства, та аналізуються особливості захисту права недієздатної фізичної особи на поновлення цивільної дієздатності та участі таких осіб у прийнятті рішень, що їх стосуються, відповідно до чинного Цивільного процесуального кодексу України [9], з урахуванням положення п. 1 ст. 6 Конвенції при вирішенні цього питання в європейських країнах [6].

Слід сказати, що безпосередньо питання обмеження та позбавлення дієздатності особи та наслідки цього регулює глава 4 у статтях 39-41 Цивільного кодексу України, а саме: фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Статусу недієздатної вона набуває з моменту набрання законної сили рішенням суду про це. Після чого над недієздатною особою встановлюється опіка і при цьому всі правочини від її імені та в її інтересах вчиняє опікун [3].

Отже, визнання людини недієздатною та встановлення опіки над нею є єдиним гарантованим законом механізмом захисту прав та інтересів повнолітніх громадян з інтелектуальними та психосоціальними розладами.

Однак, відповідно до положень чинного цивільного законодавства, цивільна недієздатність та опіка означає перетворення людини на об'єкт, а не суб'єкт цивільної взаємодії: підпис людини стає недійсним, відтак особа не може висловити своє відношення до медичного лікування чи опіки, не може звернутися в банк і зняти гроші зі свого рахунку, написати заяву до суду чи до інших органів влади, укласти шлюб тощо. Усі рішення за цю людину приймає опікун, а державна система соціального захисту турбується про тіло, натомість розум і почуття такої людини втрачають визнання. В Україні на звернення недієздатних осіб не зважає жодний державний орган. Наразі такі люди не мають можливості працювати і створювати сім'ю і, як наслідок, стають незахищеними щодо своїх прав, так як не мають права самостійно звернутися до суду щодо поновлення своєї дієздатності.

Суди, у свою чергу, відмовляючи у прийнятті заяви недієздатній особі, керуються при цьому ст. 241 ЦПК України, не беручи до уваги норму прямої дії ст. 3 Конституції України, у якій зазначено, що головний обов'язок держави — утвердження і забезпечення прав і свобод людини [1].

Громадяни з інтелектуальними та психологічними розладами, відповідно до своїх фізичних та розумових можливостей, стають найуразливішими членами суспільства, оскільки практично всі їх законні права забезпечує опікун і в цьому випадку життєдіяльність особи, визнаної недієздатною, залежить від порядності опікуна, від уваги небайдужих громадян, які можуть повідомити відповідні державні органи про неналежне ставлення опікунів до своїх підопічних, від органів місцевого самоврядування, які зобов'язані спостерігати за виконанням своїх обов'язків опікунами, від державних установ, покликаних контролювати виконання своїх зобов'язань тих самих опікунів щодо своїх підопічних. Нинішні умови, в яких опиняються недієздатні особи не можна назвати не лише ідеальними, а навіть терпимими. Неблагополучна ситуація у сфері опіки часто замовчується, більше того іноді такі громадяни стають жертвами не тільки оточуючих, а й своїх родичів, і що найстрашніше — своїх опікунів.

На відсутність ефективного контролю з боку відповідних національних органів з виконання опікунами своїх обов'язків вказав і Європейський суд з прав людини в рішенні: «Наталія Михайленко проти України». За результатами розгляду цієї справи Європейський суд ухвалив рішення від 30 травня 2013 року, яким постановив, що Україна, як держава — відповідач, порушила право заявниці на справедливий суд, передбачене п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини [10, с. 106].

Суть справи полягала в тому, що у 2007 році батько заявниці звернувся у районний суд із заявою щодо визнання своєї доньки недієздатною, яку судом було задоволено, у зв'язку із наявними у неї психічними захворюваннями. Сестра заявниці була призначена її опікуном. З огляду на поступове покращення психічного здоров'я заявниці, у 2009 році опікун заявниці, а це була її сестра, звернулася до районного суду щодо поновлення її цивільної дієздатності. Проте, заяву було залишено без розгляду по суті через неодноразову неявку опікуна у судові засідання [10, с. 107].

Отже, у цій справі не було доведено, що відповідні державні органи здійснювали ефективний нагляд за ситуацією заявниці, включаючи виконання обов'язків її опікуном, або що вони вживали необхідних заходів для захисту її інтересів. З огляду на ці обставини, Європейський суд встановив, що оскаржувані процесуальні обмеження не відповідали статті 6 § 1 Конвенції.

У статті 79 ЦК загалом передбачено, що дії опікуна можуть бути оскаржені заінтересованою особою, в тому числі родичами підопічного, до органу опіки та піклування або до суду, а рішення органу опіки та піклування може бути оскаржено до відповідного органу, якому підпорядкований орган опіки та піклування, або до суду [3].

Повноваження зі здійснення нагляду за діяльністю опікунів, розгляд скарг на їхні дії належать органам опіки та піклування, відповідно до п. 1. 7. Правил опіки та піклування [11].

Але на практиці ми часто зустрічаємось із випадками, коли опікуни використовують свої обов'язки не на користь підопічного, а задовольняють власні інтереси, використовуючи майно або грошові кошти підопічної особи, що і сталося у випадку, описаному у справі Н. Михайленко.

Питання про опікунство на разі актуально, тому що, на жаль, на теперішній час парламентом недостатньо контролюється імплементація норм Конвенції ООН «Про права інвалідів».

Можемо також зазначити, що факт порушення прав людини підтверджується тим, що особи, визнані судом недієздатними або дієздатність яких обмежена, не можуть безпосередньо реалізувати право на юридичну допомогу, оскільки особа, яка визнана недієздатною, не є суб'єктом, звернення якого розглядаються та вирішуються по суті, згідно із ст. 8 Законом України «Про звернення громадян» [2]. Крім цього, відповідно до ч. 3.ст.10 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», звертатися про надання одного з видів послуг можуть лише їхні опікуни [12].

Отже, хвора людина (людина, а не особа) в Україні залишається без права бути почутою в разі порушення її законних прав, нанесення їй фізичного болю або здійснення щодо неї морального тиску.

На сьогодні недієздатність — це втрата здатності здійснювати особово всі свої цивільні права та обов'язки внаслідок тяжкого порушення психічного стану. Визнання особи недієздатною — це не тільки визначення стану здоров'я. Але і складне юридичне поняття, яке містить у собі два критерії: медичний та юридичний (психологічний) [13, с. 94].

Така життєва ситуація, а також те, що згідно зі ст. Цивільного процесуального кодексу України [9], із заявою про скасування рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновлення її цивільної дієздатності, в разі її видужання або значного поліпшення психічного стану, здійснюється за рішенням суду на підставі відповідного висновку судово-психіатричної експертизи за заявою опікуна, органу опіки і піклування, змушує громадян, визнаних недієздатними, звертатися за допомогою до органів державної влади, які зазвичай відмовляються розглядати звернення особи, визнаної недієздатною, посилаючись на положення чинного законодавства.

Натомість, слід звернути увагу, що у сусідній пострадянській Росії ця проблема вже знайшла своє вирішення і норми законодавства приведено у відповідність до міжнародного права. Зокрема, у відповідності до Федерального закону «Про внесення змін до Закону Російської Федерації «Про психіатричну допомогу і гарантії прав громадян під час її надання» і Цивільно процесуальний кодекс Російської Федерації», громадянину, визнаному недієздатним або вибраним ним представникам надано право звертатися до суду із заявою про скасування рішення про визнання його недієздатним та поновлення дієздатності [14].

Крім цього, процесуальні особливості захисту права недієздатної фізичної особи на поновлення цивільної дієздатності, відповідно до чинного Цивільного процесуального кодексу України [9], та з урахуванням положення п. 1 ст. 6 Конвенції [6], оскільки вони слугували підставою для розгляду Європейським судом по суті справи, порушеної за скаргою громадянки проти України, у своїй статті розглядають Я. М. Романюк та Л. О. Майстренко.

Автори, проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини, зробили корисні висновки про те, що певні обставини можуть призвести до того, що особа, яка визнана недієздатною, особисто звернеться до суду із заявою про поновлення власної дієздатності. Ця особа може доводити, що здатна усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними внаслідок видужання або значного поліпшення психічного стану, та наводити відповідні обставини й мотиви, які змусили її особисто звертатися до суду. Дописувачі у своєму дослідженні логічно відмітили, що

Резолюції Генеральної Асамблеї ООН не обов'язкові для виконання, але вони містять рекомендації державам, включаючи норми так званого «м'якого» права. Вони вважають, що оптимальним варіантом для додержання справедливого балансу між необхідністю забезпечення реалізації недієздатною особою права на поновлення її дієздатності та законними обмеженнями в реалізації таких прав може стати законодавчо передбачений механізм можливості автоматичного, не залежного від суб'єктивної волі опікуна недієздатної особи, перегляду через певні проміжки часу рішення суду про визнання особи недієздатною [15, с. 42].

Європейський суд зазначив, що право звертатися до суду про перегляд справи про дієздатність є одним з найважливіших прав людини і стосується процедури, що мають значення при реалізації всіх її прав і свобод [9].

Звернемося знову до справи «Наталія Михайленко проти України» і простежимо дії заявниці, які вона здійснила з метою поновлення її цивільної дієздатності.

Зі спливом року, що минув після судового рішення, заявниця самостійно звернулася до районного суду, вимагаючи поновлення її цивільної дієздатності. У листопаді 2010 року районний суд повернув заяву заявниці, не розглянувши її по суті, зазначивши, що на підставі пункту 3 статті 121 та пункту 4 статті 241 ЦПК 2004 року особа, яку було визнано недієздатною, не має права на подання до суду такої заяви. Це рішення було залишено без змін апеляційним судом та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ [9].

Розвиток подій у цій справі підтверджує висновок Європейського суду, що підхід, якого дотримується національне законодавство, і згідно з яким особи, визнані недієздатними, не мають права на безпосередній доступ до суду з метою поновлення своєї цивільної дієздатності, не відповідає загальній тенденції, що панує на європейському рівні.

Законодавство Франції, Німеччини, Естонії, яке регулює питання призначення експертизи у справах даної категорії, наказує, що, крім констатації факту наявності або відсутності психічного захворювання особи, медична експертиза повинна відповісти і на такі важливі питання, як необхідність призначення і обсяг опіки, шанси на реабілітацію, тривалість опіки, чи існує постійна або тимчасова необхідність опіки, наприклад при небезпечних для життя операціях, пов'язаних з тривалим та інтенсивним післяопераційним лікуванням (стаття 1219 ЦПК Франції, стаття 522 ЦПК Естонії) [16], [17],[18]. Така пильна увага до питань прогнозування розвитку психічної хвороби, а також характером стану випробуваного, як постійному і незмінному або тимчасового, обумовле-

на тим, що законодавство зазначених країн, як і багатьох інших, прямо передбачає періодичність перегляду судових рішень, що стосуються процедури обмеження або анулювання прав осіб, які страждають психічними розладами, що відповідає рекомендаціям міжнародного права

Згідно з Принципами захисту психічно хворих осіб і поліпшення психіатричної допомоги, «рішення, що стосуються недієздатності особи та її потреби в особистому представнику, підлягають перегляду через розумні проміжки часу відповідно до внутрішньодержавного законодавства» [19].

Аналогічний підхід закріплений і в статті 12 Конвенції про права інвалідів «держави-учасниці забезпечують, щоб усі заходи, <...> пов'язані з реалізацією правоздатності, <...> застосовувалися протягом якомога меншого терміну і регулярно перевірялися компетентним, незалежним і безстороннім органом чи судовою інстанцією» [5].

Отримавши законодавче закріплення в ряді країн, зазначені принципи реалізуються шляхом періодичного перегляду судом своїх рішень, що стосуються дієздатності особи. При цьому термін, коли рішення має бути переглянута, як правило, відбивається в судовій ухвалі, що, однак, не позбавляє можливості осіб, яким таке право надано, клопотати про розгляд справи до зазначеного терміну в разі зміни обставин, що стали підставою до винесення рішення.

Зокрема, у Франції цей термін не може перевищувати п'яти років, в Естонії — три роки (стаття 441 ЦК Франції, частина 3 статті 526 ЦПК Естонії). При цьому, згідно з положеннями статті 442 ЦК Франції, в разі, коли згідно з даними науки зміна стану особи не очікується, суддя може на підставі мотивованого рішення і згоди лікаря відповідної кваліфікації переглянути справу через більш тривалий період, ніж передбачено законодавством [20], [18].

Новий цивільний кодекс Угорщини, який вступив в дію 15.03.2014, у зв'язку з вищевказаними принципами в статті 29 книга 2 передбачає обов'язкові терміни для перегляду питання не тільки про обмеження дієздатності, який становить п'ять років, а й для повністю позбавлених дієздатності — 10 років, та містить загальні риси, що стосуються кола осіб, яким надано право ініціювання подібних справ у судах, обов'язковості отримання медичного висновку щодо психічного стану особи, щодо якої вирішується питання про обмеження дієздатності [21]. У той же час у багатьох країнах роль прокурора у справах зазначеної категорії є більш активною, коло питань, які ставляться перед експертами, більш широким, а справи зазначеної категорії підлягають періодичному пере-

гляду. Тоді як в Україні участь прокурора не обов'язкова під час розгляду питань про позбавлення дієздатності [22].

Основним правовим документом, який відтворює сучасне європейське розуміння етико-правових стандартів щодо захисту прав та гідності особи пацієнта у зв'язку із впровадженням нових біомедичних технологій є Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (далі Конвенція Ов'єдо). Базовими положеннями цієї Конвенції є (у даному контексті мова йде про людину з інвалідністю психічного характеру, яку було позбавлено дієздатності в момент психічного розладу та її право або в даному випадку відсутність такого права звернутись до суду з проханням переглянути своє рішення і, в разі одужання або покращення, відновити дієздатність) повага до людини та її гідності і не виключення її з процесу прийняття рішень щодо власного життя [23].

Автор Г. А. Миронова проаналізувала європейські правові стандарти захисту прав і гідності недієздатних пацієнтів з приводу медичного втручання, беручи за приклад вищеназвані статті Конвенції Ов'єдо. Вона зазначила, що «законодавчі принципи регулювання повинні визнавати, наскільки це можливо, різні ступені дієздатності, а також можливість змін характеру недієздатності із плином часу. Відповідно, заходи захисту не повинні бути автоматично пов'язані із позбавленням цивільної дієздатності. Пріоритет інтересів та благополуччя зацікавленої особи означає, що при призначенні заходів захисту недієздатних осіб повинні враховуватися, перш за все, міркування забезпечення особистих інтересів. Повага до побажань та почуттів зацікавленої особи» [24, с. 55-56].

Ми підтримуємо твердження Г. А. Миронової про те, що психічно хвора людина має індивідуальні ознаки хвороби, і при вирішенні життєво важливих для неї питань має бути присутня, якщо не доведені факти про її фізичну неспроможність. Таке доповнення додасть можливість більше контролювати виконання своїх обов'язків опікунами по відношенню до своїх підопічних, в якійсь мірі унеможливить злочинні умисли шахраїв позбавити не зовсім здорову людину свого волевиявлення. Вважаємо доречним наголосити, що при такому стані справ, коли суд приймає рішення про визнання людини недієздатною, лише за висновком судово-психологічної експертизи без присутності цієї людини, виникає запитання: яка роль суду у цій справі?

Можна заперечити, що людина, про яку йде мова, не може з'явитися в засіданні суду під час розгляду справи про позбавлення її дієздатності в силу фізичної або психічної неспроможності, але суд, задовольняючи

такий позов, має засвідчити не наявність хвороби (для цього є висновок судово — психіатричної експертизи), а те, що людина існує, вона хвора, і внаслідок хвороби за висновком суду потребує соціального захисту держави. До речі, про безпосереднє застосування судами України норм Конвенції як частини національного законодавства зауважувала у конституційному поданні уповноважений Верховної Ради України з прав людини Валерія Лутковська [25].

Висновки. Отже, контролювання обов'язків опікунів, які спрямовані на реалізацію прав їх підопічних, є одним із проявів парламентського контролю за виконанням низки законів, що забезпечують права людей із обмеженими можливостями. З цією метою потрібно невідкладно розпочати проведення експерименту із запровадження послуги з представництва інтересів і відстоювання прав інвалідів з розумовою відсталістю та психічними розладами, передбаченого «Національним планом дій із реалізації Конвенції ООН про права інвалідів на період до 2020 року».

У разі, коли неможливо забезпечити присутність людини у судово-м засіданні, суд, на нашу думку, має бути виїзним.

З огляду на рішення Європейського Суду в справі «Наталія Михайленко проти України» та з метою усунення невідповідностей між положеннями, закріпленими Конституцією України, законами України та міжнародно-правовими актами у сфері захисту основоположних прав і свобод людини і громадянина та осіб з інвалідністю, на теперішній час Кабінетом Міністрів України у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону України «Про опіку та піклування над повнолітніми недієздатними особами та особами, цивільна дієздатність яких обмежена» (далі Проект) [26].

Ми не будемо детально аналізувати цей Проект, звернемось тільки до тих змін, які є предметом обговорення нашого дослідження, а саме: стаття 42 Цивільний кодекс України: Поновлення цивільної дієздатності фізичної. Виключення у проекті із тексту статті 42 словосполучення ”За заявою опікуна або органу опіки та піклування” розширює можливості людини, визнаної судом недієздатною, особисто донести до суду інформацію про покращення свого здоров'я, і, як наслідок, ставити питання про визнання своєї цивільної дієздатності.

Доповнення у Проекті до Статті 121 Цивільно-процесуального кодексу України дають можливість людині, визнаній недієздатною, особисто звертатись із заявою до суду про поновлення цивільної дієздатності та про звільнення опікуна.

Важливими у питанні щодо контролю по виконанню своїх обов'язків опікунами є передбачені Проектом зміни у статті 8 Закону України «Про звернення громадян» та у статті 10 Закону України «Про безоплатну правову допомогу». Цими змінами надані права недієздатним особам оскаржувати дії чи бездіяльність опікуна, пов'язані із здійсненнями опіки над ними, та самостійно звертатися за отриманням безоплатної правової допомоги.

Таким чином, зареєструвавши у Верховній Раді проект Закону «Про опіку та піклування над повнолітніми недієздатними особами та особами, цивільна дієздатність яких обмежена» Україна наблизилась до виконання своїх зобов'язань щодо вжиття заходів у створенні системи захисту прав людини з інвалідністю, зумовленою психічним розладом або розумовою відсталістю, яка б базувалась на повазі до людини та її гідності і не виключала її з процесу прийняття рішень щодо власного життя відповідно до Європейських засад.

Список використаних джерел

1. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР//Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 30.— ст. 141.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254>.
2. Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР// Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 47.— ст. 256.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/393>.
3. Цивільний кодекс України: Закон від 16.01.2003 № 435-IV// Відомості Верховної Ради України.— 2003.— № 40.— ст. 356.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV// Відомості Верховної Ради України.— 2004.— № 50.— ст. 540.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.
5. Конвенція ООН про права інвалідів: Міжнародний документ від 13.12.2006 р. // Офіційний вісник України.— 2010.— № 17 (№ 101, 2009).— ст. 93.— ст. 799.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_g71.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України.— 1998.— № 13 (№ 32 від 23.08.2006 р.).— ст. 270.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

7. Про реабілітацію інвалідів в Україні: Закон України від 06.10.2005 р. № 2961-IV // Відомості Верховної Ради України.— 2006.— № 2.— ст. 36.— ст. 44.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2961-15>.
8. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.1991 р. № 875-XII // Відомості Верховної Ради України.— 1991.— № 21.— ст. 252.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/875-12>.
9. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон від 18.03.2004 № 1618-IV//ВідомостіВерховної Ради України.— 2004.— № 40 (40-4 2).— ст. 1530.— ст. 492.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
10. Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі.— 2013.— № 3 (12).— С. 106-107.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.eurocourt.in.ua/GetArticlesByCategory.asp?CategoryId=2>.
11. Правила опіки та піклування: Наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства освіти України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.1999 р. № 34/166/131/88 // Офіційний вісник України.— 1999.— № 26.— ст. 115.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0387-99>.
12. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI // ВідомостіВерховної Ради України.— 2011.— № 51.— ст. 577.— ст. 2136.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.
13. Бойченко Г. М. Правові та процесуальні аспекти визнання особи недієздатною / Бойченко Г. М., Шум С. С. // Форум права.— 2011.— № 1.— С. 94-99. [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.
14. Официальный веб-портал «Законодательство России». [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/>.
15. Романюк Я. М., Майстренко Л. О. Процесуальний аспект захисту права недієздатної особи на поновлення цивільної дієздатності / Я. М. Романюк, Л. О. Майстренко // Вісник Верховного Суду України: Офіційне науково-практичне видання.— 2014.— № 5.— С. 41-48. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://advocat-cons.info/index.php?newsid=24797>.
16. France. Code of Civil Procedure // Офіційний Веб-портал «Legifrance. gov.fr».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

17. BürgerlichesGesetzbuch — BGB. — [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>.
18. Цивільний процесуальний кодекс Естонії // Офіційний веб-портал «Juristaitab».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru>.
19. Принципи захисту психічно хворих осіб і поліпшення психіатричної допомоги, затвердженими резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 17.12.1991 р № 46/119: Міжнародний документ від 18.02.1992 р. // Офіційний веб-портал «Верховна Рада України».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_905.
20. France — CivilCode // Офіційний Веб-портал «Legifrance.gouv.fr».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <https://www.legifrance.gouv.fr/>
21. Act V of 2013 on the Civil Code.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf.
22. Про прокуратуру: Закон України від від 14.10.2014 р. № 1697-VII.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>.
23. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину, Ов'єдо, 4 квітня 1997 року: Міжнародний документ від 04.04.1997 р. // Офіційний веб-портал «Верховна Рада України».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_334.
24. Миронова К. А. Європейські принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів /К.А. Миронова // Вісник Академії адвокатури України.— 2012.— № 56.— Число 2(24).— С. 55-62 <http://www.twirpx.com/file/1140201/>.
25. Конституційне подання Уповноваженого з прав людини Лутковської В.В. до Конституційного суду України про визнання частково неконституційними положення частини першої статті 39, пункту 1 частини першої статті 207, частини першої статті 240, частини четвертої статті 241 Цивільного процесуального кодексу України та частини першої статті 42 Цивільного кодексу України, 2014 // Офіційний веб-портал «Уповноважений Верховної влади з прав людини».— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/cooperation-with-theconstitutional-court-of-ukraine/constitutional-acts-of-response-2014.html>.
26. Національний план дій із реалізації Конвенції ООН про права інвалідів на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.03.2011 р. № 245-р // Офіційний вісник України.— 2011.— № 24.— ст. 75.— ст. 1004.— [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/245>.

27. Проект Закону України „Про опіку та піклування над повнолітніми недієздатними особами та особами, цивільна дієздатність яких обмежена”: законопроект № 3786 від 20.01.2016 // Офіційний веб — портал «Верховна Рада України». — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57691.

СВОБОДА СЛОВА ТА РЕЛІГІЙНІ СВОБОДИ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ТА ІСЛАМСЬКИЙ ПІДХОДИ

Д. Лук'янов

*Національна академія правових наук України,
м. Харків, вул. Пушкінська, 70, e-mail: dlu kianov@ukr.net*

Зв'язок сучасного європейського права з християнською традицією загальноєвропейської. У наукових працях багатьох вчених обґрунтовано доведено, що християнство, зокрема канонічне право, є одним із стовпів на якому побудовано романо-германське право і відповідно правові системи окремих європейських держав. Гарольд Берман у своїй роботі «Law and revolution. The Formation of the Western Legal Tradition» (у російському перекладі — «Західна традиція права: епоха формування») відзначає, що канонічне право стає в XII столітті першою сучасною правовою системою Заходу. Сама церква вперше стала розглядатися як юридична система, як правова держава зі складною системою управління [1].

Католицька церква сформувала не тільки сукупність певних правил поведінки, а й повноцінну правову систему з усіма її елементами — правом, розвиненою правовою наукою, підготовкою юридичних кадрів, судовими та виконавчими органами та посадовими особами, які застосовували і захищали право з дотриманням певних процедур. Згодом, як зазначає Г. Берман, система канонічного права і система управління були запозичені державами, які формувалися в наступні епохи [1, с. 521]. Патрік Глен також зазначає, що канонічне право разом з римським найбільш вплинуло на становлення європейських правових систем [2, с. 133].

Разом з тим наприкінці XX на початку XXI століття світові глобалізаційні процеси змінюють звичний для нас світ. Значна міграція населення привела до істотної зміни структури національних і релігійних громад, які проживають в Європі. Найбільш швидкими темпами в усіх європейських країнах зростає чисельність мусульманської громади. За різними оцінками кількість мусульман в Європі наближається до 50 млн. осіб, що становить близько 6% населення. За даними світового дослідження The Pew Research Center за 2010 рік у Франції ця громада налічує близько 4,7 млн., у ФРН — 4,8 млн., в Албанії — 2,5 млн., у Косово — 2 млн., у Великобританії — 3 млн., у Боснії-Герцеговині — 1,7 млн., у Болгарії — 1 млн., у Македонії — 0,8 млн. [3]. Зростає не тільки кількість мусульманського населення в абсолютних цифрах, росте відповідно їхня частка в загальній чисельності населення цих країн. Так,

у Франції мусульманська громада становить 6% населення, у ФРН — 5%, в Албанії — 80%, у Косово — 90%, у Великобританії — 2,7%, у Боснії-Герцеговині — 40%, у Болгарії — 12%, у Македонії — 33%. [3]. Зараз ці цифри необхідно скорегувати у бік збільшення, враховуючи значний потік біженців з яким зіштовхнулася Європа у 2015-2016 роках, який інколи називають «новим переселенням народів».

Відповідно до соціологічних прогнозів тенденція збільшення кількості мусульманського населення збережеться у наступні десятиліття. Так, відповідно до прогнозу The Pew Research Center мусульманська громада в Європі до 2030 року збільшиться до 58 млн. чоловік, що складе вже 8% населення, а в 2050 році складе вже 10% населення [4].

Філіп Дженкінс з Університету Пенсільванії прогнозує, що до 2100 року мусульмани будуть складати вже 25% населення Європи [5]. Таким чином, проблема співіснування в європейських державах різних релігійних громад, не тільки не зникне сама собою, а згодом стане ще складнішою. Як зазначені демографічні зміни вплинуть на різні соціальні процеси в Європі спрогнозувати складно, але більшість вчених вважає, що вплив ісламу на суспільні відносини буде все більш відчутним.

Відомі футурологи Елвін і Хейді Тоффлери припускають, що поступово центри християнства перемістяться в Латинську Америку, а вплив ісламу в Європі буде все більш відчутним на всі сфери життя — політику, економіку, культуру і т.п. [6]. Філіп Дженкінс, автор роботи «Християнство майбутнього» також визнає, що з другої половини XX століття головні центри християнського світу рішуче зміщуються в Африку, Латинську Америку і Азію [7].

Останні десятиліття показують зростання кількості і масштабності соціальних конфліктів між мусульманською і іншими громадами Європи. Ісламська громада все активніше вимагає дотримання їхніх традиційних культурних і релігійних норм на території Європи. Так, в кінці 2004 на початку 2005 року значної гостроти набув конфлікт у Франції пов'язаний з правом мусульманок носити хіджаб — традиційний хустку, що покриває голову і шию, за винятком обличчя. У лютому 2005 року був прийнятий закон, який заборонив у державних установах і освітніх установах носити будь-які знаки, що демонструють релігійну приналежність людини, в тому числі і хіджаб. Це призвело до масових демонстрацій мусульман, які заявляють про обмеження їх прав. У 2009 році в Швейцарії пройшов референдум, на якому було заборонено будівництво нових мінаретів.

До нового витка напруженості між європейською і мусульманською громадами призвів так званий «карикатурний скандал», коли ряд видань

опублікував серію карикатур на іслам, мусульман і Пророка Мухаммеда. Даний конфлікт набув величезного резонансу і викликав нову дискусію щодо співвідношення свободи слова та релігійних свобод в європейській і ісламській культурі.

Одним з перших в цьому ряду став конфлікт, що спалахнув після публікації 12 карикатур на Мухаммеда в датській газеті Джуландс-Постен 30 вересня 2005 року на яких пророк був зображений з бомбою на голові. Багато європейських газет передрукували карикатури на своїх сторінках, що призвело до ще більшої ескалації конфлікту. У результаті конфлікт набув міжнародних масштабів і спричинив численні жертви, економічні та політичні втрати для багатьох європейських країн.

У 2007 році шведський художник Ларс Вілкс намалював кілька карикатур, що зображали пророка Мухаммеда з собачою головою. Це призвело до протестів, двох терактів у Стокгольмі та неодноразових спроб вбити автора, який живе під постійною охороною поліції. У лютому 2015 кілька людей було вбито і поранено в Копенгагені під час нападу на лекцію художника, який через місяць в парламенті Данії отримав премію за мужність від Датського товариства свободи друку в Копенгагені.

На початку 2015 року сталась трагедія у французькому сатиричному журналі Шарлі Ебдо, коли від пострілів ісламістів загинули 12 осіб, включаючи провідних журналістів і карикатуристів видання. Приводом для нападу стала неодноразова публікація на сторінках видання карикатур на іслам, мусульман і Пророка Мухаммеда. Десятки тисяч людей по всій Європі вийшли на мітинги солідарності з журналістами і в підтримку свободи слова з гаслом — «Я — Шарлі». Лише одиниці європейців висловили сумніви в правильності позиції журналістів в питанні співвідношення свободи слова та захисту релігійних почуттів віруючих.

Для об'єктивного розгляду проблеми співвідношення свободи слова та релігійних свобод необхідно проаналізувати особливості ісламської концепції про яку європейський читач практично нічого не знає. Ісламська концепція свободи думки і висловлювання думки має суттєві відмінності від європейської концепції, що викликає нерозуміння і конфронтацію між представниками відповідних культур. В Ісламі концепція прав людини будується на переконаності в тому, що Всевишній є автором закону і джерелом всіх прав людини [8, с. 17]. Права людини, даровані Аллахом, не можуть в силу свого божественного походження бути скорочені або скасовані державою, суспільством, або окремими людьми. Ніхто не має права змінювати їх на свій розсуд.

Свобода думки і слова розглядаються як одні з фундаментальних прав мусульманина. Іслам розглядає людину як істоту наділену Всевишнім інтелектом, який необхідний йому для пошуку істини. Свобода думки та свобода слова є необхідними інструментами на цьому шляху. З цієї точки зору абсолютно не правильним є погляд, що іслам це релігія антагоністична пізнанню, дискусії, науці та мистецтву. Досягнення ісламської науки у математиці, астрономії, медицині та інших сферах, в тому числі заклали фундамент сучасної європейської і світової науки. Допустимість різних поглядів визнається навіть в питаннях теології і шаріату, наслідком чого є поділ на сунітів і шіїтів, а також на численні релігійно-правові школи (мазхаби) в середині кожного напрямку[9, с. 61-70].

Разом з тим вважається, що з урахуванням обмежених можливостей людини, Аллах сам виклав деякі істини, самостійне пізнання яких знаходиться, на погляд ісламу, за межами людського розуму і мислення. Ці догмати викладено в Корані і Сунні і є предметом віри, а не предметом суб'єктивної оцінки людини. Відповідно для правомірного мусульманина питання зазначені в шаріаті як заборонені не потребують раціонального осмислення та доведення. Разом з тим ісламська теологія на рівні доктрини намагається пояснити існуючі заборони. В ісламі висувається вимога до людини використовувати свободу слова і думки там, де це приносить користь самій людині. А там, де ці свободи завдають шкоди людині, вступає в силу заборона.

З точки зору правових наслідків всі вчинки мусульманина можна розділити на п'ять категорій: обов'язкові, рекомендовані (схвалювані), дозволені (байдужі), засуджені (але не карані) і заборонені (карані) [10, с. 98].

Зображення живих істот (у вигляді мальованих зображень або скульптур) відноситься до заборонених дій, які є одним з 76 великих гріхів в ісламі [11, с. 120-121]. Ця заборона не зазначена в прямій формі в Корані, а виводиться із хадисів Пророка. Так у збірнику хадисів аль-Бухарі повідомляється, що якимось до Абуллаху бін Аббасу прийшов один чоловік і сказав: «О, Абу Аббас воістину я людина, і я заробляю на життя своїми руками, роблячи ці зображення». Ібн Аббас сказав: «Я скажу тобі, що сам чув від Посланника Аллаха, а він сказав». Тому, хто створив будь-яке зображення того, у чому є живий дух, Аллах стане піддавати тортурам, поки він не вдихне в нього дух, а він не зможе зробити цього ніколи». Почувши ці слова, людина глибоко засмутилась. Тоді Ібн Аббас сказав йому: «Горе тобі, якщо ти вже цим займаєшся, але вже якщо і далі хочеш займатися цим, то тобі слід малювати дерева і все те, в чому немає духу» (994 (2225)) [12, с. 378].

Ісламська теологія пояснює походження даної норми заборонаю на уподібнення Аллаху, який створив все суще, а так само заборонаю на поклоніння ідолам і іншим Богам, які практично завжди мали певний художній зовнішній образ. Пізніше в деяких країнах, переважно в середовищі шіїтів, заборона на зображення людини і тварин перестав бути суворим.

Неоднозначне тлумачення даних норм існувало щодо фотографічних зображень живих істот. Останнім часом ісламські богослови, які мають право видавати фетви (фатви), обґрунтовують допустимість фотографії з певними обмеженнями. Так згідно фетви одним із найбільш шанованих ісламських богословів сучасності, президента Міжнародного союзу мусульманських вчених Юсуф аль-Карадаві фотографування не є актом творіння, який заборонений в хадисах, а є лише дзеркальним відображенням реальності. Таким чином, робить висновок учений, що процес фотографування не підпадає під категорію робіт, виконуваних скульпторами та художниками [13, с. 228].

Аналогічна ситуація існує і щодо зображення пророка Мухаммеда. Для більшості мусульман така заборона є абсолютною: зображення Мухаммеда і всіх інших пророків в ісламі, безумовно заборонені і вважаються ідолопоклонством. Пророк Мухаммед і всі інші пророки розглядаються як ідеальні і безгрішні фігури, і тому не можуть піддаватися ніякому художньому осмисленню, особливо, якщо воно може привести до неповаги або до образи пророка.

Важливим елементом розуміння гнівної реакції мусульман на карикатури пророка є розуміння ролі і обмежень в ісламському гуморі. Іслам вітає, коли віруючий доставляє радість іншим людям використовуючи для цього гумор і жарт, але при цьому не можна виходити за межі, визначені Всевишнім — жарт повинна бути правдивим; не можна заради жарту вигадувати небилиці або лякати іншу людину; не слід жартувати зі старшим за віком, з учителями, вченими, керівництвом, з тим, хто не розуміє жартів, незнайомими між собою чоловіком і жінкою; жарт повинен бути розумним, адекватним ситуації, зрозумілим оточуючим, не образливим, таким що не принижує гідність людини або її сім'ї; не можна жартувати на заборонені теми, розповідати вульгарні історії, розголошувати інтимні подробиці, використовувати хулу і наклеп [14].

Необхідно розуміти, що карикатури Ларса Вілкса, що зображав пророка Мухаммеда з собачою головою, мусульманами оцінювалися як особливо цинічні, так як собака розглядалась в ісламі як нечиста тварина, контакти з якою є небажаними.

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що карикатури на Пророка Мухаммеда порушили безліч заборон, які існували в ісламі, і зачіпали глибинні та важливі для віруючих почуття. Віра і релігійні святині для мусульман стоять на чолі ієрархії цінностей, які захищаються ісламом. Всі інші цінності, які захищає іслам — життя, розум, продовження роду, майно [15, с. 113], займають підлегле становище по відношенню до головної цінності. Характер і ступінь негативної реакції мусульман на дану ситуацію так само пояснюється положеннями ісламу. Іслам зобов'язує людину захищати свою віру і переконання, використовувати, якщо це необхідно, силу зброї.

Головною причиною подібних конфліктів є досить різна ідеологія і культурна традиція мусульманського світу і переважно християнської Європи. На основі цієї ідеології формується досить різна шкала цінностей, яку кожне суспільство намагається підтримувати і захищати. Таким чином, ситуація з карикатурами це конфлікт, яка цінність має перевагу — свобода слова або релігійні свободи. Європейська та ісламська традиції дають різні відповіді на це питання.

Важливим питанням є недопущення подібних трагедій в майбутньому. Засоби масової інформації, будучи наймогутнішим засобом впливу на суспільство, повинні проводити відповідальну редакційну політику, а держава повинна ефективно виконувати функції регулювання і контролю.

У зв'язку з цим хотілося б розглянути редакційну політику Шарлі Ебдо протягом декількох десятиліть. Щотижневє сатиричне видання Шарлі Ебдо видається з 1970 року і виникло на базі іншого журналу — «Харакірі», який був закритий раніше в цьому ж році після грубого жарту про смерть Шарля де Голля. Редакційна політика журналу завжди будувалася на тому, що для жартів немає заборонених тем. Героями карикатур, найчастіше досить образливих і відчутних, ставали лідери різних держав, політики, відомі люди і навіть Папа Римський. Журнал неодноразово публікував карикатури на християн, іудеїв і мусульман. Коли в Європі вибухнув перший карикатурний конфлікт, видання зайняло жорстку позицію захисту свободи слова і неможливості його самообмеження. У питаннях взаємодії європейської та мусульманської культури журнал став проводити політику розпалювання ісламофобії.

Так, 1 березня 2006 р журнал опублікував так званий «Маніфест дванадцяти» в якому закликав усіх європейців боротися з ісламською загрозою. Іслам був поставлений в один ряд з фашизмом, нацизмом і сталінізмом, як тоталітарними погрозами для Європи [16].

У другій половині 2015 року новою проблемою, з якою зіткнулася Європа, стала масова міграція нелегальних біженців, значна частина яких виїхала з охопленої війною Сирії, Афганістану, Судану. За оцінками Агентства ООН у справах біженців та Міжнародної організації з міграції протягом року в Європу переселилося близько 1 млн. біженців [17], велика частина яких належить до нетипових для Європи національних, культурних і релігійних груп. Прогнозується істотне збільшення частки мусульманського населення.

Нове переселення народів, як його називають журналісти, супроводжується численними трагедіями. За даними ООН на шляху до Європи вже загинуло кілька тисяч біженців, велика частина яких потонула при перетині Середземного моря. Найбільший резонанс отримав випадок загибелі 3-річної дитини Айлана Курди з сирійського міста Кобань, тіло якого викинуло на узбережжі поблизу турецького міста Бодрум. За словами тих, що вижили, в невдалій переправі загинули, принаймні, 12 чоловік, в тому числі четверо дітей і жінка. 5-річний брат хлопчика також вважається загиблим. Фото загиблої дитини шокувало Європу і змусило розмірковувати про долю вимушених іммігрантів.

Через тиждень після шокувавшего всю Європу випадку Шарлі Ебдо випускає черговий журнал в якому висміює загибель мусульманських дітей. На опублікованій в журналі карикатурі зображений Айлан, що лежить на піску, під написом «Так близько до мети». Над ним зображена реклама кафе з написом «Два дитячих меню за ціною одного». Інша карикатура зображує Ісуса, який ходить по воді, поруч з потонувшим хлопчиком. Малюнок має підпис: «Доказ того, що Європа християнська. Християни ходять по воді — мусульманські діти тонуть». Які почуття може викликати така публікація у батьків дитини, сирійців і взагалі мусульман по відношенню до європейців? Які дії має зробити держава в такій ситуації? Нагадаємо, що напад на редакцію Шарлі Ебдо стався після того як мусульманські організації неодноразово подавали до суду на видання за образи і розпалювання міжрелігійної ворожнечі, але суди раз за разом виправдовували журналістів.

Так, ще в 2006 році на самому початку конфлікту, після публікації трьох карикатур на пророка, кілька мусульманських організацій — Велика мечеть Парижа, Союз ісламських організацій Франції, а також Всесвітня ісламська ліга звинуватили редакцію в розпалюванні міжнаціональної ворожнечі і подали на неї до суду. Позивачі стверджували, що тижневик образив почуття мусульман, завдавши публічну образу групи осіб з причини їх релігійної приналежності. Французьке законодавство передбачає за це правопорушення 6 місяців в'язниці і більше 22 тисяч євро штрафу.

В ході слухань у цій справі журнал отримав підтримку видатних політичних діячів країни — Ніколя Саркозі, Франсуа Байру і Франсуа Олланда, які публічно виступили на захист видання. Судовий процес через рік закінчився винесенням журналу виправдального вироку.

Якщо екстраполювати цю ситуацію на нашу дійсність, то можна прийти до висновку, що подібні дії підпадають під статтю 161 Кримінального кодексу України, яка встановлює відповідальність за умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями.

Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України говорить, що під розпалюванням національної, расової або релігійної ворожнечі і ненависті слід розуміти поширення будь-яких ідей і поглядів, що підривають довіру і повагу до певної національності, раси чи релігійного віросповідання, а також викликають зневагу або почуття ненависті до традицій, культури, способу життя, релігійних обрядів громадян певної національності або релігії. Це також може бути поширення різних закликів, вигадок, які формують у людей почуття озлобленості, відчуження і викликають ворожнечу. При цьому висловлювані ідеї і погляди мають суто загальний характер і не звернені до конкретної особи. Головна спрямованість вчинених діянь — посягати між людьми різних національностей, рас, релігійних конфесій взаємну недовіру, розвинути відчуження, підозрілість, що переходять в стійку неприязнь. Приниження національної честі та гідності або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями мають на меті — принизити, образити, тобто показати неповноцінність, обмеженість людей конкретної національності чи віросповідання. Воно може виражатися в різних формах третирування громадян: наклепі, цькуванні, знущанні над культурою, релігійними обрядами, звичаями [18, с. 464].

Як ми бачимо, законодавство України в цьому питанні є досить близьким до законодавства інших європейських країн, зокрема Франції, і дозволяє державі обмежувати свободу слова, коли вона зазіхає на інші суспільні цінності. Практика Європейського суду з прав людини так само підтверджує це право держави. Так, у справі «Інститут Отто-Премінгер проти Австрії» суд визнав правомірними дії австрійської влади, котрі вилучили з показу фільм, в якому Ісус вступав у змову з дияволом про покарання людства сифілісом. У справі «Уінгроу проти Сполученого Королівства» було прийнято аналогічне рішення в зв'язку з забороною прокату фільму, в основі сюжету якого — сексуальні фантазії на тему

Ісуса. А в справі «І.А. проти Туреччини» Суд назвав повість з блюзнірськими коментарями про пророка Мухаммеда «агресивною атакою на ісламського пророка» [19, с. 75].

Таким чином, можна зробити висновок, що неефективні і несвоєчасні дії державної влади сприяли розвитку конфлікту з мусульманською громадою в Європі. Ухвалення адекватного судового рішення на початковій стадії конфлікту сприяли б його мирному вирішенню, зберегли б людське життя і не допустили б значного відчуження мусульманської громади від європейської спільноти.

Конфлікти і нерозуміння їх глибинних причин є наслідком істотних культурних відмінностей між європейською і мусульманською цивілізацією. З огляду на те, що мусульманам і європейцям доведеться співіснувати в уже спільній Європі, необхідно вивчати і розуміти ці культурні відмінності, знаходити їх новий баланс один до одного. А в тих сферах, де можливе виникнення істотних міжрелігійних конфліктів, необхідно застосовувати відповідні правові регулятори, в тому числі заборонювальні інструменти.

Список використаних джерел

1. Berman Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition / Harold J. Berman. — Harvard University Press, 1997. — 657 p.
2. Glen Patrick H. Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law / H. Patrick Glen. — Oxford University Press Inc: New York. — 2004. — 446 p.
3. The Future of the Global Muslim Population available at [Electronic resource] // Access mode: <http://www.globalreligiousfutures.org>.
4. The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050 [Electronic resource] // Access mode: <http://www.pewforum.org/2015/04/02/religious-projections-2010-2050>.
5. Comment/Richard Dawkins foundation [Electronic resource] // Access mode: <http://richarddawkins.net/comments/905172> (последнее посещение — 19 января 2015 г.).
6. O'Rorke C. General discussions message board (Last visited Apr. 23, 2012) [Electronic resource] // Access mode: <http://www.alvintoffler.net> (последнее посещение — 19 января 2015 г.).
7. Jenkins Ph. Demographics, Religion, and the Future of Europe, Orbis // A Journal of World Affairs. 2006. Vol. 50. No. 3. — P. 533.
8. Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в диалоге культур и религий / Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Садра, 2014. — 212 с.

9. Бехруз Х. Исламські традиції права: моногр. / Х. Бехруз.— Одесса: Юрид. л-ра, 2006.— 296 с.
10. Массэ А. Ислам: очерк истории / А. Массэ.— М.: Крафт+, 2007.— 200 с.
11. Имам Захаби. 76 Больших Греков / Имам Захаби; пер. с турецк.— М.: САД, 2010.— 192 с.
12. Аль-Бухари С. Мухтасар / С. Аль-Бухари; пер. с араб. В. А. Нирш.— М.: Умма, 2003.— 959 с.
13. Аль-Карадави Ю. Современные фатвы / Ю. Аль-Карадави; пер. с араб. Я. Расулов.— 1-е изд.— М.: Андалус, 2004.— 258 с.
14. Рамазанов К. Юмор с точки зрения Ислама [Electronic resource] // Access mode: <http://ansar.ru/society/yumor-s-tochki-zreniya-islama-kak-shutil-prorok-mir-emu> (последнее посещение — 19 января 2015 г.).
15. Ауда Д. Цели шариата: (руководство для начинающих) / Д. Ауда.— М.: Изд. дом Марджани, 2015.— 192 с.
16. Manifeste des douze [Electronic resource] // Access mode: https://fr.wikipedia.org/wiki/Manifeste_des_douze (последнее посещение — 19 января 2015 г.).
17. Совместный пресс релиз Агентства ООН по делам беженцев и Международной организации по миграции [Электрон. ресурс] // Режим доступа: [http://unhcr.ru/index.php?id=10&tx_ttnews\[tt_news\]=549&cHash=91c794407e3577fa2d3fa0b2c827ff72](http://unhcr.ru/index.php?id=10&tx_ttnews[tt_news]=549&cHash=91c794407e3577fa2d3fa0b2c827ff72) (последнее посещение — 19 января 2015 г.).
18. Кримінальний кодекс України: наук.-практ. коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація.— Х.: Одіссей, 2007.— 1183 с.
19. Свобода релігії і свобода слова після Charlie Hebdo: збірка есе до «круглого столу» Харківського юридичного товариства 25 лютого 2015 р. / упорядн.: Д. Вовк, О. Уварова.— Х., 2015.— 100 с.

К ГЕНЕЗИСУ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ТОЛЕРАНТНОСТИ КАК ЕВРОПЕЙСКИХ ЦЕННОСТЕЙ

С. Максимов

*Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого,
г. Харьков, ул. Пушкинская, 77, e-mail: s_maximov@ukr.net*

В системе правовых устоев Европейского Союза значительное место отводится закреплению системы ценностей этой интеграционной организации, призванных отразить моральные начала современной европейской и всей мировой цивилизации. Их уважение — долг Европейского Союза в целом и каждого из его государств-членов в отдельности. Приверженность ценностям ЕС также выступает непреложным условием, предъявляемым к государствам, желающим вступить в состав Союза. С другой стороны, серьезное и устойчивое нарушение этих ценностей кем-либо из действующих государств-членов ЕС является законным основанием для применения к нему санкций в виде приостановления отдельных прав, связанных с членством в Европейском Союзе.

Ценности Союза указываются в ст. 2 Договора о Европейском Союзе. К ним, прежде всего, относятся: человеческое достоинство, свобода, демократия, равенство, правовое государство, права человека, в том числе права лиц, принадлежащих к меньшинствам. Этот перечень дополнен «характеристиками» общества государств-членов. Эти характеристики с полным основанием также могут быть отнесены к системе ценностей ЕС: плюрализм, недискриминация, терпимость (толерантность), справедливость, солидарность, равенство женщин и мужчин [1].

Толерантность, таким образом, является одной из интегральных характеристик обществ государств-участников, основанных на указанных в первом списке фундаментальных ценностях, и в таком качестве выступает одной из важнейших ценностей Европейского Союза. Что же представляет собой толерантность и как она связана с такой ценностью, как права человека?

Современный мир характеризуется множеством конфликтов, в основе которых находятся непримиримые мировоззренческие и культурные различия. Стремление удержать эти конфликты в рамках, позволяющих оградить существующую цивилизацию от разрушения, обнаруживается в тенденции универсального признания и утверждения таких ценностей, как права человека и толерантность в качестве условий регулирования таких конфликтов.

Трудно отрицать связь между правами человека и толерантностью, она улавливается уже интуитивно, как некая очевидность. Однако кажущаяся простота обнаружения наличия подобной связи при проверке ее на «детекторе рефлексии» оказывается уже не таким уж и простым вопросом.

Права человека представляют собой такие субъективные права, которые характеризуются универсальностью, фундаментальностью, абстрактностью, моральным характером, приоритетностью над всеми другими правовыми нормами [2, с. 414-415].

Концепция прав человека — универсальное завоевание западной (европейско-атлантической) цивилизации. Впервые в истории оно было закреплено в американской Декларации независимости, Конституции и Билле о правах. Однако, по строгому счету, эти замечательные документы лишь «нотариально оформили» представления и понятия, которые в течение по меньшей мере двух веков вызревали в Старом свете.

В 1900 г. появилось исследование немецкого правоведа Г. Йеллинека, посвященное предыстории французской Декларации прав человека и гражданина. Оно предшествовало знаменитой работе М. Вебера «Протестантская этика и дух капитализма» и предвосхищало некоторые фундаментальные идеи, за которыми закрепится позднее титул «веберовских». Серьезной заслугой Йеллинека было установление того, что права человека имели религиозно-нравственные истоки: они выковывались в горниле Реформации и последовавшей за нею борьбы за веротерпимость. Через это горнило прошла в Западной Европе масса самых простых людей, принадлежавших к различным вероисповеданиям.

Исторически первое (приоритетное и базисное) из всех прав человека — это свобода совести с такими прямыми и очевидными ее экспликациями, как свобода слова, проповеди, печати, собраний. Таково исходное содержание народного либерализма, сформировавшегося задолго до того, как появились политические движения, именующие себя либеральными. Декларативные выражения этого либерализма можно найти в документах, выработанных индипендентами в английское «смутное время» (революция 1642-1653 гг.), а также в протестантских ковенантах и первых конституциях североамериканских штатов (Пенсильвании, Вирджинии, Массачусетса).

Борьба за свободное распоряжение своими силами и способностями (комплекс «права на жизнь») и своим имуществом (комплекс «права на собственность») развертывалась в странах Запада на базе борьбы за веротерпимость. Этим объясняется генетическая системность прав человека, отчетливо зафиксированная, например, в первом локковском

трактате о государственном правлении. Именно от свободы совести как божественного правомочия каждого верующего все другие субъективные права заимствуют статус «священных», «прирожденных» и «неотчуждаемых». Они подразумевают не только интерес, но и известную обязанность (точнее: индивидуальное призвание от Бога), а потому возвышаются над любыми соображениями политической и социальной целесообразности. Права личности — не цели и не средства, а условия возможности (*conditio sine qua non*) благоустраиваемого человеческого сообщества.

«Веротерпимость», столь важная для утверждения прав человека, представляет собой исторически первую форму толерантности.

В самом общем плане толерантность определяется как «качество, характеризующее отношение к другому человеку как равнодостоинной личности и выражающееся в сознательном подавлении чувства неприятия, вызванное всем тем, что знаменует в другом иное... Толерантность предполагает настроенность на понимание и диалог с другими, признание и уважение его права на отличие» [3, с. 75-76]. Уже предварительное сравнение феноменов толерантности и прав человека позволяет обнаружить наличие некоторых схожих элементов в их структуре как видов коммуникативного взаимодействия, таких как равенство и свобода, понимание, опора на автономию (самоограничение), признание другого и др. Более детальная характеристика подобных совпадений может быть прояснена при феноменологическом анализе толерантности, основанном на обращении к ее мировоззренческим основаниям.

В понимании феномена толерантности следует обратиться к ее истокам, уходящим в ситуацию острых мировоззренческих конфликтов в Западной Европе XVI-XVII вв., проявившихся в кровопролитных религиозных войнах. В таком ретроспективном анализе мы будем опираться на концепцию Э. Ю. Соловьева [4].

Предварительный феноменологический анализ толерантности предполагает проведение различия между элементами негативной (нетерпимость и непримиримость) и позитивной дихотомий (терпимость и «примиримость», а точнее — смиренность»). Предпосылкой терпимости выступает способность непримиримых людей к *осознанной и последовательной терпимости в отношении чуждых воззрений*. Исходя из этого, смысл толерантности может быть выражен в следующем определении: толерантность — это этическое самоограничение концептуальной непримиримости, что делает ее добродетелью бескомпромиссных, непримиримых людей. При этом под концептуальной непримиримостью следует понимать стремление к идейно-целостной завершенности персонально

выбранного мировоззрения (в самом широком смысле, совпадающем с понятиями «убеждения» и «вера» (believes)), а под этическим самоограничением — безусловный автономный акт (по Канту). Все это подводит к выводу о том, что толерантность — довольно позднее культурно-историческое образование; она представляет собой образ мысли, возникший в Западной Европе в Новое время, т. е. в эпоху модерна.

Толерантность в строгом смысле представляет собой выражение смысла новоевропейской цивилизации как «дискутирующего сообщества» (выражение Р. Рорти). Терпимости Нового времени удалось обуздать социально-разрушительный фанатизм конфликтующих идей, при этом, не смягчая принципиальной конфликтности, а переводя ее в форму свободной, правоупорядоченной, рационально-критической дискуссии.

Толерантность вызрела из духовных процессов, характерных для христианской реформации. При этом ее обоснование шло параллельно с обоснованием права на свободу веры (совести) как фундаментального права человека, «клеточки» всей последующей системы прав человека [5, с. 60–61]. Обратим внимание на принципиальную схему толерантности.

Первоначальным толчком для развития концепции толерантности послужили проповеди Лютера и других деятелей Реформации. Их следствием оказались положения об отрицании особого священного сословия и открытие истины спасения каждым верующим самостоятельно, но в длительных и хорошо организованных дискуссиях. Однако подобный плюрализм интерпретаций привел к развитию взаимной нетерпимости конфессионально расколотых рядов верующих. Попытка преодоления такой нетерпимости по принципу «чья земля, того и вера», лишь усугубила проблему и привела к массовым притеснениям по конфессиональному признаку и религиозным войнам. Вопрос о «праве идей» и урегулировании мировоззренческих конфликтов превратился в настоящую материальную проблему «быть или не быть» как проблему выживания. В этот период, когда бедствия нетерпимости стали очевидными и возникают попытки философски обосновать идею толерантности.

Первой и весьма неудачной попыткой на этом пути была программа минимальной христианской религии, основанная на попытке свести христианскую религию к необходимому количеству истин, необходимых для спасения, и дать людям возможность иметь различные мнения по всем остальным вопросам (П. Бейль). На практике это вылилось в попытки карательного объединения всех правоверных христианских конфессий против неправовверных, т. е. универсализацию нетерпимости.

Второй попыткой было стремление представить терпимость как установку, необходимо вытекающую из христианского принципа любви к ближнему (Эразм Роттердамский). Если Евангелие не позволяет, чтобы христианин использовал насилие и жестокость для осуществления каких бы то ни было целей, то нельзя его допускать и в осуществлении такой высокой и благородной цели как обращение в истинную веру. Однако из этого постулата с равной убедительностью может быть выведена как терпимость, так и нетерпимость (о чем свидетельствует практика «спасения» еретиков инквизицией из мотива любви к ближнему). Этот опыт показывает недопустимость трактовки толерантности как лишь особого модуса гуманности и любви.

Третьим и единственно надежным обоснованием толерантности стало предложенное Себастьяном Кастеллио в «Трактате о еретиках» сомнение в допустимости делать другим то, что сам не стал бы терпеть. Это была апелляция к «золотому правилу нравственности» в его «запретительной» формулировке: «не делай другому того, чего ты не желал бы, чтобы делали тебе» в вопросах межконфессиональной борьбы. В этом положении был зафиксировано то, что взаимонетерпимости может быть противопоставлено не просто кротость как тотальная снисходительность в вопросах веры, а лишь взаимное самоограничение.

В этом обосновании толерантность предстает как образ мысли, совпадающий (или хотя бы коррелирующий) с образом мысли «правозащитника». Обоснование толерантности по своей ментальной структуре совпадает с обоснованием прав человека, каковое, согласно концепции Роберта Алекси, и дает им модус существования (как, очевидно, и существование толерантности) [2, с. 415].

Последующая аргументация по обоснованию толерантности осуществляется именно в корреляции с обоснованием прав человека. Кастеллио предлагает то, что может быть названо «эмпатией» — чтобы энтузиаст-гонитель чужой веры мысленно поставил себя в положение гонимого; удел же гонимого должен был представиться ему тем более жутким, чем выше был накал его собственной веры, его концептуальная непримиримость. Требование терпимости вытекает из безусловного требования признания нашей веры со стороны других.

По такой логике формируется и обоснование прав человека, предложенное О. Хеффе в его теории справедливости как обмена [6, с. 31-44].

Суть этой теории заключается в том, что права человека выступают как бы результатом обмена отказа от насилия на приобретение безопасности, при этом соотношение между отказом и приобретением является приблизительно равноценным.

Следует заметить, что в области правовой философии действует несколько иная логика, чем в области философии социальной. С позиций социальной философии, если существует различие в интересах, то носители этих интересов стремятся к их осуществлению за счет интересов других — либо полностью, либо частично, путем компромисса. Согласно логике правовой философии позитивные результаты достигаются за счет отрицания, своеобразного «нет», сказанного самому себе. Это «нет» означает *отказ* от насилия. Взаимный отказ от насилия в форме обмена имеет позитивный смысл. Ситуация выбора представляется следующим образом: что человек предпочтет, что для него лучше — быть одновременно и преступником, и жертвой или ни тем, ни другим?

Поскольку нельзя выбрать что-то одно — либо насилие по отношению к другим, либо опасность насилия по отношению к нему, человек выбирает отказ от насилия. И в этом выборе проявляется фундаментальный антропологический интерес — сберечь свое Я, свою экзистенцию. Человек как человек действует на основе отказа, определенного самоограничения.

Отказ осуществлять насилие, или в более широком смысле, наносить ущерб другому, является трансцендентальным (универсальным) условием достижения целей, которые человек перед собой ставит. В этом отказе выражается внутренняя взаимосвязь между правом и обязанностью. Права определяются лишь тогда, когда определяются соответствующие обязанности. «Из общего отказа убивать, грабить или преследовать друг друга, — пишет О. Хеффе, — возникает право на жизнь, собственность и свободу» [6, с. 44]. И этот «отказ» по своему смыслу означает ни что иное как возложение людьми на себя взаимных обязанностей не убивать, не грабить и не преследовать друг друга, что равнозначно взаимному признанию права другого на жизнь, собственность и свободу.

Вернемся же в ситуацию обоснования принципа толерантности в послереформационный период. При безусловном требовании признания нашей веры со стороны других дух силы собственных убеждений приводит к признанию права других на такие убеждения. Но свою позицию они должны еще доказать в аргументации, направленной к человеческому разуму. Предлагается прообраз будущего дискурсивного сообщества, или коммуникативной рациональности, на что обращают внимание в своих концепциях и Ю. Хабермас, и Р. Алекси. Требование толерантности принимается во второй половине XVII ст. в наиболее ортодоксальной протестантской среде, но не как совет любви и благоразумия, а как категорический принцип — выраженных в клятвенных декларациях голландских ремонстрантов, английских индипендентов,

первых американских переселенцев. Не в качестве обещаний не посягать на свободу совести других, а в качестве запрета на такое посягательство и согласия на наказание в случае нарушения этого запрета. Принцип толерантности получает конституционное закрепление и получает гарантии в виде отделения церкви от государства как инстанции централизованного насилия. Это не «намордник на Левиафана», но «веревки, держащие Прометея, проплывавшего мимо сирен».

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что толерантность представляет собой культурную предпосылку современного права, основанного на идее прав человека, его идеальный источник и механизм актуализации гуманистического смысла. Как верно и обратное, что вне контекста прав человека, как и связанных с ними идей верховенства права и демократии не могут быть решены важнейшие концептуальные и практические проблемы формирования культуры толерантности в современном мире и в нашей стране. Усвоение смысла и глубинное принятие этой фундаментальной европейской ценности является непременным условием интеграции Украины в ЕС.

Список использованных источников

1. Договор о Европейском Союзе (Маастрихт, 7 февраля 1992 года) (текст с изменениями и дополнениями от 13 декабря 2007 года) [Электронный ресурс] — Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_029.
2. Алексі Р. Існування прав людини / Р. Алексі // Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибр. праці: статті, аналіт. огляди, преκληди (2003-2011). — 2-ге вид., допов. — Х.: Право, 2012.
3. Валитова Р. Р. Толерантность / Р. Р. Валитова // Новая философская энциклопедия. Т. 4. — М.: Мысль, 2010.
4. Соловьев Э. Ю. Толерантность как новоевропейская универсалия // Политическая мысль. — 1996. — № 3-4.
5. История философии: Запад-Россия-Восток. Кн. 2. Философия XV-XIX вв. Под редакцией проф. Н. В. Мотрошиловой. — М., 1996.
6. Гьоффе О. Вибрані статті. — К., 1998.

ДЕФОРМАЦІЇ ПРАВОСВІДОМОСТІ ВІТЧИЗНЯНОГО СУСПІЛЬСТВА ЯК НАРІЖНИЙ КАМІНЬ ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

М. Мельник

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: mariem8778@gmail.com*

У наш час, час буремних подій революції та війни, системних змін й оновлення державотворчого процесу в Україні особливої гостроти набула проблема правосвідомості не тільки представників влади, але й пересічних громадян, потреба їх активної участі у суспільно-політичних процесах, здатності свідомо та компетентно контролювати діяльність владних структур, відігравати ключову роль у змінах всіх сторін суспільного життя.

Проблема розбудови громадянського суспільства, демократичної правової держави, як відомо, безпосередньо пов'язана з розвитком правової свідомості громадян України, зокрема з подоланням такого негативного явища, як її деформації. Саме деформації правосвідомості, на наш погляд, є наріжним каменем таких суспільно-державних “хвороб”, як порушення прав і свобод людини, корупція й хабарництво, неефективність законодавчої системи тощо.

Отже, актуальність питання деформацій правосвідомості українського соціуму, їх діалектики взаємовпливу на порушення прав і свобод людини у нашій державі тісно пов'язана з питаннями подальшої трансформації українського суспільства у демократичному, європейському напрямку.

Зазначеної проблематики частково торкалися у своїх наукових розвідках такі дослідники як В. Андрущенко, О. Бандура, В. Бігун, В. Братасюк, М. Бурдоносова, В. Бурмістров, К. Беляков, Н. Волковицька, Л. Герасіна, О. Данильян, В. Демічева, О. Дзьобань, Ю. Калиновський, В. Калінін, А. Козловський, П. Кравченко, В. Лозовий, О. Макарова, С. Максимов, А. Мельник, Н. Осипова, М. Панов, П. Рабінович, М. Требін, М. Цимбалюк, Б. Чміль, С. Шефель, В. Шкода та ін. Серед недавно захищених дисертаційних досліджень слід виділити роботи Д. Андрєєва, С. Будник, С. Гордюк, О. Дмитрієнко, Є. Калмикової, Н. Коваленко, Ю. Костової, Ю. Легези, О. Міленіна, В. Мухіна, В. Сировацького, В. Царенко, Н. Черкес та ін. Але, незважаючи на чималу кількість досліджень, присвячених даному питанню, увага науковців переважно приділялася різ-

номанітним аспектам самого поняття правосвідомості або ж окремим видам її деформацій, зокрема правовому нігілізму. Між тим, слід зазначити, що комплексного дослідження, в якому б системно розглядалися питання впливу деформацій правосвідомості українського суспільства на державотворчий процес, на проблему порушення прав і свобод людини, наукові кола не здійснювали.

Окремо проблема деформації (в оригінальній назві — деструкції) правосвідомості та шляхів її виправлення розглядалась у кандидатській дисертації В. Сировацького, однак на сьогоднішній день недостатньо висвітленими залишаються питання, які пов'язані з діалектикою впливу деформацій правосвідомості на державотворення, порушення прав і свобод людини і громадянина у нашій державі, історичними причинами їх появи, впливом на них етноментальних особливостей українців та суспільних криз, зокрема соціально-економічної і духовної. Те саме стосується засобів подолання деформацій правосвідомості вітчизняного соціуму, зокрема ролі у даному процесі правового виховання та нормативно-правового контексту. Невирішеною залишається й проблема впливу ЗМІ на правосвідомість українських громадян як суб'єктів державотворення.

У наш час існує безліч визначень поняття “деформації правової свідомості”, проте всі вони, на нашу думку, дуже схожі між собою. Для прикладу, Л. Смирнов вважає, що деформації правосвідомості — це дефекти, викривлення правосвідомості, які надають їй негативну, антисоціальну спрямованість. На думку А. М. Шульги, деформація правосвідомості — це вкрай неадекватне ставлення (негативне, позитивне) людей до права як до соціальної цінності. Ю. Ведерников визначає деформацію правосвідомості як її перекручування, “руйнування” позитивних правових ідей, установок, почуттів та переконань [1]. В. Сировацький, взагалі, пропонує називати це негативне суспільне явище “деструкцією правосвідомості”, яку визначає як відхилення компонентів структури правосвідомості від правових норм, культурно-соціального орієнтиру, що визначають механізм утворення і функціонування правосвідомості [2]. Отже, як бачимо, вже сама дефініція даного поняття потребує чіткішого та конкретнішого формулювання.

Питання ж прав і свобод людини, причин їх порушення — достатньо розроблене й висвітлене цілою плеядою видатних вітчизняних та зарубіжних дослідників і, на наш погляд, розгляд сутнісних характеристик цих феноменів не є актуальним в межах даного дослідження.

Як зазначають аналітики Міжфракційного депутатського об'єднання “На захист порушених конституційних прав громадян та проти політич-

них репресій “Заборонено забороняти”, проблеми з дотриманням прав і свобод людини та громадянина в Україні довгий час були об’єктом критики багатьох правозахисних інституцій, міжнародних організацій та західних політичних лідерів. І хоча саме належне ставлення до прав людини було однією з вимог масових протестів 2013-2014 років, на жаль, і досі не всі проблеми із захистом прав людини у нашій державі залишаються вирішеними. Перш за все, збройний конфлікт на території України призвів до того, що систематичні порушення основних прав і свобод стали постійним явищем на окупованих територіях — в Криму та на Сході України. Крім того, хоча нова українська влада здійснила ряд кроків, спрямованих на підвищення рівня гарантування прав людини (зокрема, ініціювання змін другого Розділу Основного Закону України в рамках конституційної реформи), деякі аспекти правозахисної діяльності так і лишились нереформованими. Зокрема, все ще зберігаються порушення особистих та майнових прав людини, права на справедливий суд. Невирішеною є проблема внутрішньо переміщених осіб, учасників АТО. Актуальним також є питання порушень прав людини з огляду на так звану “революційну доцільність” чи “військову необхідність”. На жаль, маніпулювання суспільною думкою для тиску на політичних опонентів стало звичною справою. При цьому презумпція невинуватості повністю ігнорується, а думки громадськості часто достатньо для публічного визнання людини винною у певних діях чи бездіяльності [3].

На нашу думку, саме глибока криза, викривлення, деформації правосвідомості українського суспільства як на масовому, так і на елітарному його рівнях є тим наріжним каменем, який закладає “фундамент” наведених вище видів порушення прав і свобод людини в сучасній Україні.

Термін “деформація” в перекладі з латинського означає “викривлення”. У правознавстві термін “деформації правосвідомості” вживають для позначення стійких змін у психіці суб’єкта, які пов’язані з його негативним ставленням до права та зазвичай спричиняються до неправомірної поведінки. Провідні вітчизняні вчені розуміють деформації правосвідомості як викривлення уявлень про цінність права, як дефектну правосвідомість, що є антиподом високої правової культури. Ю. Калиновський виокремлює низку загальних ознак деформацій суспільної правосвідомості: будь-яка деформація правосвідомості є негативною за своєю соціально-правовою природою і становить загрозу для суспільства; деформацію правосвідомості можна виявити лише тоді, коли у суспільстві існують усталені критерії нормальної (недеформованої) правосвідомості; деформація правосвідомості не виключає у її носіїв наявності

певних правових поглядів, ідей, уявлень; деформація правосвідомості характеризується негативним ставленням її носіїв до діючого права, правосуддя та законності. Тобто, “деформованою” загалом вважається правосвідомість, яка не узгоджується із суспільним ідеалом.

Деформації правосвідомості, з погляду дослідників, можуть мати і специфічні (для окремих соціальних груп) ознаки. Зокрема, науковці піддають аналізу деформації професійної правосвідомості юристів. Є. Шевченко та М. Черкес під професійною деформацією розуміють нерозривний процес розвитку двох взаємопов’язаних психологічних феноменів, обумовлених оволодінням і зайняттям певним родом діяльності: безконтрольних негативних змін у структурі особистості, що проявляються, насамперед, у характерологічних особливостях, протіканні психічних процесів, емоційному відображенні дійсності; свідомих відхилень у структурі особистості, які дістають вияв в основному при виконанні функціональних обов’язків і призводять до порушень установлених у суспільстві морально-етичних і правових норм [5]. Щоправда, згадані дослідники не розмежовують поняття “професійна деформація правосвідомості” та “професійна деформація особистості”, які, вочевидь, — і ми погоджуємось з даним твердженням, — не тотожні за змістом.

Прогаლიною у сфері дослідження деформацій правосвідомості, як вважає В. Петров, є недостатня розробленість у теоретичному правознавстві поняття “норми правосвідомості” (при цьому, він зауважує, що визнання нормативності правосвідомості не тотожне визнанню існування її “норми”, — *Авт.*), що призводить до дискусій навколо проблеми деформацій (“ненормальності”) правосвідомості, адже існують логічні підстави розглядати поняття “норма” і “деформація” правосвідомості як парні категорії юридичної науки.

Як зазначає дослідник, у соціально-психологічному вимірі згадана проблема виявляється в тому, що поряд з визнанням глибинних деформацій правосвідомості певного соціуму (наприклад, українського чи російського), її нерозвиненості чи, навіть, неповноцінності, у громадській і науковій думці можна зустріти заперечення проти реальності таких деформацій, котрі ґрунтуються на тезі про самобутність власної нації, її культурно-антропологічну неповторність.

З методологічного погляду не позбавленими сенсу видаються міркування про умовний характер поняття “нормальної правосвідомості”, оскільки кількісно та якісно виміряти її параметри у конкретного індивіда — доволі проблематичне завдання. Оцінка ж стану правосвідомості на основі спостереження актів об’єктивованої поведінки особи ґрунту-

ється на непрямих доказах, що є непевною основою для узагальнень [1]. Отже, погоджуємось з В. Петровим, цілком надійних і формалізованих критеріїв визначення “нормальності” правосвідомості традиційними методами юридична наука, на жаль, сьогодні ще не має.

За словами В. Сировацького, найповніше деструкція правосвідомості (*Прим. авт.*: на нашу думку, доцільніше називати це негативне явище все ж таки деформацією) відображається саме у поведінковому компоненті — скоєнні правопорушень, вчиненні злочинів як формах вираження протиріччя між суспільством та особистісною правосвідомістю, у нівелюванні права. Тим більше, що з-поміж основних причин деструкції правосвідомості слід наголосити на правовій політиці держави. Певною мірою кожний із правових актів відображає ту чи іншу модель соціальних відносин у загальній системі суспільної взаємодії. Це безпосередньо впливає як на процеси внутрішньодержавного розвитку, так і на етноментальні процеси формування правосвідомості [2].

Як зазначають дослідники, деформація правової свідомості, як надзвичайно гостра суспільна проблема, практично поділила соціум на три категорії. До першої належать особи, які взагалі не довіряють законодавству, державним органам влади. На їх думку, нормативно-правові акти не мають жодного значення та не мають ніякої юридичної сили. Така категорія осіб не вважає за потрібне ознайомлюватися з ними та використовувати у своєму щоденному житті. Друга частина населення — це особи, які перевищують значення законів, ставлять їх понад усе. Вони не мають власної думки і вважають, що всі їх проблеми можливо вирішити лише за допомогою права. І остання група нашого суспільства — це люди, які байдуже ставляться до права, до законодавства країни, їм все одно, які зміни відбуваються в суспільстві та державі, як функціонують органи державної влади, які закони приймаються [4]. Вважаємо, що основне життєве кредо останньої категорії українців — “моя хата з краю — нічого не знаю” (мова йде саме про загальновідомий і, на жаль, деформований варіант такого відомого українського крилатого вислову: “моя хата з краю — ворога першим стрічаю”).

Тож, на нашу думку, глибинні причини виникнення деформацій правосвідомості і, як їх наслідку, — порушення прав і свобод людини криються не стільки в об’єктивних, а, радше, в суб’єктивних, психологічних факторах.

Дослідженням цієї проблематики займалось не так багато науковців. Серед них слід виділити таких, як О. Власюк, О. Дробницький, В. Жел-

това, Ю. Калиновський, В. Крисаченко, С. Максимов, О. Скакун, М. Степико та ін. Перелічені дослідники виділяють низку етноментальних особливостей, які мають вплив на формування правосвідомості українців, а також можуть спричинити появу у ній різноманітних деформацій. Проаналізувавши наукову літературу у цій галузі, ми згрупували ці особливості та бачимо їх так:

- по-перше, це — миролюбивість, низький рівень ксенофобії та толерантність до інших національностей, народностей, віросповідань і т. п. Це, з одного боку, сформувало “мирну”, неагресивну правосвідомість українця і, в той же час, на нашу думку, призвело до вкорінення та поширення такої деформації правосвідомості, як правовий інфантілізм, спричинило певний романтизм у розумінні і ставленні до права;

- по-друге, емоційність та образність правосвідомості, що знайшли своє вираження у фольклорі за допомогою приказок, прислів'їв, анекдотів, повчальних історій з життя на правову тематику тощо. Як приклад можна навести такі прислів'я: “Закон — як дишло...”, “Закони добрі, та судді лихі”, “В своїй хаті — своя правда”, “У ворон — воронячий закон”, “Коли карман сухий, то і суддя глухий” і т. п. Як бачимо, наведене свідчить радше про деформованість правосвідомості, поширення правової демагогії в українському суспільстві, оскільки образ права і закону у переважній більшості прикладів показаний у негативному ракурсі;

- по-третє, “індивідуальний пошук” справедливості. Українець, на жаль, мало організовується, комунікує, не шукає одностумців, більш схильний до індивідуалізму. Це, на наш погляд, пояснюється тим, що у нашій державі дуже короткий період часу діяло магдебурзьке право, а славні традиції Київської Русі, козацького братерства були заглушені тисячолітніми поневоленнями та спецопераціями із знищення нації, переродження людей у “гвинтики” системи, штучним насадженням колективної безвідповідальності;

- по-четверте, двоїсте ставлення до закону: з одного боку — суспільні вимоги до можновладців щодо встановлення справедливих законів, а з іншого — відсутність чітких внутрішніх імперативів до їх виконання. Вважаємо, що це пояснюється наївно-романтичним баченням влади як “доброго царя, який прийде і вирішить усі проблеми” через переважання “емпіричної” правосвідомості, орієнтації у виборі не на програми і механізми, а на харизму лідера, релігійність українців, які бачать владних мужів як мойсеїв, які, врешті-решт, виведуть нашу державу на правильний шлях. Це породжує перекладання проблем закону на “плечі” влади, формування пасивної правової установки, яка вже нами згадува-

лась, — “моя хата з краю”, що, відповідно, породжує і негативні явища правового нігілізму, інфантилізму та дилетантизму.

Наведене висвітлює лише найзагальніші етноментальні риси українців, які, на нашу думку, теж є тими наріжними каменями, на яких будується правосвідомість вітчизняного суспільства. Існує й безліч інших ментальних рис, особливостей, якостей, які, так чи інакше, впливають на правосвідомість, формують її види та типи, негативні та позитивні тенденції тощо. Однак, це — тематика подальших і ґрунтовніших досліджень даних феноменів.

Отож, як вже зазначалось, у наш час, час інформаційного суспільства та новітніх технологій, проблеми деформацій правосвідомості громадян нашої держави, порушення прав і свобод людини в Україні набули особливої гостроти. Незважаючи на поступове утвердження інститутів громадянського суспільства, рівень поваги до права, знання правових норм, виконання їх приписів, на превеликий жаль, залишається вкрай низьким. Більшість українців скептично ставиться до права як можливості та інструмента захисту, втратила віру у його основоположні принципи — справедливість, об’єктивність, доступність тощо. Наслідки деформацій правосвідомості — порушення прав людини, корупція, недосконалість та неефективність чинного законодавства, “війни” законів і повноважень — гальмують подальші демократичні перетворення та реформи у нашій державі. Саме тому питання деформацій правосвідомості українського суспільства, їх впливу на проблему порушення прав і свобод людини і, взагалі, на увесь державотворчий процес у нашій країні й, що найважливіше, — шляхів подолання цих негативних явищ, є надзвичайно актуальними для сьогодення та потребують подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел

1. Петров В. Р. Деформация правосознания граждан России: Проблемы теории и практики / дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. Р. Петров; Нижегородская академия МВД РФ — Нижний Новгород, 2000. — 222 с.
2. Сировацький В. І. Деструкція правосвідомості та шляхи її виправлення як об’єкт філософсько-правового аналізу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / В. І. Сировацький; Львівський державний університет внутрішніх справ — Л., 2013. — 18 с.
3. Загальна характеристика стану дотримання прав і свобод людини в Україні / [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://forbiddentoforbid.org.ua/uk/prava-lyudini-v-ukraini-2015-rik/>

4. Пінська О.С. Деформація правової свідомості та її класифікація / О.С. Пінська // Право і Безпека.— 2011.— № 1.— С. 54-58 [Електронний ресурс].—Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2011_1_12.
5. Гладкий С.О. Деформації правосвідомості у контексті правового самопізнання / С.О. Гладкий // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія: Право.— 2014.— № 1137, вип. 18.— С. 22-25 [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhIPR_2014_1137_18_6.

ПРАВА ЛЮДИНИ У МАСШТАБІ МІЖНАРОДНОЇ ПОЛІТИКИ

В. Омельченко

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
м. Київ, вул. Володимирська, 60, e-mail: victoria.omelchenko@bigmir.net*

Розмисли про права людини розпочнемо із апеляції до фундаментальних і широко відомих нормативно-правових статутів якими є: Французька Декларація прав людини і громадянина 1789 р. та Віргінський Білль про права 1776 р., які проголошують та утверджують засадничі, основоположні та «хрестоматійні» постулати щодо прав людини. Не зважаючи на те, що ідея прав людини була сформульована ще в далекому XVII ст. Дж. Локом своє інституційне оформлення та нормативне значення вона отримала лише у XX ст. ставши індикатором людяності. Так, 10 грудня 1948 року, Генеральна асамблея ООН прийняла Загальну декларацію прав людини. У Преамбулі до якої чітко зазначено, що варварський досвід Другої світової війни був тим рішучим поштовхом до проголошення «прав людини як спільного ідеалу, якого мають прагнути усі народи і нації» [1, с. 15]. Останній документ зафіксував зміст права і аксіології, став своєрідним нормативно-ціннісним компасом цивілізаційного вибору розумного світового співтовариства, що має універсальну значущість у царині публічної політики. Однак, публічна політика не завжди тотожна реальним діям, адже слова не завжди підкріплюються справами. Не безпідставно, можна твердити, що публічна політика деяких країн є імітацією такого цивілізаційного вибору і жодним чином не відображає європейські цінності. Сучасний відкритий світ характеризується таким ефектом «симулякру»/імітації (Ж. Бодріяр) і позначається хронічним «конфліктом інтерпретацій» (П. Рікер), коли ті, хто здійснюють теракти водночас їх і засуджують. Тонка, дипломатична мова провідних міжнародних інституцій, зокрема таких як Рада Безпеки ООН перетворюється на символічну, що лише стримано засуджує сам факт насилля без вказівки на адресата. Попри наростання загроз у глобальному і континентальному світі, самоочевидних проблем з безпекою, які б мали згуртувати розумне співтовариство, ми, навпаки, бачимо, що посилюється поляризація світу на свій/чужий, на варварський/розумний, а вирішення конкретних питань щодо забезпечення прав людини є досить хитким. Підтвердження чого знаходимо у царині міжнародної політики. Це і вихід Великобританії з Євросоюзу (Brexit) і зростання рейтингу крайньо пра-

вих партій, зокрема партії «Народний фронт» (фр. Front National), яку очолює Марін Ле Пен, що будує свою передвиборчу риторику всупереч загальним положенням як європейських цінностей так і на грані норм міжнародного права. Такі тенденції є дійсно загрозливими, адже вони підсилюють тенденцію до «мурування кордонів», а не побудови ефективного діалогу. Звичайно залишається відкритим питання, що переможе у сучасному світі цінності чи приватні інтереси? Ідея чи амбіції, що підживлюються зростанням рейтингів? Формулювання такого риторичного питання ще більше переконує нас у тому, що у сфері міжнародної політики, міжнародного права, які є ціннісно-ідейним/аксіологічно-ейдетичним муром безпеки світового порядку не можуть домінувати одні лише інтереси. Пригадаймо, Рудольфа фон Ієринга (1818-1892), який визначав право як поле боротьби інтересів проти тих, хто намагається зберегти монополію власних приватних інтересів. Звідси, Р. Ієринг висновує, що наша готовність захищати право виявляє нашу правову зрілість і є індикатором якісного поступу нації. Саме в боротьбі за право загартовується правове почуття, правова відповідальність. Варто відзначити, що захист права, боротьба із свавіллям та правовим нігілізмом є «заповіддю морального самозбереження — обов'язком відносно суспільства», який набуває свого всезагального значення [2, с. 24]. Неготовність встати на захист права тотожна моральній індиферентності. Відтак, Р. Ієринг поруч з інтересом залишав місце і для ентузіазму, дискурс міжнародної політики, діалог про права людини має виходити не з інтересу, а з такого ідейного ентузіазму, що визначає стратегію розумного цивілізаційного вибору. Відповідно, в межах даної розвідки ми розглядатимемо питання прав людини у контексті викликів міжнародної політики. На нашу думку, зовнішньополітична діяльність є перш за все мистецтвом діалогу з Іншими виходячи з принципів рівності, толерантності, взамовизнання, що досягається завдяки загальноновизнаним і уніфікованим принципам, нормам та положенням міжнародного права. Даний умовивід є нічим іншим як переінтерпретацією 18 статті Конституції України, що окреслює мету зовнішньополітичної діяльності України [3]. Сенси якої, в свою чергу обумовлені Віденською конвенцією про дипломатичні зносини (від 18 квітня 1961 р.) в якій закріплені принципи суверенної рівності держав та визначена сумісна мета усього розумного світового співтовариства як досягнення міжнародного миру і безпеки. Безперечно, що останні події у царині світової політики красномовно свідчать на користь того, що мир регіонального масштабу є основою безпеки глобального порядку. Так, О. Пасхавер [4] аналізуючи історичні процеси

XX ст. та їх політичні наслідки для сьогодення зважає не те, що в Європі було шість великих імперій: Британська, Французька, Германська, Австро-Угорська, Російська і Османська. Кожна з яких розпалася і не намагалася відновитись. Що свідчить про те, що кожна з них здійснила перегляд своїх цінностей і рішуче боролася з синдромом імперського мислення. Така ситуація створила передумови хиткого миру світового порядку, який є закріплений в вище наведених нормативних положеннях. Однак, останні події учасниками і активними спостерігачами яких ми є красномовно свідчать про спробу відновлення імперських нахилів Росії у XXI ст. не зважаючи на те, що усе світове співтовариство згуртувалося довкола цінності миру і безпеки. Для того, аби досягти такої мети, слід обрати найефективніші засоби, якими є побудова мережі діалогу, «мовної гри» (термін Л. Вітгенштайна) та перекладу однієї культури на іншу. Разом з тим такий рівень діалогу взаєморозуміння починається лише з моменту визнання співрозмовником «правил гри», що є ознакою його «цивілізованості». Такий перелік «правил гри» виявляється принаймні у вигляді уніфікованої системи права, дотриманні прав і свобод людини, забезпеченні соціальних гарантій громадянина. У даному аспекті базових принципів і головно соціальних цінностей і функціонують «Amnesty International», «Venice Commission», мета останньої — впровадження демократії через право, що досягається, завдяки впровадженню уніфікованої системи міжнародного права засобом таких критеріїв як приведення регіональних державних інституцій до високих стандартів європейського порядку. Звідси, очевидно, що право — це не просто диктатура норм і імперативів кодексів, але й ціннісний компас, що об'єднує усе розумне світове співтовариство. Адже, чим є принципи свободи та рівності виголошені ще в далекому 1791 р. на сторінках Конституції Франції? Вони є нічим іншим як ідейним смислом, ціннісним ядром, що втілюється у життя завдяки механізму норм і положень уніфікованої правової системи.

Ми переконані, що право, яке слід розширити наративом культури є офіційною мовою міжнародної політики. Ми вважаємо, що право і культура взаємообумовлюють одне одного і створюють «картину світу». У даному контексті перед нам розгортається ще одна дилема, що потребує критичного аналізу. Що ж таке «культурні війни» та в чому полягає відмінність між зіткненням «картин світу» Чужих та Інших? Ми переконані, що право як і інші інституції державного устрою віддзеркалюють смисли культури. Які в свою чергу формують певні «фрейми», себто рамкові конструкції культури мислення, культури сприйняття та культури

ри переконань. Це звичайно не означає, що кожна із соціальних ланок пише свою історію ідентичностей, але безперечно, що зріз культурних нашарувань знаходиться десь на рівні підсвідомого і передається у спадок наступним поколінням через звичаї та традиції. Пригадаємо Е. Гусерля [5], який називав таке непроблематичне, некритичне сприйняття культури, традицій, і разом з цим передсудів — станом «природної настанови», яку можна подолати засобом феноменологічної редукції. Якщо та чи інша держава будує свою «культурну картину» світу як локальну, гомогенну, себто ізольовану, то відповідно і сприйняття відмінного «культурного світу» завжди буде Чужим, і викликати лише реакцію захисту свого «регіонального культурного світу» усіма можливими засобами. За таких умов зовнішня політика держави зводиться до монологу абсолютних цінностей, що веде до замкненого кола боротьби з чужинцями, при чому такий рецидив боротьби нездоланий. Якщо ж ми будемо світ міжкультурних цінностей, то це означає що ми готові чути голос Інших, а не чужих «картин світу», тобто ми готові до діалогу, до «мовної гри» (термін Л. Вітгенштайна), комунікації. Наша мета — досягнути «розуміння» (мовою Г. Гадамера), задля чого ми готові працювати над перекладом однієї культури на іншу, над діалогом культур, що є базовою умовою розумного співіснування з Іншими на засадах толерантності і взаємовизнання. Мова консенсусу чи аргумент сили? Що ж переможе у сучасному світі? Таким дискусійним питанням ми продовжимо виклад наших тез. Звернемося до аналізу статті Ф. Фукуями «Головування культури» [6] в якій до числа найбільш імовірних супротивників демократії сьогодення і майбутнього зараховуються «громадянське суспільство» і «культура», розвиток яких є взаємообумовленим. Демократія, за Ф. Фукуямою ґрунтується на чотирьох рівнях: 1. «ідеології» (нормативні переконання); 2. «інституцій» (конституції, система судочинства, партійна система, ринкові структури та політична боротьба за таку винагороду як легітимність); 3. «громадянського суспільства» (стихийно створені соціальні структури, що функціонують в межах політичних інститутів, але поза державою); 4. «культури» (від сім'ї до релігії та моральних цінностей) [6]. Саме культура є індикатором поступу громадянського суспільства і від неї залежить ефективність функціонування демократичних інститутів в цілому. Звідси, цілком очевидно, що «конфлікт інтерпретацій» із яким доведеться зіштовхнутись ліберальній демократії виникне на рівнях «громадянського суспільства» і «культури». Ф. Фукуяма цілком слушно вказує, що труднощі, що впливають на якість і безпеку життя у сучасних демократичних державах спричиню-

ють соціальні і головно культурні відхилення від норми, які, за оцінкою дослідника, знаходяться поза межами можливостей інституційних рішень, тобто за межами державної політики [6]. Гострим і екзистенційно трагічним прикладом зіткнення «культурних цивілізацій» є питання етнічних конфліктів і міграції, що значно видозмінюють політичну карту ще донедавна традиційних устоїв демократії. І трансформують дискурс від цінностей міжкультурного плюралізму до радикалізму крайніх правих переконань. Така зміна політичних настроїв і електоральних вподобань на мові культури перекладається як відповідь агресії на агресію і все більше набуває рис «замороженого культурного конфлікту» сьогодення. Ф. Фукуяма зазначає, що хоча «фашизм, іслам, необільшовізм» і не стануть глобальними ідеологіями, але нарощуватимуть свій потенціал у локально-регіональному вимірі [6]. Функціонування державних інституцій тримається на дієвості соціальних цінностей, що не лише віддзеркалюються у переконаннях її носіїв, але й відтворюються у їх щоденних практиках. До числа базових соціальних цінностей належить: свобода, межі якої обумовлені «категоричним імперативом» і унеможливають свавілля обраних, відповідальність, а також права — обов'язки, які і започатковують діалог довіри та сприяють якісному поступу політичної культури. Цілковито, очевидно, що жодна світоглядно-ціннісна модель не може набути граничної підстави свого обґрунтування, бути абсолютною, вичерпаною. Ми маємо зважати на те, що джерело цінностей складають не лише позитивні сенси, а й передсуди. Свідченням чого є вітчизняна історична картина, яка переобтяжена низкою радянських кліше, радянського символізму. І хоча перші кроки на шляху до декомунізації вже зроблені, однак вони не мають обмежуватись стихійним поваленням гранітно-монументальних пам'яток минулого. А й виходити на рівень якісного поступу цінностей як системи переконань і практики дій. Відповідно, еволюція цінностей має бути зумовлена не лише природним поступом, але й бути цілеспрямованою засадою розвитку соціально-гуманітарної стратегії сучасної України, розумним постулатом її зовнішньої політики. У даному контексті варто пригадати слова виголошені ще в 1861 р. М. Костомаровим у роботі «Дві руські народності», що «українці — народ глибоко демократичний», якому близькі дух терпимості та толерантності [7, с. 38]. Ці слова-сенси слід враховувати як в межах внутрішньої політики так і в контексті зовнішньої політики України. Наразі повернімося до вивчення природи прав людини. Так, Георг Ломанн твердить, що тема прав людини є досить дискусійною, адже як можна напрацювати універсальні норми для азійських

і ісламських країн та поєднати їх з цінностями західно-ліберальної традиції. Цей стан відкритих дискусій характеризується тим, що виникають суперечки та протиріччя «між офіційною риторикою декларацій і конвенцій щодо прав людини й мірою реального реагування на них» [8, с. 59]. Г. Ломанн досліджуючи розмаїття трактувань теми прав людини звертається до І. Канта, який стверджував, що право належить кожній людині «в силу її людськості» і більше того у людини є те первинне право, яке є вродженим [8, с. 71]. За оцінкою, Вольфганга Шлухтера, І. Кант бачив людину як «animal rationale, розумну природну істоту» [9, с. 249]. Оскільки, І. Кант беззастережно вірив у силу людського розуму, то вважав, що людство має збагнути, що будь-яка війна щомиті може перетворитись у винищувальну, яка знищить усіх, і саме право і «приведе до вічного миру лише на гігантському кладовищі людства» [10, с. 264]. Якщо, вже так склалося, що розпочалася війна, то інші країни мають дотримуватись кодексу честі, відповідно «державні борги не мають використовуватись для зовнішньополітичних справ» [10, с. 262]. Для того аби не було війн треба встановити гарантії миру, які він вбачав у своєрідному об'єднанні країн у «союз світу». І вважав, що кожна країна має пройти такий шлях усвідомлення, бо це і є властивістю розумної людини і відмовитись від дикої свободи на користь загальних уніфікованих правил, які будуть запорукою миру і безпеки. І. Кант вбачав у цьому акт соціальної адаптації до публічних законів, який позначається утворенням — «держави народів».

Продовжуючи дослідження питання прав людини зазначимо, якою є їх природа, якими вони є вродженими чи набутими? У нагоді нам стане робота «Спір про права людини» Ернеста Тугендгата [11], який говорить що природні права аж ніяк не є вродженими, ми не є рівними від народження і жодні права нам не даються в дар і не передаються у спадок. Права людини як і усі інші є набутими, і «їх надання є частиною легітимного державного устрою» [11, с. 48]. Функцію держави мислитель зводить до надання, забезпечення і гарантування прав людини, більше того державний устрій в якому вони відсутні або порушені автор називає нелегітимним. Відповідно, підставою існування і дотримання прав людини, за Е. Тугендгатом є поняття легітимності. В даному контексті знову звернемось до І. Канта, який стверджував, що держава відносно людини може застосовувати примус і різні норми імперативно-атрибутивного порядку, але у людини має залишатися право на те аби з'ясувати підставу правочинності та легітимності того чи іншого рішення. Відповідно, І. Кант поруч із вимогою підкорення державному механізму боронить й

межі людських прав, а саме вимогу розумної людини збагнути наскільки той чи інший вид примусу є правочинним. Людина, яка має сміливість послуговуватись власним розумом, здатна пізнати природу цієї правочинності. Більше того, на сторінках роботи «Відповідь на питання: Що таке Просвітництво?» (1784) І. Кант наголошує на можливості публічно послуговуватись власним розумом щодо осмислення законодавств і висловлювати свої думки щодо його удосконалення [12, с. 34], застосовуючи свою здатність критичного судження у конструктивній формі. Так, до пріоритетних прав народу належить — свобода друкованого слова, яка є єдиним «паладіумом» прав народу. Але у кожній свободі мають бути межі, аби вона не перетворилася на свавілля, і ці межі у філософсько-правовій концепції І. Канта є розумними. Зрештою, І. Кант твердить, що повага до права є безумовним обов'язком, більше того: «право людини має вважатися священним, яких би жертв це не коштувало пануючій владі» [10, с. 302]. Таким чином, І. Кант намагається обґрунтувати апріорну значущість правових принципів та проілюструвати спосіб застосування даних принципів щодо правової емпірії. Ернест Тугендгат вбачає підставу легітимності в джерелі моральних уявлень або задоволенні інтересів індивідів. І тут постає питання, чи залежать права людини від форми правління? На яке Ернест Тугендгат відповідає ствердно, адже вважає, що «перехід до демократії слід розглядати як вирішальний крок, коли легітимність політичної влади перестає бути заданою індивіду традицією і починає вибудовуватись на волі самих індивідів» [11, с. 50]. Демократія говорить, що свобода не є даром трансцендентного походження, за неї треба боротися, громадяни мають набути своєї суб'єктності і стати активними учасниками, що впливають та контролюють суспільно-політичні інституції. Навіть, така дієва демократія не є для Ернеста Тугендгата самодостатньою підставою реалізації прав людини. Єдиним орієнтиром в питанні легітимності є врахування інтересів усіх і ефективна правова система. Більше того, «правовий простір і має створити для кожного індивіда легітимний державний устрій, який є не тільки вільним простором, а й власним простором для саморозгортання та розвитку» [11, с. 55]. Таким чином, права людини можуть бути реалізованими лише в правовій державі, яка є такою не номінально, а фактично. Якщо, немає такої правової системи то й права людини починають носити привілейований, тобто кастовий характер. Перш за все, права людини є мережею соціальних прав і свобод, а саме: правом на незаангажоване правосуддя, правом на працю, дотримання гідності і рівності розподілу ресурсів і забезпечення базових потреб. Розгортаючи питан-

ня про демократію як базову умову дотримання прав і свобод людини, звернемось до розмислів Ернста-Вольфганга Бьокенфьорде, який трактує демократію як форму державного ладу, згідно якої, джерелом влади є народ, який водночас є і джерелом легітимності влади, адже саме громадяни «конституують, легітимізують та контролюють владу» [13, с. 166]. Демократія тримається на дотриманні спільних правил гри, на домінуванні компромісів. «Насправді, наявність поділу влади та контролю над владою, зокрема незалежність суду, є необхідною умовою дійсної значущості прав людини» [13, с. 170]. Насамкінець, спираючись на, Роберта Алексі, наведемо певну типологію ознак прав людини. До яких належать такі як: 1. універсальність; 2. моральна значущість; 3. фундаментальний характер (задоволення фундаментальних інтересів і потреб); 4. пріоритетність (щодо позитивного права); 5. абстрактність (право на свободу межі якої не встановлені і є таким прикладом абстрактності) [14, с. 174]. Без адекватних і ефективних інституціональних форм права людини залишаються абстрактним міфом. «Демократична правова держава так само, як і формальна правова держава, є необхідною умовою для інституціоналізації прав людини», хоча це і не є самодостатньою підставою, а є лише тим мінімумом необхідної легітимності [14, с. 186]. Ефективне функціонування соціальних інституцій є базисом розвитку розумного суспільства.

Безперечно, що норми міжнародного права, права людини є уніфікованими та єдиними для усього людського роду, однак останні події у світовій політиці ілюструють, що еволюція правової культури ще й досі триває. Отже, умовою реалізації, дотримання і забезпечення прав людини є встановлення правової демократії, а мовою міжнародної політики є право, діалог багатоголосся, а не деспотія і монолог обраних. Сучасна ж міжнародна політика є ареною боротьби між варварською свободою та свободою розумною, між свавіллям обраних та ціннісно-нормативними засадами уніфікованого міжнародного права, які не мають географічних меж і регіональних кордонів, але, на жаль, уповільнюються «хиткими» експериментами відновлення «імперій» у XXI ст. Що вказує на те, що уніфікована правова система, як і «ідея вічного миру» І. Канта не є самою дійсністю, а є ідеалом до якого ми прагнемо, регулятивною ідеєю, дороговказом з позиції вічних начал розуму. Разом з тим цілком очевидно, що якість освіти, потенціал людського капіталу, здобутки просвітництва розуму і культури, цінності демократії мають перемогти силу зброї та деспотизм авторитарної «істини». В протилежному випадку, якщо розумному співтовариству світу не вдасться досягти нехай не вічного,

але, хоча б хиткого миру, то воно опиниться на «гігантському кладовищі людства» (мовою І. Канта). Така боротьба за свободу, гідність, цінності людства і є метою, завданням і призначенням зовнішньої політики України як частини розумного світового співтовариства.

Список використаних джерел

1. Ломанн Г. Вступ [Текст] // Філософія прав людини.— За заг. ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна.— Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2008.— 320 с.— С. 15-31.— (с. «Зміна парадигми»; Вип.13).
2. Иеринг Р. Борьба за право [Текст] / Р. Иеринг.— Пер. с нем. П. П. Волкова.— М.: Тип. Грачева и К^о. 1874.— 78 с.
3. Конституція України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>
4. Пасхавер А. С нашими нынешними ценностями мы не можем быть богатой страной [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://reinvent.platform/aleksandr-pashavert/>
5. Husserl, E. Philosophie Als Strenge Wissenschaft [Text] / Edmund Husserl.— Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2009.— 140 s.
6. Фукуяма Ф. Главенство культуры [Электронный ресурс] / Фрэнсис Фукуяма.— Режим доступа: <http://old.russ.ru/journal/peresmot/97-07-14/fuku.htm>
7. Костомаров М. Дві руські народності [Електронний ресурс] / М. Костомаров.— Пер. О. Кониський.— Київ-Лайпціг: 1920.— Режим доступу: <http://ukrclassic.com.ua/component/attachments/download/1005>
8. Г.Ломанн. Права людини між мораллю та правом [Текст] // Філософія прав людини.— За заг. ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна.— Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2008.— 320 с.— С. 59-76.— (с. «Зміна парадигми»; Вип.13).
9. Культурні цінності Європи [Текст].— За ред. Г. Йоаса і К. Вігандта.— Пер. з нім.— К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2014.— 552 с. (Бібліотека Європейського Форуму).
10. Кант И. К вечному миру [Текст] / И. Кант // Сочинения а шести томах.— Т. 6.— М.: Мысль, 1966.— С. 257-309.
11. Тугендгат Е. Спір про права людини [Текст] // Філософія прав людини.— За заг. ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна.— Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2008.— 320 с.— С. 48-58.— (с. «Зміна парадигми»; Вип.13).
12. Кант И. Ответ на вопрос: что такое Просвещение? [Текст] / И. Кант // Сочинения а шести томах.— Т. 6.— М.: Мысль, 1966.— С. 25-35.

13. Бьокенфьорде Е.-В. Чи є демократія необхідною вимогою прав людини? [Текст] // Філософія прав людини.— За заг. ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна.— Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2008.— 320 с.— С. 163-171.— (с. «Зміна парадигми»; Вип.13).
14. Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі [Текст] // Філософія прав людини.— За заг. ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна.— Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2008.— 320 с.— С. 172-189.— (с. «Зміна парадигми»; Вип.13).

ОБМЕЖУВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК НЕОБХІДНА СКЛADOVA ПРОБЛЕМАТИКИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

О. Панкевич

*Львівський державний університет внутрішніх справ,
м. Львів, вул. Городоцька, 26, e-mail: pankevych9@gmail.com*

Глибокі трансформаційні процеси, що відбуваються у суспільному житті України, зумовлюють необхідність докорінного оновлення її правової системи, починаючи від проблем праворозуміння й завершуючи питаннями вдосконалення форм вираження права. Саме тому останніми роками все більша увага приділяється, зокрема, дослідженню різних аспектів одного з фундаментальних принципів, закріплених Конституцією нашої держави, – принципу верховенства права. Від його реалізації значною мірою залежить ефективність та справедливість правового регулювання суспільних відносин, рівень забезпеченості прав і свобод людини та громадянина. До того ж, дотримання цього принципу є необхідним стандартом, важливою передумовою успішного втілення в життя євроінтеграційних прагнень Української держави.

З іншого боку, як зазначав Р. Дворкін, «в основу верховенства права закладено парадокс. Цей ідеал вимагає визначеності і засуджує неоднозначність у праві. Утім водночас він сам значною мірою є невизначеним і неоднозначним¹. Послідовні прихильники виявилися замкнутими у великих розбіжностях щодо того, чим у дійсності є верховенство права» [3, с. 15].

¹ Незважаючи на ці слушні міркування, все ж не можна повністю погодитися з категоричністю тверджень, які час від часу з'являються на сторінках вітчизняних наукових видань, на кшталт «намагання сформулювати дефініцію поняття «верховенство права» не є доцільним, адже поняття верховенство права постійно наповнюється новим змістом» [1, с. 64]. За такою логікою можна проголосити недоцільними навіть спроби формулювання *будь-яких дефініцій*, скажімо понять «право», «правова держава», «соціальна держава» та інших категорій загальної теорії права та держави, адже всі вони «постійно наповнюється новим змістом»!

З іншого боку, формулювання відповідних дефініцій справді є складним завданням. Дозволю собі образно порівняти гранично загальні поняття з небосхилом (обрієм, горизонтом): скільки не наближайся до нього, — «схопити» не вдасться (недаремно і П. М. Рабінович називає верховенство права «ідеальним правовим дороговказом» [2, с. 22]).

Проте, при усіх згаданих розбіжностях, аксіоматичним видається положення про те, що невід'ємним елементом феномену верховенства права (як явища та й поняття) є інститут основних прав та свобод людини¹. При цьому реальне та ефективне здійснення останніх видається неможливим без чіткого та оптимального (у тих чи інших конкретно-історичних умовах) встановлення меж їхньої реалізації. Як слушно зауважує П. М. Рабінович, «сучасна, новітня історія людства є історією боротьби саме за межі прав людини (а конкретніше — за юридичне закріплення та юридичну інтерпретацію таких меж)» [5, с. 8].

Означена проблематика є на сьогодні особливо актуальною в Україні, де «у кризовій ситуації ризики *непропорційного обмеження*² прав і свобод людини зростають, що потребує особливого контролю з боку суспільства» [6].

Проблеми обмеження основних прав особи знайшли певне відображення в працях вітчизняних та зарубіжних науковців: Л. Д. Воєводіна, Д. І. Дедова, Б. С. Ебзеєва, В. П. Камишанського, Г. М. Комкової, Н. М. Колосової, В. В. Лапаєвої, О. В. Малька, М. Ф. Орзіха, І. М. Панкевича, В. Ф. Погорілка, С. В. Пчелінцева, П. М. Рабіновича, С. П. Рабіновича, В. С. Устинова, А. Є. Стрекалова, Ю. М. Тодики, А. О. Четверикова, І. Д. Ягофарової та ін.

Однак у вітчизняній науковій літературі практично відсутні дослідження проблеми обмежування прав саме з філософсько-правових позицій. Відтак спробуємо певним чином заповнити вказану прогалину.

Рецепти вирішення будь-яких складних правових проблем мають певне філософське підґрунтя (інколи не зовсім усвідомлюване навіть самими суб'єктами права). Не є винятком і широка проблематика прав та свобод людини (а, відтак, й невід'ємна та надзвичайно важлива її складова, що стосується питань обмеження останніх), варіанти розв'язання якої детерміновані прихильністю до тієї чи іншої філософської позиції.

При цьому, як вже зазначалося у наших попередніх публікаціях [7-8], однією із найголовніших, визначальних дихотомій для сучасної

¹ Зокрема, слушним є висновок С. П. Головатого про те, що «Європейська Конвенція та практика Європейського Суду, як ніщо інше, переконливо доводять необхідність приймати як аксіому ідею невіддільності *прав людини від верховенства права*: без захищених *прав людини* не існує *верховенства права*, а без *верховенства права* неможливо досягти захищеності *прав людини та основоположних свобод*» [4, с. 28].

² Тут і далі всі виділення за текстом зроблені автором розділу.

західної політико-правової філософії є дихотомія «лібералізм — комунітаризм», *серцевиною* (основою) котрої є протиставлення індивідуального та соціального.

Прикметно, що вперше на законодавчому рівні про обмеження прав людини було зазначено вже в документі, який водночас вперше проголосив власне й самі права людини (цей історичний факт яскраво свідчить про нерозривний зв'язок між цими поняттями та явищами, які вони позначають).

Йдеться про Декларацію прав людини і громадянина (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), прийняту постановою Національних зборів Франції 26 серпня 1789 р. Стаття 4 цієї Декларації (остання є невід'ємною складовою чинної сьогодні Конституції Франції 1958 р.) проголошує: «Свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами. Межі ці можуть бути визначені тільки законом» [9, с. 80].

Гадаємо, це конституційне положення може бути використано як певний додатковий наочний аргумент прихильниками як класичного лібералізму¹ (який, як традиційно вважається, обстоює індивідуалістичний підхід до розуміння прав і обов'язків особи у суспільстві), так й апологетами сучасного лібертаризму [див. 11].

Зокрема, В. В. Лапаєва — одна із яскравих послідовників концепції, що обґрунтовує «розуміння права як загальної форми і рівної норми (міри) свободи індивідів» [12, с. 321], — наголошує: «Позиція лібертарної концепції щодо питання обмеження прав людини полягає у такому: право людини може бути обмежено законом *лише з метою захисту інших прав людини* і лише тією мірою, якою це не порушує принцип формальної рівності при здійсненні цього права. Такий підхід помітно відрізняється від того, який прийнято в практиці конституційного правосуддя та Європейського суду з прав людини. Ця практика, як відомо, виходить з уявлення про те, що права людини можуть бути обмежені

¹ Класик лібералізму Джон Стюарт Міл сформулював «дуже простий принцип, котрий дозволить безумовно управляти діями суспільства щодо індивіда... Цей принцип полягає в тому, що єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, — це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, — це *запобігання шкоді для інших*» [10, с. 19].

для захисту не тільки інших прав людини, але *також й інших цінностей, що виражають спільні інтереси*» [13, с. 105]. Гадаємо, що наведена позиція є надто категоричною і такою, що потребує додаткового роз'яснення. На нашу думку, обмеження в інтересах національної безпеки чи громадського порядку, зрештою, можна розуміти як обмеження «з метою захисту інших прав людини» (зокрема, у цьому випадку — права людини на безпеку).

Власне про необхідність захисту таких публічних цінностей як підставу правообмеження йдеться практично в усіх міжнародно-правових актах та у більшості сучасних конституцій.

Зокрема, в ст. 29 Загальної декларації прав людини (далі — ЗДПЛ) проголошується: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [14].

Дозволимо собі зауважити, що при усій важливості цього положення ч. 2 хибним буде зациклюватися на аналізі лише цієї частини ст. 29 ЗДПЛ (як це часто роблять навіть поважні науковці при висвітленні проблеми обмеження прав людини), ігноруючи інші її дві частини, що разом із вказаною перебувають між собою у нерозривному системно-логічному взаємозв'язку.

Власне, на нашу думку, положення ч. 2 ст. 29 впливає із ч. 1 («Кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи»¹), котра має відчутне комунітаристське «забарвлення». Адже обмеження (і навіть свідоме *самообмеження*) прав можна розглядати, принаймні, з позицій комунітаризму, само по собі — як певний обов'язок людини перед суспільством.

¹ Дещо в модифікованому вигляді це положення відтворено у ст. 23 Конституції України: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості». Зазначимо, що згідно з конституційно-проектними пропозиціями Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, «оскільки чинна ст. 23 визнає наявність у людини обов'язків перед суспільством, то слід передбачити можливість обмеження права на розвиток не тільки в інтересах інших людей, а усього суспільства і окремих його соціальних груп (наприклад, дітей)» [15, с. 13].

Не можна оминати увагою і ч. 3 ст. 29 ЗДПЛ («Здійснення цих прав і свобод ні в якому разі *не повинно суперечити* цілям і принципам Організації Об'єднаних Націй»), адже вона теж формулює своєрідні додаткові межі здійснення прав і свобод особи.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [16] включає декілька правообмежуючих статей (4, 5, 8), серед яких найбільш узагальнюючий припис містить ст. 4: «...державна може встановлювати тільки такі обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і *виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві*».

Зазначимо, що на думку Е. С. Мирзаханяна, «вихідні онтологічні характеристики (лібералізму та комунітаризму.— *О.П.*) передбачають розбіжності щодо самої природи соціального життя, котрі реалізуються в полярності індивідуалізму та холізму. Лібералізм базується на платформі методологічного індивідуалізму, виходить із примату особистості та індивідуальних прав. Комунітаризм ... передбачає протилежні настанови, відштовхуючись від соціального цілого й об'єктивно необхідних йому благ» [17, с. 10].

Наголоємо, що базовою, головною соціально-етичною цінністю комунітаризму є так зване *спільне благо*. І в цьому контексті можна погодитися з одним із провідних теоретиків сучасного комунітаризму Ф. Селзніком, на думку якого, «термін «комунітарний» може вживатися для означення будь-якої доктрини, котра високо цінує спільне благо або ідеали спільного блага й обмежує прагнення до індивідуальної незалежності та самореалізації» [цит. за: 18, с. 29].

Базуючись на цих теоретичних викладках, підставним буде стверджувати про наявність комунітаристських засад, «мотивів» в аналізованому акті.

Свою чергою, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [19] має в своєму складі вже шість статей (5, 12, 18, 19, 22, 25), які так чи інакше містять правообмежуючі фрагменти, згадують про принципи та умови державно-юридичного обмежування прав людини. Для прикладу наведемо статтю 19, яка встановлює, що користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами (право на вільне вираження свого погляду, що включає «свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір») «накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмежен-

нями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними: *a) для поважання прав і репутації інших осіб; b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення*.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [20] – стрижневий акт європейської правозахисної системи — нараховує вісім статей правообмежувачого змісту (ст.ст. 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 53). При цьому найбільший перелік правообмежувачих підстав містить стаття 10 «Свобода вираження поглядів», ч. 2 якої проголошує: «Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду».

Згідно з Хартією основних прав Європейського Союзу, «будь-яке обмеження прав та свобод, визнаних цією Хартією, повинно бути передбачене законом і дотримуватися основного змісту цих прав та свобод. Обмеження можуть застосовуватися лише за умови дотримання принципу пропорційності й тільки в тому випадку, якщо вони необхідні і дійсно відповідають загальним цілям, що визнаються Європейським Союзом, або необхідні для захисту прав і свобод інших людей» (п. 1 ст. 52)¹.

Подібні підстави обмежування прав та свобод людини і громадянина можна знайти й в більшості конституцій сучасних держав. Характерно,

¹ На думку С. Добрянського, «порівняння зазначеного положення з п. 3 ст. 52, за яким права та свободи людини, закріплені в Хартії ЄС, повинні мати зміст та обсяг відповідно до однойменних прав і свобод, закріплених у СКПЛ, дозволяє констатувати, що в СКПЛ не передбачено такої підстави обмежування прав та свобод людини, як *загальні цілі ЄС*; відтак очевидним є відмінне розуміння *принципу пропорційності* у практиці ЄСПЛ та правовій системі ЄС» [21, с. 10]. Проте видається, що тут є поле для дискусії, насамперед зважаючи на формулювання ст. 53 Хартії: «Жодне з положень цієї Хартії не повинно тлумачитися як таке, що обмежує або шкодить правам людини і основним свободам у відповідній сфері їх застосування, визнаним правом Європейського Союзу, міжнародним правом і міжнародними конвенціями, учасниками котрих являються Європейський Союз, Європейське співтовариство або всі держави-члени, й особливо *Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод...*» [22].

що такі підстави видається можливим поділити на дві групи: 1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і державних) інтересів. Наприклад, стаття 3 розділу «Свобода і відповідальність» Основного Закону Угорщини 2011 р. проголошує: «Здійснення будь-якого фундаментального права може бути обмежено тільки в *інтересах примусового здійснення іншого фундаментального права* або для захисту цінностей, закріплених в Конституції, лише в міру необхідності, співмірно меті, котра буде досягнута, при повному дотриманні значимої сутності фундаментального права». Найбільш лаконічно ця ж думка сформульована в ч. 2 ст. 36 Конституції Швейцарії 1999 р.: «Обмеження основних прав повинні бути обгрунтовані *публічним інтересом* чи захистом основних прав третіх осіб».

Виходячи, по суті, з такого поділу, П. М. Рабінович та І. М. Панкевич визначають самі *підстави обмежування прав людини* як «певні особисті (індивідуальні) та соціальні (колективні) інтереси, задля забезпечення яких нормовстановлюючий орган вважає за необхідне обмежувати певні права людини» [23, с. 94].

У наявності такої бінарності правообмежуючих підстав в текстах міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій вбачаємо ознаки так званого *ліберального комунітаризму* як результату своєрідної конвергенції ліберальних і комунітаристських ідеологем [див. детальніше 7].

Фактично про це говорить і російський науковець Б. С. Ебзєєв, за словами якого, «соціальною основою конституційних обмежень, частиною котрих виступають обмеження основних прав, є особисто-збірний (*рос. лично-собирательный*) характер суспільства. Людина виступає не тільки як ізольований індивід, але й як член спільноти людей. Своєю чергою суспільство не є ні простою сукупністю індивідів, ні якимось одноструктурним монолітом, це своєрідний соціальний організм, в якому особистість має самостійну цінність та грає творчу роль, а особисте (приватне, індивідуальне) та спільне (колективне, соціальне) повинні знаходитися в рівновазі» [24, с. 190].

Зазначимо, що у науковій літературі виділяють декілька моделей конституційного регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина:

Перша модель: у конституціях встановлюються загальні умови обмеження всіх прав і свобод (цілі, форма закріплення, співмірність) та підстави, способи, процедури обмеження окремих конкретних прав і свобод. Наприклад, у Росії загальне нормування обмежень прав і свобод

здійснено ч. 3 ст. 55 Конституції РФ 1993 р.: «права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені федеральним законом лише в тій мірі, в якій це необхідно в цілях захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави». Крім цих загальних умов, в Конституції Росії є статті, що закріплюють можливість обмеження окремих прав і свобод (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 22, ч. 2 ст. 23, ст. 25, ч. 2 и 4 ст. 29, ч. 3 ст. 32 та ін.). Подібні норми загального і конкретного характеру щодо обмеження прав і свобод, є й у конституціях Португалії 1976 р., Туреччини 1982 р., Хорватії 1990 р., Румунії 1991 р., Словенії 1991 р., Молдови 1994 р., Таджикистану 1994 р., Вірменії 1995 р., Казахстану 1995 р., Польщі 1997 р., Албанії 1998 р., Швейцарії 1999 р., Киргизстану 2010 р.

Друга модель: у конституції є застереження загального характеру про можливість обмеження прав і свобод тільки законом або на підставі закону й положення про обмеження окремих прав і свобод (конституції Бахрейн 2002 р., Іраку 2005 р. та деяких інших держав).

Третя модель: конституція встановлює тільки обмеження окремих прав і свобод, не згадуючи про загальні умови обмеження (конституції Ірландії 1937 р., Італії 1947 р., Індії 1950 р., Кувейту 1962 р., Данії 1953 р., Сингапуру 1959 р., Монако 1962 р., Пакистану 1973 р., Сан-Марино 1974 р., Греції 1975 р., Іспанії 1978 р., Болгарії 1991 р., Литви 1992 р., Андорри 1993 р., Азербайджану 1995 р., Грузії 1995 р., України 1996 р., Фінляндії 1999 р., Афганістану 2004 р.)» [25, с. 144-145].

Видається, що під кутом зору нашого дослідження Конституція Республіки Сан-Марино є винятковою, особливою з огляду на те, що вона передбачає можливість законодавчо обмежити здійснення низки громадянських і політичних прав «лише у виключних випадках зі спеціальних мотивів публічного (і тільки! — *О.П.*) порядку та інтересу» (ст. 6) [26].

Отже, обмеження основних прав є фундаментальною (базовою) категорією конституційно-правового статусу особи. Виходячи з того, що абсолютних, «безмежних» прав людини апріорі існувати не може [2, с. 20], вважаємо встановлення чітких та зрозумілих критеріїв обмежування таких прав на найвищих (міжнародно-правовому й конституційному) рівнях важливою гарантією від можливих дій держави та її окремих органів щодо свавільного зменшення обсягу правореалізації. Фактично йдеться про забезпечення одного з важливих аспектів верховенства права (в інтерпретації цього феномену професором П. М. Рабіновичем), а саме: «верховенство права — це взаємоузгоджене існування та взаємоузгоджена реалізація основоположних («при-

родних») прав та обов'язків людини, соціальних спільнот, об'єднань й усього суспільства» [2, с. 23].

Наявна бінарність правообмежуючих підстав (1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і державних) інтересів) в статтях міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій є, як видається, ознакою втілення в юридичну практику ідей *ліберального комунітаризму* як результату синтезу ліберальних і комунітаристських постулатів¹.

Отож коло начеби замикається: межі та обмеження реалізації прав людини і громадянина у конституціях та міжнародних «праволюдних» документах означені як інтереси *суспільства, громадський порядок, національна безпека* тощо. Іншими словами, ми знову спостерігаємо певний конфлікт між ліберальним закріпленням прав людини і вимушеним обмеженням їхньої реалізації з підстав, що мають чітко виражений комунітаристський відтінок.

Проте факти обмежування прав людини на користь державної влади (з метою захисту державної (національної) безпеки і таке інше) вже свідчать, гадаємо, про недостатність розгляду конституційно-правового статусу особи лише під кутом зору дихотомії «лібералізм — комунітаризм». Адекватнішим видається проводити в подальшому відповідне дослідження в межах, образно кажучи, трикутника: «влада (потестарний (макіавеліансько-кантианський) дискурс) — людина (лібералізм) — суспільство (комунітаризм)».

Список використаних джерел

1. Крикунов О. Конституційний принцип верховенства права та підходи до його інтерпретації у зарубіжних державах та Україні / О. Крикунов // Історико-правовий часопис. — 2015. — № 1 (5). — С. 61-66.
2. Рабінович П. Верховенство права як соціально-природний феномен (контури ідеалу) / П. Рабінович // Право України. — 2010. — № 3. — С. 19-23.
3. Дворкін Р. Верховенство права / Р. Дворкін // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 15-23.

¹ Прикметно, що згідно з конституційно-проектними пропозиціями Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, видається доцільним абзац перший ст. 22 Конституції України викласти у такій редакції: «Права та свободи людини та інших осіб мають бути справедливо збалансовані з інтересами суспільства» [27, с. 16].

4. Головатий С. П. Верховенство права: ідея, доктрина, принцип: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / С.П Головатий; Ін-т законодавства Верховної Ради України. — К., 2008. — 44 с.
5. Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 6. — С. 5-13.
6. Національна стратегія у сфері прав людини. Затверджено Указом Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015 // Урядовий кур'єр. — 2015. — 02 вересня. — № 160.
7. Панкевич О. З. Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії / О. З. Панкевич // Право і громадянське суспільство. — 2013. — № 3(4). — С. 122-134 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://lcsaw.knu.ua/2013-3.pdf>
8. Панкевич О. З. Комунітаризм як провідна течія політико-правової думки сьогодення / О. З. Панкевич // Трансформація ціннісних орієнтацій професійного становлення світогляду працівників ОВС України в сучасному полікультурному суспільстві: Збірник матеріалів круглого столу 30 травня 2014 року. — Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2014. — С. 216-220.
9. Конституції зарубіжних держав: Великобританія, Франція, Німеччина, Італія, Європейський союз, США, Японія, Індія: учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. — 5-е изд. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 608 с.
10. Міл Джон Стюарт. Про свободу: Есе / Пер. з англ. — К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. — 463 с.
11. Панкевич О. З. Лібералізм як основа європейської політико-правової філософії сучасності (до постановки питання) / О. З. Панкевич // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична / Головний редактор В. В. Серета. — Львів: ЛьВДУВС, 2014. — Вип. 2. — С. 449-459.
12. Нерсесянц В. С. Філософія права: Учебник для вузов / В. С. Нерсесянц. — М.: НОРМА, 2003. — 652 с.
13. Лапаева В. В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции правопонимания / В. В. Лапаева // Журнал российского права. — 2006. — № 4. — С. 103-115.
14. Загальна декларація прав людини [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_015
15. Львівські пропозиції з удосконалення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні // Юридичний вісник України. Судова практика. — 2015. — 22-28 серпня. — № 33. — С. 1-16.
16. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042

17. Мирзаханян Э.С. Дискуссия о проблеме рационального обоснования социальной справедливости в западной философии второй половины 20-го — начала 21-го века: автореф. дис. ... канд. филос. наук: спец. 09.00.03 / Э.С. Мирзаханян.— Тверь, 2008.— 18 с.
18. Красноголов Ю.О. Теоретичні засади та політичні стратегії комунітаризму крізь призму комунітарної критики лібералізму / Ю.О. Красноголов // Наукові записки Києво-Могилянської Академії.— Політичні науки.— 2008.—Т. 82.— С. 28-34.
19. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043
20. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004?nreg=995_004&find=1&text=%EC%E5%E6&x=7&y=6#w113
21. Добрянський С. Роль Хартії основних прав Європейського Союзу в юридичному гарантуванні прав і свобод людини / С. Добрянський // Право України.— 2015.— № 10.— С. 67-78.
22. Хартия основных прав Европейского Союза [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_524
23. Рабінович П.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти): Монографія / П.М. Рабінович, І.М. Панкевич.— Львів: Астрон, 2001.— 108 с.
24. Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации: монография / Б.С. Эбзеев.— М.: Проспект, 2013.— 656 с.
25. Подмарев А.А. Вопросы ограничения прав и свобод человека и гражданина в современной конституции / А.А. Подмарев // Вестник Саратовской юридической академии.— 2014.— № 4.— С. 144-145.
26. Конституция Республики Сан-Марино. Декларация прав граждан и основных принципов государственного устройства Сан-Марино от 8 июля 1974 года [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakony.com.ua/konstituciji-derzhav-svitu/332623-san-marino>
27. Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо прав, свобод і обов'язків)» // Право України.— 2015.— № 10.— С. 14-25.

ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ОСНОВА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ

Т. Подорожна

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича,
м. Чернівці, вул. Університетська, 19, e-mail: podorogna@yandex.ru*

У Конституції України проголошено правову державу, політика якої спрямована на створення умов, що забезпечують гідне життя і вільний розвиток людини. Чи досить цього конституційного акта для побудови правової держави? Ні, не досить. Державна влада — це не що інше, як служіння осіб, яким народ довірив владу, на користь суспільства і держави. Тому для створення правової держави одночасно із законом необхідне формування системи умов і передумов, здатних забезпечити захист прав та свобод людини. Якщо держава не реалізує цієї обов'язкової для неї функції, то, як наслідок, порушуються права та свободи особи, закріплені в конституції (зокрема право на працю, відпочинок, освіту), деформується правопорядок, перетворюється на формальність його конституціоналізація. Тому очевидно, що процеси формування громадянського суспільства та правової держави потребують не просто номінального проголошення (навіть на конституційному рівні), а якісних змін в суспільній свідомості. Показником ідеологічних змін до певної міри виступає саме стан законності та правопорядку. Ці важливі складові права безпосередньо пов'язані з його конкретною реалізацією по забезпеченню та захисту прав людини. Таким чином, правопорядок та права людини — це точки дотику, на яких ґрунтується діяльність громадянського суспільства.

Конституційно-правові основи (первинні, базові основи) закріплюють не державу в цілому, яка відірвана від реальності, а державу, яка сприймає сучасні стандарти демократії, верховенство права та права людини, призначення якої — соціальне служіння. Як зазначає М. Оніщук, сучасні державотворчі та правотворчі процеси в Україні, незважаючи на їх складність і суперечливість, неможливо уявити поза межами усталення ідей та ідеалів демократії і верховенства права, утвердження й забезпечення прав і свобод людини [1, с. 4]. Процес конституціоналізації безпосередньо стосується невідчужуваних, визнаних від народження прав людини, які стосуються свободи, рівності та незалежності. Закріплені в Основному законі права людини утворюють основу кон-

ституціоналізації правопорядку, яка повинна реалізовуватись в усіх сферах життєдіяльності суспільства та сприяти їх ефективному захистові. Тому не випадково під час становлення і формування нових конституційних положень побудови громадянського суспільства за основу було взято саме ідею прав та свобод людини.

Виключно з урахуванням конституційного змісту прав людини можуть вироблятися юридичні конструкції та режими опосередкованого правокористування як особливої форми реалізації права. Проте, законодавець не може самостійно інтерпретувати сутність прав людини. Конституціоналізація стимулює його відповідну активність тільки в плані змістовної конкретизації прав людини. Конституційні положення конкретизуються великою кількістю законодавчих актів та деталізуються в системі підзаконних нормативних актів. Визначаючи через конституційні положення основні загальнолюдські цінності, громадяни зобов'язують законодавця слідувати їм, керуючись розумінням природних принципів у праві. У контексті цього абсолютно незаперечним є те, що законодавчий процес повинен виразно і чітко реалізувати ідею прав і свобод людини як основу правового порядку. Доказом даного висновку слугує Національна стратегія у сфері прав людини підписана Указом Президента України 25 серпня 2015 р. [2].

Сьогодні прихильники природно-правового розуміння природи прав і свобод та юридичного позитивізму єдині в думці, що для того, аби права і свободи були реально дієвими, вони мають дістати юридичне закріплення в чинному законодавстві, зокрема в конституції; тільки в цьому випадку вони набувають загального значення, висловлюють загальний інтерес. На нашу думку, юридичним вираженням реальності прав і свобод є демократичний правовий порядок, оскільки саме в цій сфері набувають правового оформлення головні відносини суспільства, держави та індивіда. Правопорядок, демократія, права і свободи людини утворюють єдину, внутрішньо узгоджену систему, вони настільки тісно взаємопов'язані, що «відірвати» забезпечення правопорядку від охорони прав і свобод, по суті, неможливо.

Основним чинником розвитку системи захисту фундаментальних прав та свобод в Україні, на думку С. Шевчука, повинні буди єдині для всієї Європи правові цінності та розуміння юридичної природи прав та основних свобод [3, с. 23]. Більше того, для громадянського суспільства характерні загальнолюдські цінності, задекларовані саме Основним законом, в яких повага прав і свобод особи є основоположним принципом вже не одне десятиліття. Найчастіше індивідуалізм і свобода — це не

тільки благо і бажана мета людини, а й обов'язкові умови її життєдіяльності, що вимагають від неї великих життєвих зусиль. Покладання на власні сили, стан відчуження та інші іманентно властиві людині риси, пов'язані із зазначеними ціннісними установками, породжують ситуації, за яких право стає універсальним регулятором суспільних відносин у громадянському суспільстві. Як зазначає Ю. Разметаєва, ціннісне значення прав людини у громадянському суспільстві виражається як на індивідуальному рівні (права складають систему цінностей окремої особи), так і на рівні інституцій (права утверджуються як цінності для певної групи осіб). Тому права людини є елементом права в цілому, а отже, і засобом регулювання відносин, як між індивідами, так і між ними та суспільними інституціями, державою тощо [4, с. 94-95]. Право може сприйматися і як реальність свободи людини у громадянському суспільстві. Соціальні регулятори спрямовані здебільшого на забезпечення доцільних рівнів свободи особи, на формування допустимої системи обмежень свободи людини за допомогою прав і юридичних обов'язків інших осіб.

Право також відіграє установчу і нормативно-регулюючу роль у суспільному організмі. Завдяки ньому відбуваються розбудова соціальних ієрархій та інститутів у структурі суспільства, закріплення сталого соціально-політичного устрою, легітимуються правові основи влади, йде утвердження соціальних цінностей, забезпечення стійкого правопорядку тощо — все те, що забезпечує стабільну еволюцію громадянського суспільства [5, с. 205]. Рівною мірою гуманістичні цілі, що відповідають правовому характеру держави, виступають визначальним моментом і щодо забезпечення пріоритету права. Останній полягає не стільки у ступені пов'язаності держави правом, скільки у виявленні та реальному здійсненні соціальних зобов'язань держави перед людиною. З цього приводу В. Крусс зазначає, що дзеркальною проекцією змістовної конкретизації прав людини виступає відповідне відображення змісту кореспондуючих їм обов'язків держави [6, с. 20]. У правовій державі верховенство Основного закону полягає не в тому, що це акт найвищої юридичної сили, а тому, що в ньому закріплені права людини як найвищої цінності. Причому не менш важлива і зворотна залежність: *що більше суспільство надає прав і свобод своїм громадянам, то досконалішими мають бути закони і ефективнішим правопорядок, то суворішим — дотримання й чіткіше застосування конституційних приписів.* Тому конституціоналізація правового порядку проявляється у встановленні міцних юридичних гарантій, необхідних форм і процедур конституційного захисту особи від свавілля держави. Реалізація принципу

поділу влади має бути спрямована на те, щоб усі гілки влади мали насамперед ці гуманістичні цілі. Тому забезпечення правового порядку, близького до ідеального, є необхідною умовою побудови правової держави і розвиненого громадянського суспільства. Як наслідок громадянське суспільство може функціонувати лише на правових засадах, оскільки організація його складових має нормативний зміст і спрямована на регулювання поведінки людей.

Як зазначає Т. Подковенко, ключовим елементом еволюції громадянського суспільства є *міра здійснення свободи людини* (курсив наш. — Т. П.) в економічній, політичній та соціальній сферах. Щодо останньої, то важливо, що для характеристики громадянського суспільства істотним є його специфічний зв'язок із соціальною державою. Громадянське суспільство за природою своєї еволюції є вимогою формування соціально орієнтованої правової держави, а існування розвиненого громадянського суспільства передбачає формування демократично визначеної державної влади [7, с. 90]. Біла книга урядування Європейського Союзу визначає громадянське суспільство як таке, що об'єднує переважно організації самоутворені або утворені під керівництвом держави. Справді, як наголошує Н. Оніщенко, права людини можуть бути гарантовані тільки в умовах сильної держави, яка в змозі управляти суспільством і позитивно впливати на особу [8, с. 58]. Саме на основі цих принципів регулювання можна встановити сучасне співвідношення права і закону, що зумовлює прийняття лише «правових законів». Не випадково тому в масовій суспільній свідомості роль права для громадянського суспільства отожднюється зі справедливістю приписів держави, прогресивною соціальною спрямованістю цілей і завдань, виражених правовою нормою. І хоча закон незмінно є найдосконалішою формою права, саме право не вичерпується законом, оскільки передбачає дію реальних, фактичних суспільних відносин і їх перетворення на правові відносини як процес правової життєдіяльності. Втім, з іншого боку, саме «правове суспільство» покликане забезпечити правові статус не тільки основоположного, первинного, а в перспективі — і єдиного регулятора суспільних відносин.

Попри належно сформовану нормативну базу з даного питання, на сьогодні Україні необхідно пройти ще тривалий і складний шлях формування інститутів (структур) громадянського суспільства, які поки що погано розвинені, а то й взагалі не розвинені. Це є свідченням того, що процеси розвитку громадянського суспільства, реалізація зовнішньополітичної стратегії, зміни в економічному житті країни, реформування системи органів влади вимагають подальшого конституційного регулю-

вання [9, с. 11]. Так, результати дослідження Nations in Transit, яке проводить міжнародна неурядова організація Freedom House (оцінювання відбувається за семибальною шкалою, де сім — це найгірший показник, а один — відповідно найкращий) свідчать, що рівень сформованості громадянського суспільства в Україні погіршується від 4,50 балів у 2005 р. до 4,93 у 2014 р. [10]. При цьому міжнародна спільнота акцентує увагу на потребі його значного вдосконалення.

Як бачимо з результатів дослідження в Україні, деякі інститути громадянського суспільства, задекларовані Основним законом, поки що погано розвинені, а то й взагалі нерозвинені. Це є свідченням того, що процеси розвитку громадянського суспільства, реалізація зовнішньополітичної стратегії, зміни в економічному житті країни, реформування системи органів влади вимагають подальшого конституювання відповідного конституційного регулювання [11, с. 11]. Отож за умов розпочатої в Україні правової реформи постало надзвичайно важливе питання про підвищення ефективності конституціоналізації правового порядку, без чого здійснити політичні, економічні та інші реформи, сформувати правову державу і громадянське суспільство є досить проблематично. Саме в цьому значенні відстежується велика роль конституції в утвердженні демократичної держави і громадянського суспільства.

Без громадянського суспільства немислимі процеси конституціоналізації права та правового порядку зокрема. На жаль, багатьма дослідниками справедливо відзначається декларативність положень Конституції про права і свободи людини, викликана відсутністю економічних, політичних, організаційних, юридичних та інших гарантій реалізації проголошених прав, неефективним визнається і механізм їх захисту. У числі основних причин цих негативних явищ називаються: недостатній розвиток національного законодавства; сприйняття більшістю населення системи державних правоохоронних органів не як структури, яка захищає людину, а як державного механізму, що захищає державу від особи та її проблем; нерозвиненість і відособленість державних органів та установ, які здійснюють контроль за дотриманням прав людини тощо.

Конституція як нормативний акт важлива сама собою, проте тільки як частина загального механізму суспільно-політичного життя. Ефективна ж дія Основного закону залежить передовсім від того, наскільки його засвоїли і підтримують громадяни. При цьому конституційно-правове середовище формується виключно поведінкою більшості учасників конституційно-правових відносин. Якщо механізм дії більшості суб'єктивних прав передбачає активну поведінку носіїв цих прав, механізм дії консти-

туційно-правових норм вимагає правової активності всього соціально-го середовища. Тому сутність сучасної конституції — в її інтегруючих, об'єднуючих соціальні верстви і групи цінностях, реалізація та розвиток яких повинні бути головним завданням у діяльності всіх органів держави. У зв'язку із цим важливо сформувати в усьому суспільстві правову культуру, яка сприятиме підвищенню дієвості Основного закону. Останній же має визначати насамперед людиномірні засади громадянського суспільства, його гуманістичні і соціальні цінності.

У даному аспекті показовою є думка О. Костенка, який зазначає, що правопорядок — це суспільний стан, що утворюється в результаті прояву двох взаємопов'язаних між собою чинників: правової культури людей і законодавства, яке вони застосовують у суспільному житті. Причому, додає вчений, ролі правової культури і законодавства в механізмі забезпечення правопорядку розподіляються згідно з такою закономірністю: законодавство — це лише інструмент, який люди застосовують відповідно до своєї правової культури. Відповідно чим досконаліший цей інструмент, тим успішніше люди з розвинутою правовою культурою можуть з його допомогою забезпечити правопорядок в країні [12, с. 28]. Правова культура — це своєрідний критерій життя держави, який показує, як закон застосовується або порушується у щоденній практиці, як в державі діють демократичні норми і правила. Високий рівень розвиненості правової культури відображається у правовому змісті суспільних відносин, у доцільності жити згідно з правом, у загальнодоступності, звичності й максимальному поширенні стандартів правомірної поведінки, у реалізації членами громадянського суспільства своїх прав та обов'язків згідно з Основним законом — конституцією. Таким чином, правопорядок завжди існує у певних визначених конституцією межах для створення сприятливих умов розвитку громадянського суспільства та забезпечення прав людини.

Людина є головним суб'єктом громадянського суспільства. Вона має потреби, інтереси та цінності, зовнішньо виражені у правах та обов'язках. Людина також є «первинним носієм» правопорядку, бо кожен суб'єкт права своєю повсякденною, повсякчасною поведінкою «творить» правопорядок, впливає на його стан у громадських місцях, на роботі, в селі, місті тощо [13, с. 64]. Більше того, людина як складова громадянського суспільства має усвідомити себе як мету і найвищу соціальну цінність. Як слушно зауважує Р. Гаврилюк, *в основі громадянського суспільства лежать горизонтальні зв'язки, забезпечені природним правом* (курсив наш. — Т. П.) [14, с. 11]. Права людини як серцевина і стрижень пра-

вопорядку виступають джерелом постійного відтворення та активності, інструмент саморозвитку громадянського суспільства. Саме права людини є певним ціннісним орієнтиром, який дає змогу застосувати «людський вимір» не лише до держави, права, закону, правопорядку, а й до громадянського суспільства, оскільки ступінь його зрілості значною мірою залежить від стану справ з правами людини, від обсягу їх реалізації [15, с. 184]. У даному контексті зростає роль держави і громадянського суспільства у забезпеченні прав людини, її честі, гідності та природного суверенітету. Тому формування громадянського суспільства в руслі поваги прав людини є першочерговим завданням правової держави, розв'язання якого потребує тривалого часу і залежить від усіх представників громадянського суспільства.

Варто зазначити, що безліч явищ і процесів, що відбуваються в сучасному українському суспільстві, не зумовлені об'єктивними потребами. Велика частина суспільства оцінює їх вкрай негативно, і це ставлення нерідко переноситься на процеси оновлення загалом. Зокрема, громадяни особливо гостро переживають кризу соціального порядку, насамперед правову його частину. З цього приводу ще Б. Кістяківський підкреслював, що соціальна дисципліна створюється тільки правом; дисципліноване суспільство і суспільство з розвиненим правовим порядком — тотожні поняття; водночас основу міцного правопорядку становить свобода особи та її недоторканність, причому в конституційній державі правовий порядок є системою відносин, за яких усі особи даного суспільства володіють найбільшою свободою діяльності та самовизначення [16, с. 109]. При цьому бажання відновити і зміцнити правопорядок асоціюється у свідомості людей не з використанням напрацьованих методів і засобів, а з пошуком нових, адекватних правовим вимогам сучасності важелів та механізмів забезпечення режиму законності і стану правового порядку. Різке погіршення стану правового порядку в сучасному українському суспільстві надзвичайно чітко виражене не тільки в кількісних, а й якісних показниках динаміки соціального нормування діяльності та поведінки громадян. І найнаочніше це погіршення проявилось в процесах, які відображають злочинність. Несприятливим ґрунтом для тенденції втрати контролю з боку держави за соціальними процесами, що поглиблюють проблему злочинності, і за самою злочинністю є та обставина, що правоохоронні органи, виявляється, не в змозі підвищити ефективність і якість своєї діяльності. Здебільшого справа обмежується різними деклараціями, розробками програм боротьби та подібними заходами імітаційного характеру. Тим часом рівень розкриття злочинів — досить низький.

Разом з тим, було б абсолютно невиправдано пов'язувати ефективність правопорядку лише з рівнем злочинності. Злочинність — лише один із спектрів соціальної реальності, яка протистоїть правовому порядку.

Сучасна злочинність в українському суспільстві багато в чому є наслідком процесів дезорганізації державних інститутів, послаблення нормативних компонентів масової свідомості під впливом ідеологічних прорахунків влади. Тобто йдеться не тільки про злочинність, а й про системний характер деформацій українського суспільства, здебільшого зумовлених впливом державної політики. Отже, в сучасних умовах необхідно раціоналізувати правопорядок — через урахування інтересів людей в політико-правовій діяльності, досягнення чіткості й визначеності позиції влади щодо людиноцентристських пріоритетів, усвідомлення тих чинників, які дестабілізують правові відносини, і тих, які можуть бути використані на противагу їм.

Сучасну конституційну конфліктність в українському суспільстві як таку характеризують такі загальні детермінанти: слабка політична структурованість українського соціуму і недостатньо високий рівень його конституційної культури; суперечності в законодавстві; суперечливе тлумачення конституційних норм різними гілками влади; відсутність організаційно-правових механізмів розв'язання конфліктів між різними суб'єктами конституційно-правових відносин тощо [17, с. 150-151]. Відтак можна констатувати, що нинішня ситуація в Україні — якісно новий феномен, і за масштабами злочинних проявів, і за ступенем руйнівного впливу на життєдіяльність суспільства, функціонування та безпеку держави, реорганізацію прав і свобод її громадян. Відповідно до цього змінюються стан та авторитет того соціального інституту, який покликаний гарантувати безпеку, права і свободи громадянам, — правового порядку. З огляду на такі мінливі за змістом соціальні відносини та небачені за останнє десятиліття характер і масштаби злочинності правові реалії потребують і більш глибоких змін структури і змісту даного феномену. Тому заслуговують на увагу пропозиції А. Крижанівського щодо нового осмислення природи правового порядку, його образу в сучасному суспільстві та вироблення сучасної парадигми, яка відповідала б реаліям XXI ст. Учений стверджує, що правопорядок існує як самостійний і самодостатній соціально-правовий феномен, як правова реальність, що утворюється, існує і діє на поведінку людей у процесі правового життя суспільства. Наголошується, що вплив громадянського суспільства пронизує фактично усі сторони і стадії забезпечення впорядкованості суспільної життєдіяльності, але найзначущішою вбачається його

роль у продукуванні соціальних уявлень про те, яким саме має бути цей порядок, та у формуванні стандартів цього порядку. На підставі аналізу зроблено висновок, що правопорядок є «супутником», фактором і умовою цивілізованого життя людей, і через суспільно-просторове буття самої людини виникає і стверджується там, де відбувається її суспільна життєдіяльність [13, с. 64].

Оскільки правопорядок є основою взаємин усіх членів суспільства, зокрема й відносин між державою та особою, це й визначає головне призначення його конституціоналізації як засобу і способу втілення правових приписів (зокрема конституційних) у реальні правові відносини та правомірну поведінку. Рівень же конституціоналізації правового порядку в тих чи тих історичних умовах залежить від особистої, суспільної культури громадян, професійно-правової культури осіб, які застосовують право, від ступеня усвідомлення або взаємозв'язку законності і справедливості. Особливо важливо, щоб справедливість була закладена в самій конституції. Для конституціоналізації правового порядку в змісті забезпечення основних прав людини мають відбутися конкретні зміни:

1. Конституція як Основний закон держави має стати не знаряддям у руках держави, а правовим балансом суспільних інтересів.
2. Громадяни мають отримати реальну можливість вимагати дотримання та захисту їхніх прав від держави та її органів.
3. Варто розширити предметний бік законності — через реалізацію принципу «дозволене (тобто законне) все те, що не порушує права інших».
4. Закони як основні джерела права повинні мати пряму дію та відповідати реальним і прогресивним суспільним відносинам.

Крім того, в умовах сучасних викликів пов'язаних із терористичною загрозою Українській державі та її громадянам, особливо важливо, щоб державна функція із забезпечення правопорядку здійснювалася без порушення прав і свобод людини, основоположних принципів правової держави. Це завдання може виконати тільки така держава, яка охороняє права й законні інтереси своїх громадян. Адже реальний показник сили державної влади, її ефективності — у високому рівні правового порядку. Загальновідомо, що правопорядок і демократія — взаємозалежні. Проте демократичний правопорядок — це зовсім не виконання законів за будь-яку ціну. Міцність демократії визначається не просто наявністю писаної конституції, навіть такої, що відповідає високим стандартам, а наявністю та юридичним закріпленням справжнього балансу інтересів різних соціальних верств та суспільних груп, результатом чого виступає повага громадян до інститутів держави.

Отже, мета будь-якого громадянського суспільства — визнання і забезпечення природних і невідчужуваних прав і свобод людини — буде важкодосяжною, якщо між їх визнанням і забезпеченням немає сполучної ланки, якою є повага держави до прав людини. Як зауважує з цього приводу М. Савчин, повага до прав людини насамперед означає, що законодавство має належним чином визначати їх обсяг і зміст. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання згідно з конституційними цінностями і принципами, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування, означає відсутність законодавчого регулювання [18, с. 190]. Відповідно в діючу формулу взаємодії особи і держави («визнання — дотримання — захист прав та свобод людини і громадянина») необхідно внести заключний елемент: «... захист інтересів індивідів через поважання їх прав». На сучасному етапі свого розвитку Україна має все необхідне для гарантування та здійснення захисту основних прав і свобод особи, проголошених у Конституції, а також повагу до них.

Тому слід залучити саму державу до активної участі у формуванні й розвитку громадянського суспільства, ставлячи її на службу ефективним інститутам громадянського суспільства. Першорядне завдання сучасної держави полягає у тому, щоб спільними зусиллями держави й суспільства подолати відчуження між ними. Можна було б звільнити державу від деяких традиційних обов'язків, передавши їх тим чи тим громадським організаціям, з якими має бути налагоджено тісну співпрацю. Подібні зміни не повинні здійснюватися за рахунок послаблення держави. Навпаки, сила держави — в її тісній, погодженій та солідарній взаємодії із громадськими формуваннями, громадянами, з усім населенням країни. Звичайно, конституювання системи взаємодії між державою як суб'єктом управління та суспільством (суспільними відносинами) як його об'єктом управління залежить від рівня зрілості громадянського суспільства [19, с. 27]. До того ж, на думку Н. Оніщенко, саме принцип соціального та політичного балансу у взаємовідносинах держави і громадянського суспільства повинен стати основою для виправлення та кореляції нестабільної політичної ситуації [8, с. 57].

Втім, сьогодні ступінь справжнього впровадження рис правової державності в українські політичні реалії далекий від повноцінного втілення ідеї правової держави. У процесі формування такої держави в Україні в умовах нестабільності громадянського суспільства постають значні перешкоди, пов'язані з нерозвиненістю демократії, відсутністю цивілізованих підходів до нормального функціонування правових форм управління громадянським суспільством. Те, що в Україні немає поки що

повноцінної демократичної, правової держави, визнає більшість політичних експертів. Для правової держави важливий, зокнайперше, перехід від колишнього «спрощеного народовладдя» до реального залучення громадян до управління справами суспільства і держави, до здійснення суверенітету народом України. «Правова держава,— відзначається в Документі Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЕ,— означає не просто формальну законність, котрою забезпечується регулярність і послідовність в досягненні і підтримці демократичного права, але справедливість, засновану на повному визнанні вищої людської цінності» [20].

На жаль, рівень сучасного розвитку українського суспільства ще не є показником активних дій громадян, які були б спрямовані на досягнення і захист демократичних цінностей. Впровадження в суспільну свідомість самих понять «правова держава», «права людини», «поділ влади», «політичний плюралізм» ускладнене через недостатній розвиток правосвідомості більшості громадян, а також суперечності цих понять наявним реаліям української дійсності. Необхідне усвідомлення того факту, що без участі інститутів громадянського суспільства, їх зв'язку з державою та авторитетними органами самоуправління громадян неможливо забезпечити той правосвідомий потенціал, без якого бажаний правопорядок так і залишиться мрією. У зв'язку з посиленням авторитарних засад влади втрачає своє первинне значення принцип поділу влади. Влада і право завжди йдуть поруч, тісно взаємодіють між собою, щоб досягти спільної мети. Очевидно, що влада, не обмежена правом, може бути небезпечна, а право, не забезпечене владою,— безсиле. Але найважливішим пріоритетом влади є гарантування особистої безпеки громадян, їх прав та свобод. Тільки таким чином можливо досягти соціально-політичної стабільності, а відтак і реального, життєво важливого і належного правового порядку. Таким чином, однією з головних умов забезпечення соціально-політичної стабільності є належний розвиток громадянського суспільства [21, с. 68]. Саме тому відповідно до Закону України «Про основи національної безпеки України» створення громадянського суспільства віднесене до пріоритетних національних інтересів.

Конституція України прописує умови самостійності громадянського суспільства, яка проявляється в діяльності політичних партій, рухів, у проявах групових інтересів, в екстремальній активності населення. Як наголошується у вітчизняній літературі, громадянське суспільство є політичним, оскільки таким є сам громадянин [22, с. 127]. Відтак політичний лад є офіційним виявом громадянського суспільства, адже еле-

менти політичного ладу (державна, її органи, громадські організації) відповідальні перед людиною, тож повинні представляти і захищати її інтереси. Громадяни мають право брати участь в управлінні справами держави та суспільства і безпосередньо, і через своїх представників. Вони залучаються до формування, організації та діяльності органів державної влади і органів місцевого самоврядування, мають рівний доступ до державної служби, беруть участь у здійсненні правосуддя. Як наслідок, народ безпосередньо (наприклад, під час референдуму) і за посередництвом створених ним органів сам встановлює обсяг прав і свобод усіх громадян у демократичній державі, визначає умови їх реалізації та захисту (зокрема, через органи судової влади).

Зміцнення політичних гарантій прав і свобод громадян відбувається в процесі здійснення заходів, спрямованих на розвиток демократії, широкє залучення громадян до державно-владної діяльності, забезпечення їх політичної активності в управлінні державними і громадськими справами. Серед найважливіших заходів, які визначають розгортання демократії в Україні, варто назвати такі, як: розвиток гласності, забезпечення свободи масової інформації, дія засобів масової інформації в умовах заборони цензури, здійснення ідеологічного і політичного плюралізму, багатопартійності, право індивідуальних і колективних звернень до державних органів (зокрема запровадження інституту конституційної скарги), свобода пересування, а також забезпечення права на інформацію, що безпосередньо стосуються прав і свобод громадянина, гарантування їх безпеки.

Суспільство все більше усвідомлює, що воно не може успішно розвиватися без урахування таких чинників, як духовно-моральний, інтелектуальний, екологічний, науково-технічний, інноваційний, демографічний. Суспільство взагалі не може нормально розвиватися без розвиненого політичного, економічного, соціального і юридичного механізму, визначеного Основним законом. На цій підставі слушним є висновок щодо природи конституції як базису громадянського суспільства. Конституція неодмінно має виконувати певні вимоги-принципи, які відповідали б принципам усього суспільства. До того ж, Основний закон відіграє для громадян консолідаційну роль, у ньому панує право як загальна міра свободи, рівності і справедливості в суспільстві, що й визначає зміст усіх чинних у державі законів. Тому в контексті забезпечення правового порядку конституція виступає, так би мовити, суспільним правом, і головна її мета — охорона свободи, оскільки свобода людини є найважливішою засадою демократичного державного устрою.

Навіть більше, конституція має регулювати відносини держави і суспільства в такий спосіб, щоб держава в особі її органів і посадових осіб, залишаючись гарантом прав і свобод, не могла безпосередньо контролювати суспільство. У цьому і полягає, на думку професора А. Селіванова, конституційна природа парламенту, який не повинен допускати обмеження свободи народу, оцінювати діяльність усіх інших органів публічної влади, визначати відповідальність будь-яких посадових осіб за їх дії (бездіяльність), щоб не допустити посягань на свободу, демократію чи будь-якого ущемлення прав та інтересів особи [11, с. 428]. Отже, завдання держави полягає в тому, щоб регулювати відносини між вільними громадянами на основі суворого дотримання норм права, що мають гарантувати свободу особи, права людини і громадянина.

Право має надзвичайно важливе значення для розвитку моралі щодо необхідності чіткого правового порядку, який надає суспільству стійкості та міцності в регулюванні суспільних відносин. Проте, на думку ряду авторів, серед аспектів багатогранності права виділяється один життєво важливий парадокс: даруючи людям свободу буття, право не допускає хаосу, стримуючи можливі суспільні негаразди зведенням формальних меж для проявів людської волі. За рахунок цього в житті соціуму активно проявляються елементи порядку, організованості та узгодження, а право одночасно виступає носієм, виразником міри свободи людини, залишаючись при цьому ефективним керманічем державного управління, адже, як слушно зазначає О. Петришин, суспільство і є найвідповідальнішим підґрунтям для практичного здійснення правових норм, де тільки й можуть скластися реальні показники ефективності права [23, с. 20]. Відтак право і мораль складаються із загальних правил поведінки, що виражають певну волю, тобто спрямовані на встановлення і підтримання на необхідному рівні дисципліни і правопорядку в суспільстві, що забезпечується насамперед Основним законом.

Зі сказаного можна зробити висновок, що конституція є одночасно Основним законом держави і всього суспільства. В конституції неодмінно має бути відображено певні вимоги-принципи, які відповідали б принципам усього суспільства. У цьому зв'язку доречно навести думку О. Скрипнюка стосовно того, що у демократичній державі конституція, маючи найвищий статус, виступає тією специфічною інстанцією, яка має вплив не лише на суспільство та громадян, а й на саму державу. Держава не має ні права, ні практичної можливості виносити будь-які розпорядження чи приписи щодо повноти реалізації конституційних норм, їх звуження або обмеження, оскільки конституція виявляється захищеною

від будь-яких можливих проявів свавілля державної влади [24, с. 53-54]. Тому тенденція зростання ролі й значення права в житті суспільства й усього людства в умовах глобалізації, у забезпеченні його стабільності й функціонування корелюється із тенденцією зростання ролі й значення людини як у суспільстві, так і в праві. При цьому змінюється буття самої людини, її потреби та інтереси; значна їх частина набуває глобального характеру, проникає у сферу правових відносин, знаходить прояв у нормах і правилах поведінки, закріплених у нормативно-правових актах (зокрема у конституції. — *Т. П.*) [25, с. 5]. Норми конституції діють безпосередньо, слугують своєрідним стимулом для подальшого розвитку та вдосконалення правової системи загалом і кожного, хто входить до неї як окремий елемент. Процес реалізації норм Основного закону має багаторівневий характер, у зв'язку з чим не тільки елементи правової системи, а й різноманітні зв'язки між ними мають прямий чи побічний стосунок до реалізації конституційних положень і принципів. Особливого значення у цьому сенсі набуває взаємозв'язок і вияв тенденцій безпосереднього впливу конституційних положень на формування й зміцнення правового порядку та формування на цій основі незалежного громадянського суспільства.

На думку К. Россетті, визначаючи автономність громадянського суспільства, правова держава має реагувати на запити і потреби асоційованого громадянства, видавати відповідні законодавчі акти та слідкувати за їх виконанням; інакше кажучи, вона повинна створити ситуацію правової захищеності громадян, сформувані сприятливе правове поле для діяльності створюваних ними суспільних інститутів [26, с. 87]. Таким чином, завдання держави полягає у тому, щоб регулювати відносини між вільними громадянами на основі суворого дотримання норм Основного закону, що покликані гарантувати свободу особи, недоторканність власності, житла та інші права людини і громадянина. Тобто конституція є суспільним правом, і головна її мета — охорона свободи, оскільки свобода людини є засадою життєвого устрою. Ефективність держави залежить від того, наскільки вона здатна акумулювати загальнолюдські інтереси та реалізувати їх у своїй політиці. Держава не може і не повинна абстрагуватися від реальних інтересів та потреб людини, оскільки це призведе до знищення балансу соціальних інтересів у суспільстві. Водночас самій конституції як нормативному регулятору необхідні гарантії правової охорони. У зв'язку із цим суспільство як «контролер» публічної влади в особі різних об'єднань громадян, інших суб'єктів, що консолідуються задля правової охорони конституції, виступає надійним

охоронцем, здатним запобігати можливим спробам держави посягнути на її основи. Саме ці питання є ключовими у становленні парадигми конституціоналізації правопорядку, яка є юридичним оформленням однієї з найважливіших властивостей матерії у найвищій формі її прояву — соціальному житті.

То ж яким буде подальший перебіг даного процесу у забезпеченні прав людини? Головне нині — якомога повніше використати демократичний потенціал, закладений в Конституції України, незалежно від кількості внесених до неї змін. З огляду на це, основними шляхами побудови громадянського суспільства є: підвищенні політичної культури населення, створенні нових можливостей участі громадян в управлінні державними і суспільними справами; активізації процесу роздержавлення усіх сфер суспільного життя, формуванні інститутів громадянського суспільства як ринкового, так і неринкового характеру; постійному удосконаленні контрольних механізмів; максимальному розширенні сфери судового захисту прав і свобод людини; забезпеченні свободи інформації, відкритості суспільства; піднесенні рівня суспільної свідомості, подоланні явищ соціальної пасивності [27, с. 100]. Основою ж конституціоналізації правового порядку та підвищення її ролі для громадянського суспільства, на нашу думку, повинні стати права людини загалом, тим паче, що сьогодні конституційне буття держав дедалі більше пов'язане з такими динамічними тенденціями функціонування світової спільноти, як їх дотримання та захист.

Отже, сучасне суспільство поступово трансформується в якісно новий цивілізаційний стан — інформаційно-технологічний, що вимагає від людини більш високого, порівняно з наявним рівнем освіти та інтелектуального розвитку, нового типу мислення, орієнтації своєї діяльності на майбутній стан соціально орієнтованої реальності. До таких складних видів діяльності, як забезпечення правопорядку, це має безпосередню причетність. Відтак послідовна конституціоналізація правового порядку повинна гарантувати, щоб публічна влада діяла на основі критеріїв раціональності, пропорційності, конституційності і такими засобами, які передбачають мінімально обмежене втручання у процес реалізації основних прав людини. Конституція має містити базову логіку взаємин особи із суспільством і державою, будучи інструментом для подолання соціальних і політичних криз, відтак забезпечити необхідний для здійснення перетворень рівень стабільності суспільних відносин, що є запорукою ефективного правопорядку.

Список використаних джерел

1. Оніщук М. В. Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики: моногр.— К.: Вид-во Європ. ун-ту, 2009.— 450 с.
2. Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини: Указ Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 // [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/501/2015>
3. Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук.— К.: Реферат, 2002.— 344 с.
4. Разметаєва Ю. С. Права людини як фундаментальна цінність громадянського суспільства: моногр. / Ю. С. Разметаєва.— Х.: Фінарт.— 2013.— 196 с.
5. Громадянське суспільство: політичні та соціально-правові проблеми розвитку: монографія / Г. Ю. Васильєв, В. Д. Воднік, О. В. Волянська та ін.; за ред. М. П. Требіна.— Х.: Право, 2013.— 536 с.
6. Крусс В. И. Конституціоналізація права: основи теорії: монографія / В. И. Крусс.— М.: Норма: ИНФРА-М, 2016.— 240 с.
7. Подковенко Т. О. Український вимір демократії та становлення громадянського суспільства // Часопис Київ. ун-ту права.— 2009.— № 3.— С. 86-91.
8. Оніщенко Н. До питання про пошук балансу у співвідношенні громадянського суспільства та держави // Право України.— 2014.— № 4.— С. 55-62.
9. Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України: моногр. / [наук. ред. Ю. С. Шемшученко; відп. ред. Н. М. Пархоменко].— К.: Юрид. думка, 2013.— 308 с.
10. Nations in Transit: [Електронний ресурс]— Режим доступу: <http://www.freedomhouse.org>
11. Селіванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд: Професійні та суспільні погляди.— К.: УАІД «Рада», 2009.— 560 с.
12. Костенко О. Яка Конституція нам потрібна, або Свобода людини проти правової сваволі // Віче.— 2015.— № 13.— С. 28-29.
13. Крижанівський А. Ф. Правопорядок у суспільно-правничих контекстах: спроба системного бачення // Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. ст. за матеріалами ІV Міжнар. наук.-практ. конф. (Луцьк, 1-2 червня 2007 р.): у 2 т. / уклад. Т. Д. Климчук, І. М. Якушев.— Луцьк: Вежа, 2007.— Т. 1.— С. 61-66.
14. Гаврилюк Р. А. Методологическая традиция доктрины естественного права: моногр. / Руслана Гаврилюк.— Черновцы: Чернов. нац. ун-т, 2012.— 788 с.
15. Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Право-

- суддя. Держава): моногр.— К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корещько-го НАН України, 2012.— 317 с.
16. Кистяковский Б. А. В защиту права // Вехи.— М., 1991.— С. 122-129.
 17. Проблеми сучасної конституціоналістики: навч. посіб. / М.П. Орзіх, М.В. Афанасьєва, В.Р. Барський [та ін.]; за ред. М.П. Орзіха.— К.: Юрінком Інтер, 2011.— 272 с.
 18. Савчин М. Емоційність та раціональність в контексті сучасного конституціоналізму // Філософія права і загальна теорія права.— 2015.— № 1-2.— С. 176-193.
 19. Демократичні засади державного управління та адміністративне право: моногр. / [кол. авт.: Шемчушенко Ю. С., Авер'янов В. Б., Андрійко О. Ф., Кресіна І. О., Нагребельний В. П. та ін.]; за заг. ред. д-ра. юрид. наук. В. Б. Авер'янова.— К.: Юридична думка, 2010.— С. 496 с.
 20. Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЄ ОБСЄ; Витяг, Міжнародний документ від 29.06.1990 // [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_082
 21. Здіорук О. І. Пріоритети розвитку громадянського суспільства в Україні // Стратегічні пріоритети.— 2010.— № 1.— С. 66-69.
 22. Держава і громадянське суспільство в Україні: проблеми взаємодії: моногр. / Кресіна І. О., Скрипнюк О. С., Коваленко А. А., Перегуда Є. В., Стойко О. М., Балан С. В., Полішкарова О. О., Явір В. А.; за ред. І. О. Кресіної.— К.: Логос, 2007.— 316 с.
 23. Петришин О. В. Верховенство права в системі дії права // Проблеми законності.— 2009.— № 10.— С. 18-30.
 24. Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практики реалізації: до десятої річниці прийняття Конституції України.— К.: Акад. правових наук України, 2005.— 168 с.
 25. Удовика Л. Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антрополог. вимір: моногр. / Л. Г. Удовика.— Х.: Право, 2011.— 552 с.
 26. Rossetti C. Constitutionalism and Clientelism in Italy: [Text] / C. Rossetti. Boulder (Colo.): Lynne Rienner, 1994.
 27. Лютюк О. До проблеми розуміння функцій громадянського суспільства // Право і громадянське суспільство.— 2013.— № 2.— С. 96-103.

МОРАЛЬНІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД

І. Припхан

*Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Івано-Франківськ, вул. Максимовича, 13, e-mail: masjaha@mail.ru*

Інститут прав і свобод людини заснований на моральності і зумовлений моральними орієнтирами. Практично кожне суб'єктивне право і кожна свобода містять в собі норми моральності, які, по відношенню до правової норми виступають співрегуляторами поведінки, відповідним чином реалізуються і мають свою специфіку в соціальній, політичній, економічній та духовно-культурній сферах.

Вчені виділяють два основні способи конституційного формулювання прав і свобод: позитивний і негативний. Позитивний спосіб передбачає констатацію факту, що суб'єкт має право зробити те чи інше діяння. Більшість держав при закріпленні свобод використовують позитивний спосіб їх формулювання. Прикладом позитивного формулювання максимального переліку особистих прав і свобод є наступне: «кожен має право на свободу слова, думки, совісті, пересування і т.д.».

Негативний спосіб означає лише заборону будь-яких діянь, що порушують те чи інше право або свободу, а іноді — встановлення обмежень реалізації прав. У негативному способі найбільш яскраво проявляється моральний аспект сприйняття людиною меж її дій. В даному випадку, як правило, норми моральності, поряд з іншими обмежувачами (наприклад, державними або суспільними інтересами), виступають межею реалізації прав і свобод. Як приклад негативного регулювання можна привести положення ст. 28 Конституції України: «Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню» [1].

Негативний спосіб більшою мірою відповідає концепції природного права, тобто допускає можливість використання і захисту будь-якого загальновизнаного права. У той же час позитивний спосіб підвищує рівень інформованості населення про свої права і свободи.

В системі прав і свобод виділяють права, що включають в себе цілий комплекс інших особистих прав і свобод. У цьому разі система моральних норм виступає поряд із правом співрегуляторами поведінки. До числа таких прав варто віднести право на свободу приватного життя

та особисту недоторканність. Це право має широкий зміст з огляду на закріплення в конституціях таких різноманітних його складових, як заборона тортур і нелюдського або такого, що принижує гідність поводження і покарання, необґрунтованих затримань, арештів, позбавлення волі.

Як правило, держави в тексті конституцій одночасно з заборонаю необґрунтованих затримань, арештів і позбавлення волі включають гарантії на випадок порушення цих заборон. Такі положення є в конституційних текстах більшості держав незалежно від приналежності держави до тієї чи іншої правової сім'ї або часу прийняття конституції.

Стаття 29 Основного Закону України закріплює, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника. Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання. Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого [1].

У багатьох конституціях сучасних держав закріплюється право на недоторканність приватного життя (іноді говорять про захист приватного життя). Як зазначає І. В. Михайленко, всі компоненти права на недоторканність приватного життя утворюють певну єдність — комплексний правовий інститут, що складається з норм різних галузей права [2, с. 10]. Однак, як вважає Ю. Кириченко, великого значення набуває саме конституційне закріплення цього права людини, оскільки таке закріплення підвищує юридичну значимість забезпечення цього компонента самореалізації особистості і створює справжні основи комплексності даного інституту [3, с. 34-35].

Основний Закон України встановлює, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України (ст. 32) [1].

Право на недоторканність приватного життя закріплюється нерідко одночасно з гарантіями охорони тих сторін особистого життя людини, які не варто робити надбанням інших (заборона на збирання, зберігання, використання та поширення інформації про приватне життя особи без її згоди). Багато країн вказують в конституціях, що таємниця кореспонденції, що включає таємницю листування, телефонних переговорів, поштових, телеграфних та інших повідомлень, гарантується державою і знаходиться під її захистом.

Серед свобод, зміст яких визначається вимогами моральності, виділяються свобода совісті і віросповідання, а також свобода слова, думки і переконань. Способи та форми реалізації цих свобод мають найважливішу морально-етичну межу — вони не повинні обмежувати моральні почуття інших людей.

Особливістю свободи совісті та віросповідання є визнання релігійних норм лише в якості одного з можливих, але не обов'язкових джерел духовного розвитку людини. Більшість сучасних демократичних держав, як і Україна, є, як правило, світськими, церква в них відділена від держави і школи, а свобода совісті і віросповідання гарантується.

Конституції і закони більшості країн світу встановлюють межі свободи слова. Як правило, до числа обмежувачів відноситься і мораль. Певні обмеження свободи слова полягають в неприпустимості публичних закликів до насильницького захоплення чи утримання влади, насильницької зміни конституційного ладу, розпалювання національної, расової або релігійної ворожнечі, закликів до розв'язування агресивної війни. Так, ст. 34 Конституції України гарантує кожному «право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб — на свій вибір. Здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя» [1].

Найважливішим природним правом людини, що має моральну основу, є право на гідність. У конституціях більшості держав, прийнятих в останні десятиліття, розділи про права людини і громадянина відкриваються поняттям «гідність людини». Це право гарантується цілим комплексом особистих прав і свобод.

На думку О. В. Грищука, «поняття гідності людини пов'язується в основному з цінністю людини та оцінкою її значення і місця у суспільстві та державі. Саме оціночний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на поведінку людини, на основі якого формуються еталон вимог, що виставляється до дій людей у конкретній ситуації з конкретного приводу. Ці вимоги стають особистими нормами дій лише у випадку, коли вони забезпечуються перш за все внутрішнім переконанням людини в їх корисності, вигідності, цінності як для неї самої, так і для інших людей» [4, с. 360].

Нерідко, поряд з гідністю, держава прагне гарантувати такі близькі до неї цінності, як честь і добре ім'я. На наш погляд, ці поняття є складовими змісту гідності. Крім них гідність охоплює такі цінності, як гідний рівень життя, вільний розвиток особистості, захист від наклепу і інформації, що ганьбить честь і добре ім'я та інші. Сьогодні не існує будь-якого усталеного юридичного поняття гідності, проте в перспективі слід було б сформулювати хоча б приблизне його поняття на міжнародно-правовому рівні, що забезпечило б зближення позицій держав в цьому питанні.

Стаття 28 Конституції України гарантує кожному право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям [1].

Особливий моральний сенс має конституційне право на життя. Норми моральності створені людьми і тому знищення життя є одночасно запереченням людської моральності. Конституції багатьох країн світу проголошують право на життя і гарантії його забезпечення. Позитивний спосіб формулювання права на життя характерний для більшості європейських держав. Основний Закон України проголошує, що «кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави — захищати життя людини. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань» [1].

Природний і невідчужуваним характер права на життя не означає повної відсутності обмежень цього права. До правових обмежень (включаючи повне позбавлення цього права), що застосовуються в разі необхідності обмежити право на життя заради загального блага інших, більш значущих в кожному конкретному випадку цінностей (зокрема, громадська та державна безпека, інтереси стабільного правопорядку, життя інших людей) відносяться необхідна оборона, крайня необхідність.

Особливим вираженням права на життя і права на гідність є право на достатній рівень життя. Держави в своїх конституціях орієнтуються на міжнародно-правові стандарти, але нерідко формулюють власне розуміння гідного життя. В Україні право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї включає достатнє харчування, одяг, житло.

Ще один сучасний інститут громадянського суспільства, який одночасно захищається правом і нормами моралі, є інститут сім'ї. Так, відповідно до Конституції «шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою» [1].

Моральні основи поведінки особистості, а також державного і суспільного ладу, що закріплюються в конституціях держав, поки не стали предметом серйозного узагальнення на міжнародно-правовому рівні. На складність розгляду даної проблеми звернуто увагу в рішенні Європейського суду з прав людини від 24 травня 1988 року по справі Мюллер та інші проти Швейцарії, в якому зазначено, що в даний час відсутня єдина європейська концепція моралі, а моральні вимоги істотно видозмінюються в залежності від місця і часу, особливо в сучасну епоху. Тому визначення справжнього змісту суспільної моралі і моральності й можливості застосування пов'язаних з цим обмежень входить в компетенцію національної влади. Не випадково саме на цю обставину вказується і в пункті 27 «Сіракузьких принципів тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права»: «Оскільки суспільна мораль змінюється з плином часу і вона різна у різних культур, то держава, яка посилається на суспільну мораль як основу для обмеження прав людини, при визначенні меж свободи дій повинна безумовно показати, що таке обмеження є істотним для підтримки основних цінностей суспільства» [5].

Резюмуючи викладене, відзначимо, що моральність як система ціннісних орієнтирів відіграє визначальну роль в регулюванні і визначенні змісту конституційних прав і свобод. Незважаючи на певні відмінності в моральному обґрунтуванні прав і свобод, що викликані особливостями правових культур і традицій держав, спостерігаємо прагнення вітчизняного законодавця врахувати позитивний досвід інших держав по наповненню конституційно-правового статусу особи моральними основами. В умовах, що склалися, важливого значення набуває формування правових стандартів моральної поведінки особистості та соціальних груп.

Список використаних джерел

1. Конституція України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сервер Верховної Ради України.— Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр
2. Михайленко І.В. Право людини на недоторканість приватного життя: поняття, аспекти, механізм реалізації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 — Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / І.В. Михайленко; кер. роботи О.В. Петришин; офіц. опон.: В.О. Серьогін, О.З. Панкевич; НЮУ ім. Ярослава Мудрого.— Харків, 2014.— 20 с.
3. Кириченко Ю. Конституційне закріплення права на невтручання в особисте і сімейне життя в Україні та європейських державах: порівняльно-правовий аналіз / Ю. Кириченко // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.— 2013.— № 5.— С. 34-40.
4. *Грищук О.В. Особливості закріплення ідеї людської гідності у правових актах Ради Європи / О.В. Грищук // Університетські наукові записки.— 2013.— № 1.— С. 360-367.*
5. Сіракузькі принципи тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14624>.

КРИТЕРІАЛЬНІ ПОКАЗНИКИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СТАНДАРТ

П. Рабінович

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: rmpetro2009@gmail.com*

Якщо феномен верховенства права не виразити у таких показниках, які можуть бути виявлені емпірично, то й сам принцип верховенства права лишатиметься «голою» ідеєю, абстрактною декларацією, мало-придатною для практичної реалізації.

Істотний крок до формулювання таких критеріїв зробила у березні минулого року Комісія Ради Європи «За демократію через право» (Венеційська комісія). Вона на своєму 106-му пленарному засіданні 11-12 березня 2016 року затвердила перелік контрольних питань для оцінки дотримання верховенства права під назвою «Верховенство права: перелік контрольних питань» («Rule of Law Checklist») [1].

У ньому — на розвиток її Доповіді «Про верховенство права», ухваленої ще у 2011 році,— були змістовно конкретизовані сформульовані у згаданій Доповіді основні елементи (вимоги, підпринципи, критерії) верховенства права.

Важливо відзначити, що цей унікальний документ пізніше був схвалений на Нараді № 1263 Комітету міністрів Ради Європи 6-7 вересня 2016 року, а також на 31-й пленарній сесії Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи 19-21 жовтня 2016 року. Тому є підстави вважати, що названий документ набув статусу загальноєвропейського стандарту контрольних показників верховенства права.

Задля хоча б початкового, попереднього ознайомлення читачів цієї збірки статей зі змістовною структурою означеного документа відтворимо далі його «Зміст».

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПЕРЕЛІК КОНТРОЛЬНИХ ПИТАНЬ (RULE OF LAW CHECKLIST)

Зміст

I. ВСТУП

A. Мета і сфера дії

B. Верховенство права у сприятливих умовах

II. КРИТЕРІЇ ОЦІНЮВАННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

A. Законність

1. Верховенство закону
2. Дотримання вимог закону
3. Взаємодія міжнародного й національного права
4. Правотворчі повноваження органів виконавчої влади
5. Правотворчі процедури
6. Винятки у надзвичайних ситуаціях
7. Обов'язок виконувати закон
8. Приватні особи, відповідальні за виконання публічних завдань

B. Юридична визначеність

1. Доступність законодавства
2. Доступність судових рішень
3. Передбачність закону
4. Стабільність і послідовність закону
5. Легітимні очікування
6. Неможливість зворотної дії закону
7. Принципи “*nullum crimen sine lege*” та “*nulla poena sine lege*”
8. *Res judicata*

C. Запобігання зловживанню повноваженнями

D. Рівність перед законом і недискримінація

1. Загальний принцип оцінювання
2. Недискримінація
3. Рівність у праві
4. Рівність перед законом

E. Доступ до правосуддя

1. Незалежність та неупередженість суду
 - a. Незалежність судівництва
 - b. Незалежність окремих суддів
 - c. Неупередженість судівництва
 - d. Прокуратура: автономія і підконтрольність
 - e. Незалежність та неупередженість адвокатури
2. Справедливе судочинство
 - a. Доступ до судів
 - b. Презумпція невинуватості
 - c. Інші аспекти права на справедливе судочинство
 - d. Ефективність судових рішень
3. Конституційне правосуддя (якщо це може бути застосовано)

F. Приклади деяких викликів верховенству права

1. Корупція та конфлікт інтересів
 - a. Запобіжні заходи
 - b. Заходи кримінально-правового впливу
 - c. Ефективне дотримання та запровадження запобіжних і примусових заходів
2. Збирання інформації та наглядання
 - a. Збирання та оброблення особових даних
 - b. Цілеспрямоване наглядання
 - c. Стратегічне наглядання
 - d. Відеонаглядання

III. ВИБРАНІ СТАНДАРТИ

III.a. Загальні стандарти верховенства права

1. Тверде право
2. М'яке право
 - a. Рада Європи
 - b. Європейський Союз
 - c. Інші міжнародні організації
 - d. Показники верховенства права

III.b. Стандарти критеріїв оцінювання верховенства права

A. Законність

1. Тверде право
2. М'яке право

B. Юридична визначеність

1. Тверде право
2. М'яке право

C. Запобігання зловживанню повноваженнями

1. Тверде право
2. М'яке право

D. Рівність перед законом і недискримінація

1. Тверде право
 - a. Рада Європи
 - b. Європейський Союз
 - c. Інші міжнародні організації
2. М'яке право

E. Доступ до правосуддя

1. Тверде право
2. М'яке право

- a. Рада Європи
- b. Європейський Союз
- c. Організація Об'єднаних Націй
- d. Співдружність націй
- e. Організація безпеки і співробітництва в Європі
- f. Інші міжнародні організації
- g. Інші

F. Приклади викликів верховенству права

- 1. Тверде право
 - a. Корупція
 - b. Збирання інформації та наглядання
- 2. М'яке право
 - a. Корупція
 - b. Збирання інформації наглядання

Коментуючи цей документ, Венеційська комісія у «Вступі» до нього відзначила, зокрема, що згаданий список контрольних питань міг би стати найважливішим інструментом, який дозволив би давати якісну і кількісну оцінку показників верховенства права; причому оцінку об'єктивну, детальну, транспарентну та однакову.

Венеційська комісія зауважила, що такого роду оцінки «необхідно здійснювати з урахуванням усього контексту документа, уникаючи механічного застосування тих або інших елементів контрольного списку питань».

Згідно бачення Венеційської комісії, запропонований нею контрольний список питань не є а ні вичерпним, а ні остаточним. З часом він може змінитися і бути розширеним задля відображення інших аспектів або для їх деталізації. Можуть виникати нові проблеми, котрі також потребуватимуть його перегляду. У зв'язку з цим Венеційська комісія забезпечить його регулярне переглядання та актуалізацію.

З огляду на надзвичайно важливу значущість для вітчизняної юридичної практики й науки означеного європейського стандарту критеріальних показників наявності верховенства права видається доцільним, аби він був якомога швидше повністю опублікований (наприклад, у журналі «Право України»).

Верховенство права — ***глобальний принцип і всесвітній ідеал***. Ця ідея, можна сказати, червоною стрічкою проходить через весь означений документ Венеційської комісії. Так, у ньому відзначається, що ООН проголосила верховенство права всезагальним базовим принципом; на

регіональному ж рівні це було зроблено Організацією американських держав, (зокрема у Міжамериканській демократичній хартії), і Африканським Союзом (зокрема у його Установчому акті). Посилання на верховенство права також можна зустріти у документах Ліги арабських держав. В іншому місті згаданого документа Венеційська комісія відзначила, що верховенство права стало глобальним ідеалом й прагненням, основні принципи котрого діють в усьому світі.

Водночас вона констатувала, що «досягнення повного верховенства права це ще залишається нездійсненим завданням навіть у країнах із сталою демократією». А тому для позитивної оцінки стану верховенства права не є обов'язковою відповідність усім параметрам контрольного списку питань. При оцінці необхідно брати до уваги, які параметри не дотриманими, до якої міри, в якому сполученні і таке ін.

Список використаних джерел

1. Rule of Law Checklist CDL-AD(2016)007 adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).

ПРАВА ЛЮДИНИ І КОНСТИТУЦІЙНІ РЕВОЛЮЦІЇ З ПОГЛЯДУ «ЧИСТОГО ВЧЕННЯ ПРО ПРАВО»

С. Рабінович

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: serg_rabin@yahoo.com*

Попередні зауваги. Ключові етапи конституційного процесу — конституційна реформа 2004 року, «контрреформа» 2010 року та відновлення дії попередньої редакції Конституції України в лютому 2014 року, так само як і подальший процес внесення змін до Основного Закону позначились конфліктами між політичною доцільністю та конституційною законністю.

Політичні й правові аспекти конституційних змін 2004-2014 років уже неодноразово розглядалися у вітчизняному правознавстві (О. Бориславська [1], С. Вдовіченко [2, с. 20-31], В. Кампо [2, с. 46-60], Д. Коваль [3], В. Колісник [4, с. 22-32; 5 та ін.], М. Мельник [6], О. Мережко [7], О. Мироненко [8], Ю. Мірошниченко [2, с. 32-45], В. Мусяка [9], В. Овчаренко [2, с. 46-60], С. Рабінович [10, с. 147-152], В. Речицький [2, с. 12-21; 11 та ін.], С. Різник [12], М. Савчин [13], П. Стецюк [14], М. Теплюк [15], І. Тимченко [16], В. Шаповал [17], О. Ющик [15; 18 та ін.]). При цьому здійснювався правовий аналіз окремих етапів конституційного процесу, розглядалися їх матеріально-правові, конституційно-процедурні й соціально-політичні аспекти, піддавались оцінці конституційність, чинність і легітимність конституційних актів, для чого наводились різноманітні види аргументів — юридичні, політичні й соціологічні.

Особливо прикметно, що в офіційній і неофіційній аргументації змін Конституції 2004, 2010 і 2014 років (які, наголосимо, описують траєкторію своєрідного конституційно-правового маятника) широко використовувались прямі чи імпліцитні апеляції до необхідності забезпечення верховенства права і природних прав людини. Повторення тотожних аргументів у діаметрально протилежних ситуаціях не може наводити на думку щонайменше про їх недостатність, а також вказувати на потребу звернення до більш глибоких, теоретико-методологічних основ оцінювання конституційних змін, які у більшості робіт переважно залишаються недостатньо проясненими. З огляду на це міркування й доводи, що наводяться окремими авторами навіть в рамках однієї публікації, іноді можуть ґрунтуватися на відмінних типах правової логіки й тому нерідко виявляються непорівнянними з доводами їх опонентів. В деяких

випадках має місце несвідома підміна конституційно-правових оцінок суто політичними, або ж, навпаки, абстрагування від політичної реальності на користь чистоти конституційної догматики.

Натомість, плідне обговорення теоретичних проблем конституційного процесу видається можливим за умови чіткого усвідомлення використовуваних дослідницьких підходів та меж її застосування.

У конституційно-правових і міждисциплінарних дослідженнях процес зміни конституції нерідко описується за допомогою термінопонять, значення яких належать до відмінних смислових рядів. Останні, своєю чергою, відповідають базовим методологічним підходам до розгляду конституційного процесу: формально-юридичним, соціологічним та аксіологічним. Деякі з таких смислових рядів представлені нижче: формально-юридичний — легальність, конституційна законність, чинність та ін.; соціолого-правовий — дієвість, виконуваність, реальність тощо; політико-соціологічний — доцільність, ефективність та ін.; соціолого-психологічний — бажаність, очікуваність та ін.; аксіолого-правовий — справедливість, пропорційність, матеріальна конституційність тощо; аксіолого-політичний — демократизм, прогресивність, легітимність та ін.

Множинність значень окремих термінопонять («конституційність», «легітимність», «дійсність» тощо), які, залежно від обраного підходу, можуть належати до різних смислових рядів, ускладнює обговорення політико-правових аспектів конституційних революцій. Це зумовлює необхідність уточнення значень використовуваної термінології.

З урахуванням викладеного пропонується стаття являє собою спробу уточнити теоретико-методологічне підґрунтя аналізу конституційних змін, зокрема таких змін, за яких відбувається розрив правової наступності. Засобом для цього слугуватиме звернення до роботи Ганса Кельзена «Чисте правознавство» (1934) [19; 20], яка не втрачає своєї методологічної значущості й донині.

«Чисте вчення про право»: юридична революція і революційна конституція. Насамперед наведемо кілька тверджень, які розкривають погляд автора на роль впливу фактичної дієвості конституційних норм на їх чинність.

Згідно з Кельзеном, «мінімум так званої дієвості є умовою чинності норми <...> правова норма вже не розглядатиметься як чинна, якщо вона тривалий час лишається недієвою» [19, с. 21]. «Норми правового порядку бувають чинними *тому, що* засаднича норма, котра становить основне правило їх створення, припускається як чинна, а не тому,

що вони є дієвими; однак вони є чинними тільки *тоді*, себто поки цей правовий порядок є дієвим. Як тільки конституція, а отже і установлений на її основі правовий порядок як цілість втратять свою дієвість, тоді і правопорядок, і кожна його норма утратять свою чинність». Дієвість правової норми тут прямо визнана необхідною умовою її чинності [19, с. 239, 240].

В іншому місці «Чистого вчення про право» зазначається: «Писані конституції містять, як правило, особливі приписи, що стосуються процедури, за якою, і тільки за якою, вони можуть бути змінені. Принцип, згідно з яким норма правового порядку є чинною доти, доки її чинність не буде припинена одним із визначених цим правопорядком способів чи доки тієї чинності не замінять чинністю якоїсь іншої норми цього самого правопорядку, є принципом легітимності.

Однак цей принцип може бути застосований до державного правового порядку лише з одним украй важливим застереженням. У випадку революції він не застосовується.

Юридичне поняття революції, використане австрійським правознавцем у першому виданні «Чистого вчення про право» (1934) і згодом відтворене у його другому виданні 1960 року, стало одним із численних здобутків доктринальної спадщини Кельзена. Згідно з Кельзеном, «революція в ширшому розумінні слова, яке охоплює і державний переворот, є всякою нелегітимною, себто такою, що не відповідає положенням конституції, зміною цієї ж конституції або ж її заміною іншим основним законом. З юридичної точки зору байдуже, чи відбулась ця зміна правової ситуації шляхом спрямованого проти законного уряду застосування сили, чи членами цього ж самого уряду; рухом мас — чи групою індивідів. Вирішальним є, що чинна конституція у певний спосіб змінюється або ж цілковито замінюється деяким чином, не передбаченим попередньою конституцією» [19, с. 233-234]. Якщо у Кельзена йшлося лише про «революційну конституцію» як таку, що була створена не у відповідності з приписами старої конституції, то відомий сучасний соціолог і конституціоналіст А. Медушевський послуговується вже поняттям «конституційної революції», «революції в юридичному сенсі», ведучи мову, однак, про цілковиту відмову від наступності, «розрив наступності політичної влади всередині держави, за якого відбувається радикальний перегляд цінності публічно-правових норм» [30, с. 55]. Розуміння А. Медушевським юридичної революції суттєво відрізняється від кельзенівського: у фундатора нормативізму революційність конституції визначається процедурними порушеннями, які мали місце при її прийнятті

або зміні, тоді як, натомість, А. Медушевський веде мову про розрив наступності матеріально-правової.

З урахуванням сказаного тут і надалі ми використовуватимемо поняття конституційної революції у процедурному розумінні, коли Основний закон, за Кельзенем, «змінюється деяким чином, не передбаченим попередньою конституцією». Саме таке терміновживання видається виправданим для опису конституційної історії України з урахуванням тієї обставини, що, починаючи з 2004 року, зміни Основного закону відбувались із тими чи іншими порушеннями процедурних конституційних норм, тобто, з погляду кельзенівського нормативізму, шляхом юридичних (конституційних) революцій.

<...> Засаднича норма належить лише до такої конституції, що є фактично запровадженою через законодавчий акт або звичай і є дієвою. А конституція є дієвою, коли установлені відповідно до неї норми в загальному й цілому застосовуються й виконуються. <...> Якщо б революція не перемогла, себто коли б революційний — створений не за попередньою конституцією — основний закон не набув дієвості... <...> ...тоді б революція не вважалась би процесом створення нового права, а тлумачилася б — згідно з попередньою конституцією й карним законодавством, що все ще спиралося б на неї й вважалося б чинним, — як державна зрада. Застосований у цьому випадку принцип називається принципом ефективності. Таким чином, принцип легітимності обмежується принципом ефективності» [19, с. 233-234] (курсив наш. — С.Р.; переклад уточнено за [20]).

Наведені положення прикметні у кількох відношеннях. По-перше, чітко розрізняючи формально-юридичні («чинність») конституції та соціологічні («дієвість») характеристики конституції, саме останні правознавець розглядає як необхідну передумову для перших, дещо несподівано й водночас цілком недвозначно виявляючи суттєву роль соціологічних й політичних передумов у своїх теоретичних побудовах [див.: 21]. При цьому Кельзен намагається розмежувати співвідносне значення юридичних й соціальних чинників як, відповідно, детермінуючих із логічною необхідністю («тому, що») і таких, що обумовлюють чинність конституції зовні («тоді», «поки»). І хоча характер обох чинників є якісно відмінним, однак роль емпіричної реальності для визнання норми чинною виявляється тут аж ніяк не меншою, аніж ідеальної юридико-нормативної реальності.

По-друге, мислителем запроваджуються юридичне значення поняття революції та похідне від нього поняття революційної конституції. Оцінка

«революційності» конституції (радше, революційності її зміни) передбачає виключно нормативістський критерій — відповідність конституційним умовам і порядку зміни основного закону, названий у Кельзена «легітимністю». Важливе застереження, згідно з яким принцип легітимності *не застосовується* у випадку революції, засвідчує поступку, на яку в цьому пункті нормативізм йде перед соціологією й політологією: у пункті зустрічі права і сили право «не застосовується». На відміну від поглядів, обстоюваних Кельзенем у працях 1920-х років, тут уже не держава визнається тотожною своїй конституції [22, с. 35], а навпаки, прямо визнається, що смисл «конституційного» задається державною владою та її ефективним, *а отже і законним* урядом: «згідно із засадничою нормою всякого державного правового порядку фактично існуючий уряд, що на основі дієвої конституції запроваджує дієві загальні і індивідуальні норми, і є законним урядом держави» [19, с. 234]. І хоча згаданий вище вислів «не застосовується» можна розглядати як суто описовий, однак йому може бути надано також і нормативне значення.

По-третє, фундатор нормативізму пов'язує чинність змін конституції з успіхом чи неуспіхом революції. Джерелом чинності конституції із необхідністю виявляється ефективний уряд. При цьому кельзенівське поняття революції охоплює, зокрема й неконституційні дії органів державної влади зі зміни основного закону держави. Таким чином, у Кельзена йдеться про суто *юридичну*, «конституційну» (вислів А. Медушевського) революцію, яка, вочевидь, не завжди поєднується з революцією соціальною.

Конституційні революції в Україні. Наведені вище положення можуть бути використані при розгляді взаємозв'язку легальності й легітимності у процесі змін Конституції України у 2004-2014 роках. Коротко схарактеризуємо основні етапи цього процесу.

Перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми державного правління в Україні було оформлено Законом України від 8 грудня 2004 року [23], прийнятого під час подій Помаранчевої революції. Порушення конституційної процедури, допущені при цьому парламентом, були досить очевидними як для прихильників, так і для супротивників зміни Основного Закону. Таким чином, з кельзенівських позицій у цьому випадку є достатні підстави стверджувати про конституційну революцію 2004 року, яка відбувалась в умовах політичної революції.

26 червня 2008 року Конституційний Суд України ухвалив Рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів від фрак-

цій «БЮТ» і «НУ-НС» [24; 25]. Рішенням було визнано неконституційними положення Закону України «Про Конституційний Суд України», згідно з яким юрисдикція Суду не поширюється на вирішення питання щодо конституційності законів про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності. Вказане подання і Рішення були спрямовані на створення юридичного підґрунтя для припинення дії змін і доповнень до Конституції, здійсненого у 2010 році зусиллями вже іншої політичної сили — команди В. Януковича. Не можна не звернути увагу й на те, що згаданим Рішенням Конституційний Суд України розширив у неконституційний спосіб межі власної компетенції, визначені в Основному Законі.

Наступним пунктом зворотного руху «маятника» конституційних змін стали події 30 вересня 2010 року. Тоді Конституційний Суд України за поданням 252 народних депутатів — членів «Партії регіонів» ухвалив Рішення № 20-рп/2010 у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України [26], яким було визнано неконституційним Закон України № 2222-IV. З формально-юридичного погляду підстав для розгляду питання про конституційність вказаних положень Закону № 2222 КСУ не існувало: ці положення не були чинними (не діяли) на момент звернення з конституційним поданням, тому ані розглядатись на предмет конституційності, ані втратити свою чинність вони не могли. Окрім цього, Конституційний Суд України не наділений правом наступного контролю конституційності змін до Основного закону. Отже, згідно з Кельзенем, є підстави констатувати наступну конституційну революцію, а радше — контрреволюцію або ж, радше, «реставрацію».

Акти українського парламенту від 21-22 лютого 2014 року [27; 28], прийняття яких відбулось в очевидній формальній суперечності з положеннями Конституції, юридично оформили ще одну конституційну революцію в Україні.

З позицій доктрини нікчемності правових актів (яка, зауважимо, не поділялась Кельзенем [29, с. 181]) можна було б стверджувати, що протягом більше ніж трьох років після ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року державний механізм України функціонував у режимі лише фактичної конституції, паралельно із застосуванням якої суто формально зберігала свою чинність Конституція зі змінами, внесеними 8 грудня 2004 року. Однак відповідно до теорії Кельзена, зміна «засадничої норми» правопорядку, згідно з якою «належить виконувати нову конституцію», залежить від успішності юридичної революції, яка відбулась; водночас правова норма вже не вважається чинною, якщо вона тривалий час не застосовується, залишаючись недієвою. З такого

погляду про чинність Конституції 2004 року вже навряд чи могло йтись під час Революції гідності 2013-2014 років. З огляду на використовуваний Кельзенем «принцип ефективності», в лютому 2014 року чинність Конституції України в редакції 2004 року могла вважатись уже *de facto* припиненою внаслідок успішної «реставрації» у 2010 році й тривалого незастосування Конституції в редакції 2004 року. Таким чином, компроміс між нормативізмом і соціологією права в питанні співвідношення чинності права з його дієвістю дозволяє уникнути визнання радикального дуалізму юридичної та фактичної конституцій.

Відзначимо, що зміни Конституції у 2004, 2014 роках здійснювались в умовах політичних революцій. Ця обставина, з огляду на заборону зміни конституції в умовах надзвичайного стану, слугує додатковим свідченням юридичної революційності змін. Збройна агресія з боку Росії та початок воєнних дій створили нові підстави для сумнівів у легальності сучасного процесу зміни Конституції. Отже, з позицій «Чистого правознавства» революційний характер притаманний усім конституційним актам, якими оформлювались зміни Конституції України 1996 року. Зміни Основного Закону України відбувались із порушеннями з порушенням конституційних умов та/або процедури внесення змін до конституції, а відтак, за Кельзенем, також мають бути кваліфіковані як «революційні». При цьому розриви процесуально-процедурної наступності поєднуються з частковим збереженням матеріально-правової континуальності конституційних положень.

Теоретичні й практичні висновки. Підхід, який ставить ознаку чинності конституції у залежність від її «мінімальної дієвості», підпорядковує юридичну догматику соціології права. Необхідність відповіді на питання про чинність конституції після здійснення конституційної революції змушує до методологічного компромісу, за якого «чистоту» правознавства, яке було би засноване виключно на формальній юридичній логіці, зберегти неможливо: таким чином, в цьому випадку соціологія конституційного права демонструє свою необхідну доповнюваність щодо нормативізму у питанні *пояснення* юридичних змін, що відбулись в ході конституційної революції. У цьому полягає теоретичний бік розглядуваної проблеми.

Що ж до суто практичної правової *оцінки* дій органів та посадових осіб, якими здійснено таку революцію, слід вказати на таке. Вельми прикметно, що принцип конституційної законності навіть у вченні першого з нормативістів виявляється не абсолютним. Часові рамки застосування вказаного принципу визначаються моментом конституційної революції.

Політичний успіх чи неуспіх революції, «ефективність» або ж «неефективність» революційного уряду стають умовами застосування чи, навпаки, незастосування принципу конституційної законності. За Кельзенем, це не виключає можливості юридичної переоцінки дій органів державної влади, які здійснили попередню конституційну революцію, в разі успіху наступної конституційної революції. Більше того, в останньому випадку така оцінка не тільки може, а й *повинна* бути дана компетентними органами державної влади, оскільки інше суперечило би самій логіці функціонування правової системи та засадам нормативізму. У світлі сказаного доводиться лише з прикрістю констатувати стан глибокої кризи, в якій сьогодні перебуває українська правова система, яка в особі уповноважених осіб сьогодні демонструє очевидну відсутність як фахової спроможності, так і бажання виявляти організаторів, учасників і виконавців сумнозвісної «конституційної афери» 2010 року і давати належну правову оцінку їх діям.

Список використаних джерел

1. Бориславська О. Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України / О. Бориславська // Вісник Конституційного Суду України. — 2015. — № 6. — С. 48-57.
2. Контроль за додержанням належної конституційної процедури / С. Вдовіченко, В. Кампо, В. Овчаренко та ін. — К.: Алерта, 2011. — 94 с.
3. Коваль Д. А. Международно-правовые идеи Ганса Кельзена и современные политико-правовые процессы в Украине / Д. А. Коваль // Український часопис міжнародного права. — № 1-2 / 2014. — С. 68-71.
4. Конституційний процес в Україні (2005-2008). — Харків: Права людини, 2009 р. — 320 с.
5. Колісник В. Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу / В. Колісник // Вісник Конституційного Суду України. — 2015. — № 4. — С. 103-109.
6. Мельник М. Конституційна афера / М. Мельник // Дзеркало тижня. — № 5. — 14 лютого 2014 року.
7. Мережко О. Природне право і помаранчева революція / О. Мережко [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>
8. Мироненко О. М. Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика / О. М. Мироненко. — К.: Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького, 2011. — 910 с.

9. Мусяка В. Будь-яка влада є результат узурпації? / В. Мусяка // Дзеркало тижня.— 2010.— № 40.
10. Рабінович С. Конституція України зі змінами від 8 грудня 2004 року: відновлення дії чи визнання чинності? / С. Рабінович // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матер. XXI звіт. наук.— практ. конф. (4-5 лютого 2016 р.): у 2-ох ч. Ч. 1.— Львів: Юрид. фак.-т Львів. нац. ун-ту імені Івана Франка, 2016.— 220 с.
11. Речицький В. Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні // Права людини в Україні.— 1-14 квітня 2014 року.— С. 2-5.
12. Різник С. Про нез'ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності / С. Різник // Вісник Конституційного Суду України.— 2015.— № 6.— С. 58-66.
13. Савчин М. Конституційний Суд України та реалізація Конституції України / М. Савчин // Публічне право.— 2015.— № 1.— С. 9-17.
14. Стецюк П. Зміни до конституції України 1996 року: поступ чи криза конституціоналізму? / П. Стецюк // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид.— 2006.— Вип. 42.— С. 133-143.
15. Теплюк М. Правові проблеми змінення Конституції України / М. Теплюк, О. Ющик // Право України.— 2007.— № 12.— С. 3-7.
16. Тимченко І. Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот? / І. Тимченко // Народ і влада в Україні.— 2008.— № 1.— С. 14-19.
17. Шаповал В. Без парламенту змінити Конституцію сьогодні неможливо / В. Шаповал // Віче.— 2009. липень.— № 13.
18. Ющик О. Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади / О. Ющик // Дзеркало Тижня.— № 35.— 3 жовтня 2014 року.
19. Кельзен Г. Чисте правознавство: з додатком: Проблема справедливості / Г. Кельзен; пер. з нім. О. Мокровольський.— К.: Юніверс, 2004.— 496 с.
20. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. переводов. Вып. 1 / Пер.: Лезов С. В., Пивоваров Ю. С.— М.: Изд-во ИНИОН РАН, 1987.— 195 с.
21. Антонов М. В. Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок / М. В. Антонов // Філософія права і загальна теорія права. 1/2012.— С. 250-256.
22. Шмитт К. Политическая теология / К. Шмитт; пер. с нем.; сост. А. Филиппова.— М.: КАНОН-пресс-Ц., 2000.— 336 с.
23. Голос України від від 08.12.2004.— № 233.— Спец. випуск.
24. Матеріали справи № 1-4/2008 до 13-рп/2008 // Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://ccu.gov.ua:8080/uk/doccatalog/list?currDir=14245>

25. Офіційний вісник України 2008.— № 52.— ст. 1742.
26. Офіційний вісник України.— 2010.— № 72/1.— Спец. випуск.
27. Голос України від 01.03.2014.— № 39.— Спец. випуск.
28. Голос України від 23.02.2014.— № 34.— Спец. випуск.
29. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дисс. канд. юрид. наук / А. А. Краевский; СПб ГУ.— 2014.— 231 с. [Электронный ресурс].— Режим доступа: http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Kraevskiy/Kraevskiy_diss.pdf
30. Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. Курс лекций.— М.: Изд-во ГУ ВШЭ, 2002.— С. 55.

ЗАЛИШТЕ МЕНЕ У СПОКОЇ АБО ПРАВО БУТИ ЗАБУТИМ

Ю. Разметаєва

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: yulia.razmetaeva@gmail.com*

Чи з'являються нові права людини у світі нових технологій, у дедалі ширшому, майже безмежному світі невичерпних інформаційних джерел, де забування за замовчуванням змінилося автоматичним запам'ятовуванням? Як далеко повинне простягатися інформаційне самовизначення особи? Де лежать межі контролю за цифровим життям, зважаючи на асиметричний характер влади людини, держави та корпорацій над інформаційними потоками? Кому належать онлайн-записи з інформацією, створеною спільною участю? Які наслідки має збирання записів цифрової діяльності індивіда? Як старі записи впливають на особисту ідентичність, спливаючи протягом тривалого часу?

Широка доступність інформації, безстрокове зберігання, можливість багаторазового копіювання та розповсюдження даних, у тому числі особистих, загрожують порушити основні правові принципи та уразити права людини. Технологічні здобутки, на кшталт глобалізації передавання даних, розвитку соціальних мереж, поведінкової реклами змінюють способи обробки особистих відомостей і підвищують ризик порушення конфіденційності. Для того, щоб побудувати сучасні механізми захисту прав і свобод, необхідно розробляти та зважувати вимоги до конфіденційності й приватності на всіх етапах функціонування інформаційних систем. У цьому контексті актуальним стає питання такого права людини, як право бути забутим — *“right to be forgotten”*.

Протягом останніх десятиліть віртуальний світ набуває все більшого значення, а забезпечення дотримання права на приватне життя стає все більш важким. Важливим проявом цієї тенденції є право, яке закріплює захист прав суб'єкта персональних даних [1]. З плином часу може змінитися баланс інтересів, які впливають на обробку персональних даних. Це є підставою для права на забуття у сенсі права суб'єктів персональних даних виключити або обмежити подальшу їх обробку. Останнє було схвалено в ряді судових рішень в державах-членах ЄС [2, с. 72-73]. Крім того, Суд Європейського Союзу видав рішення C-131/12, яке вважається великим проривом в області захисту даних через Інтернет. Широка громадськість привітала його як актуалізацію спірного права бути

забудим, яке було представлено у первинному проекті нового європейського законодавства про захист даних і до якого неодноразово пропонувалися поправки через заперечення з боку різних держав-членів ЄС і великих компаній, що займаються масовою обробкою персональних даних [3, с. 218].

У 2014 р. Суд Європейського Союзу виніс рішення, яким право бути забудим було затверджено. Це викликало неабиякі зміни у юридичній практиці держав-членів ЄС та дискусії щодо відповідного права по всьому світу. Відправною точкою справи було звернення іспанського громадянина Маріо Костехи Гонсалеса (*Mario Costeja González*), який знайшов через пошук Google за своїм ім'ям відомості 16-річної давності про банкрутство та аукціон нерухомості, пов'язані з його старими боргами. Заявник вважав, що ця інформація була неактуальною та не відображала те, ким він є сьогодні. В кінцевому рахунку Суд ухвалив, що громадяни ЄС мають право бути забудими та можуть вимагати видалення з пошукових систем посилань на сторінки з старою інформацією про себе. Суд дійшов висновку, що корпорації, які збирають особисту інформацію для отримання прибутку, повинні прибрати посилання за запитом особи [4]. При цьому Суд залишив незмінним рішення національних іспанських установ про відмову видалити первісну статтю щодо особистого банкрутства Маріо Костехи Гонсалеса з сайту медіа-ресурсу, тобто сама інформація збережена, ускладнився тільки її пошук. Право вимоги прибрати посилання на певну неактуальну інформацію застосовується до корпорацій, комерційних пошуковиків, які збирають особисту інформацію для отримання прибутку, зважаючи на те, що фундаментальні права переважають економічний комерційний інтерес, а в окремих випадках — публічний інтерес щодо доступу до інформації. У цьому рішенні Суд ЄС зазначив, що навіть законна обробка інформації може, з плином часу, стати несумісною з європейським законодавством про захист даних. Дані про особу можуть стати недостатніми, такими що не мають значення чи такими, що більше не мають відношення до особистої ідентичності; їх розповсюдження може стати надмірним стосовно цілей, для яких вони були оброблені та в світлі часу, що минув. Тому людина може звернутися з вимогою про “забуття”, про те, щоб результати пошуку в інформаційних системах більше не були пов'язані з її ім'ям. Звісно, якщо немає особливих причин (як публічний статус особи, її роль у суспільному житті), що виправдовують переважний інтерес суспільства щодо доступу до інформації.

Право бути забудим відносно нове для юридичної теорії та практики, хоча його поняття та межі активно обговорювалися в останнє

десятиріччя. Витоки цього права можна знайти набагато раніше: у побованнях деяких мислителів, що інформація про особу зберігається все довше і довше, що медіа-ресурси зловживають зберіганням інформації, що розвиток нових технологій і, особливо, Інтернету відбирає у особи право на помилку, оскільки відомості про неї можуть час від часу безсистемно спливати в комунікаційних мережах.

Визначається, що право бути забутим відноситься безпосередньо до автономії особистості бути “власником прав щодо особистої інформації у часовому вимірі” [5]. Прагнення людей визначати розвиток свого життя автономно опиняється під загрозою завдяки відомостям з їх минулого. Н. Андраде підкреслює зв’язок права бути забутим та ідентичності, стверджуючи, що “право на забуття служить не тільки для того, щоб сховатися від суспільства, але й як інструмент, за допомогою якого індивіди коригують та репродукують свої образи у суспільстві” [6, с. 122]. Крім того, доступність і довговічність інформації “може призвести до самоцензури і (цифрового, але не тільки) утримання від активності: якщо кожен вчинок або виражена думка можуть бути легко зафіксованими, знайденими та згаданими, особи можуть вагатися щодо участі у суспільному житті, що в свою чергу впливає на розвиток демократії” [7, с. 25]. Дж. Зіттрейн справедливо вказує, що пошукові системи, як правило, використовують особисті імена як пошукові терміни та не враховують, наскільки важлива перша сторінка результатів пошуку для того, чиє ім’я було у запиті. Те, що розміщене на цій сторінці, може зробити більше, ніж все інше в світі, для характеристики незнайомця в очах інших осіб. Як рішення, він пропонує дозволити коментування чи певну форму кураторства для людей у пошуковиках, щоб дати їм більший вплив на особисту інформацію в Інтернеті [8]. Право бути забутим може вирішити проблеми ідентичності, репутації та самоцензури, принаймні частково.

У певній мірі це право засноване на практиці застосування в європейській доктрині “*right to oblivion*” — права на забуття в сенсі права на реабілітацію осіб (приміром, тих, які вчинили злочини), коли по закінченні певного строку інформація про їх кримінальне минуле приховується чи вважається такою, що не має значення та не повинна впливати на отримання роботи, кредиту, страховки чи зайняття якоюсь діяльністю.

Право бути забутим розглядається як таке, що може набути вирішального значення для збереження прав індивідів, особливо у веб-просторі, у інформаційну епоху “відсутності забуття”. Воно має початок у французькому “*le droit à l’oubli*” та італійському “*diritto al’oblio*”, задуманих головним чином як права засудженого злочинця, що відбув покарання,

не стикатися з інформацією про його кримінальне минуле та заперечувати проти її опублікування. Це право має прямий стосунок до прайвесі та можливості реінтегруватися до суспільства особі, вільної від побоювань, що минуле зіпсує її репутацію [5]. Однак є різниця між класичним “*right to oblivion*” і проголошеним “*right to be forgotten*”, яка, зокрема, виражається у тому, що перше застосовується як своєрідний щит проти невідповідного втручання з боку засобів масової інформації до приватного життя людей, а друге — не потребує інтересу громадськості чи втручання медіа. Особа, яка залишила нескромні або недоречні зображення, відео чи заяви на публічному веб-сайті, може постраждати від цього протягом тривалого часу, навіть при відсутності будь-яких спланованих або цілеспрямованих зусиль з боку медіа-гравців. Досить того, що її ім’я пов’язане з такими матеріалами через пошукові системи, щоб викликати збентеження, стигматизацію або шкоду [9, с. 96]. Як справедливо зазначає Л. Тейлор, на сьогодні “простий пошук Google по імені людини надає тисячі результатів, виявляючи її відносини, фінансову історію та злочинне минуле. Оскільки технологія стає більш просунутою, зростає стурбованість з приводу того, наскільки уряд повинен регулювати питання цифрової інформації” [10, с. 62.]. Саме тут потенційно застосовне право бути забутим для вирішення проблеми контролю осіб за використанням їх персональних даних.

У європейському праві проявляється тенденція до затвердження більш жорстких правил щодо конфіденційності даних і розширення владних повноважень стосовно вжиття заходів проти компаній, які порушують ці правила, поступово формується нова законодавча база. Так, введена досить спірна норма про можливість накладати великі штрафи (4% від річного обороту) на глобальні компанії [11]. Цікаві пропозиції висловлюються щодо “віку цифрової згоди”, аж до підвищення його до 16 років, оскільки індивіди повинні свідомо розпоряджатися тим, які їх дані потрапляють до мережі. У остаточному тексті проекту, який обговорювався Європейською Комісією, Європейським Парламентом і Радою Європейського Союзу, вік цифрової згоди був знижений до 13 років після негативної реакції від технологічних компаній, які були б змушені отримати згоду від одного з батьків або опікуна, або органів із захисту прав дітей, щоб обробити певні типи даних. Передбачається створення достатньо суворого законодавства про захист даних, упорядкування правових актів країн-членів ЄС, зважаючи на єдиний цифровий ринок і зростання співробітництва в галузі безпеки, роз’яснення щодо застосування права бути забутим, права знати, коли особисті дані зламани,

передавати їх між постачальниками, надання більш легкого доступу та прозорість щодо обробки даних [12].

Разом з тим, введення права бути забутим стикається як з концептуальними, теоретичними складнощами, так і з невизначеною практикою реалізації. З точки зору американської юриспруденції європейське право бути забутим цілком можливо сприймається як катастрофічне для свободи вираження. Відмінності історії США і Європи, особливо у XX ст., сформували різні підходи до свободи вираження та прайвесі. Крім того, подвійний ефект технологій проявляється у тому, що їх можна використовувати як на благо, так і на шкоду фундаментальним правам людини та демократії. Приміром, відстежування місцезнаходження використовується для допомоги власникам смартфонів знайти транспорт чи кафе поруч, запропонувати переклад, поділитися у соціальних мережах фотографією з вказівкою місця. У той же час, недемократичні режими можуть використовувати відстеження для моніторингу антиурядових протестів і переслідування окремих осіб. Гарний історичний приклад наводиться у статті про те, чому право бути забутим має існувати: в 30-х рр. XX ст. голландський уряд зберігав всеосяжний реєстр населення, який включав імена, адреси та релігійну приналежність громадян. Реєстр був призначений для сприяння управлінню та поліпшення планування добробуту, але коли нацисти увійшли до Нідерландів, то використали його, щоб розшукати євреїв і циган [13]. Це говорить про глибоке культурне підґрунтя рішення про право бути забутим, яке у європейському контексті спирається на колективну пам'ять про нацистську епоху й авторитарні комуністичні режими. Тим більше, що ми не знаємо, яке майбутнє нас чекає, не лише з точки зору розвитку технологій і захисту даних.

Дж. Розен визначає право бути забутим як таке, що “становить найбільшу загрозу для свободи слова в Інтернеті у найближче десятиліття” [14, с. 88]. У разі, якщо таке право не буде визначено більш точно, може прискоритися зіткнення між європейськими та американськими концепціями належного балансу між прайвесі та свободою вираження. Хоча в жодній з них не ставиться під сумнів, що обидва права є фундаментальними правами людини, питання балансування вирішується по-різному. Крім того, у справах з глобальними компаніями або з доступом до даних з різних точок світу, спливає проблема юрисдикції. Як зазначається, теоретично, право бути забутим звертається до актуальної проблеми в епоху цифрових технологій: дуже важко уникнути вашого минулого в Інтернеті тепер, коли кожна фотографія, поновлення статусу та твіт живе вічно в хмарі. Але європейці та американці мають діа-

метрально протилежні підходи до проблеми, зокрема публікація чиєїсь кримінальної історії захищена Першою поправкою до Конституції США [14, с. 88]. На висловлення Л. Тейлор, хоча право бути забутим майже не розвивається в США, “американці поділяють з європейцями прагнення до більш приватного кібер-життя”. Однак через назване право можуть змінитися відносини між американськими компаніями і європейськими ринками, що може привести до змін між США і ЄС. У нашому світі інформація проходить через національні кордони миттєво, і країни, які контролюють використання Інтернету своїми громадянами, вважаються недемократичними. Тому реалізація широко доступного права бути забутим може значно змінити геополітичну динаміку [10, с. 102-103]. С. Беннетт наголошує на необхідності запровадження субстанційних і процедурних механізмів для здійснення узгодження точок зору США і ЄС щодо права бути забутим, зважаючи на широту реакції США на розвиток подій [15, с. 168].

Право бути забутим не має сталого визначення. Воно розглядається як таке, що відображає вимоги особи вилучити певні дані про себе таким чином, щоб треті особи не могли більше відслідковувати їх; як право на мовчання про минулі події в житті, які більше не відбуваються; як можливість для приватних осіб прибирати особисту інформацію (тексти, відео або фотографії) з певних Інтернет-ресурсів таким чином, щоб вона не була знайдена пошуковими системами тощо. Як зазначається, “навіть за відсутності конкретного визначення, що встановлюється відповідними правовими нормами, як на національному, так і на наднаціональному рівні, право бути забутим згадується як право особи на те, щоб її персональні дані більше не оброблялися, як тільки відповідних цілей було досягнуто”. Ідея права бути забутим — у забезпеченні законних вимог людей переконатися в тому, що у кожного є в будь-який момент можливість актуально репрезентувати особисту ідентичність. Така юридична вимога передбачає, що за певних умов інформація у публічному доступі повинна бути: (1) видалена, оскільки її циркуляція більше не потрібна, або (2) змінена, відповідно до розвитку подій та фактичного стану справ [16, с. 642]. Термін “право бути забутим” використовується для позначення “прав анулювати (відкликати) особисті дані та заперечувати проти їх обробки, навіть якщо ці дані містяться в офіційних документах, таких як урядові офіційні журнали або цифрові медіа-бібліотеки” [17, с. 29].

Право на забуття є частиною фундаментальної недоторканності прайвесі. З іншого боку, воно вважається одним з аспектів захисту персо-

нальних даних. Це відноситься, в основному, до створення та підтримки прийняттого рівня інформаційної приватності через відповідні механізми контролю персональних даних [9, с. 95]. Право на захист даних, невід'ємною частиною якого є право на забуття, виступає як юридична претензія окремих осіб. З іншого боку, свобода інформації, в тому числі право на надання та отримання інформації, характеризується як загальний колективний інтерес. Тому поєднання захисту даних і свободи інформації вимагає зважувати, як дотримання права індивіда бути забутим може вплинути на право на отримання інформації [16, с. 643]. Однак не можна сказати, що право бути забутим повністю охоплюється правом на приватність чи правом на захист даних. Приватність захищає інформацію про особу, яку вона не хоче робити загальновідомою, а забуття включає стирання інформації, що була публічно відомою певний час, і перешкоджання доступу до неї іншим. Право бути забутим також пов'язане з питаннями репутації особи, однак, на відміну від застосування правил захисту честі, гідності та репутації, вилучення застосовується щодо правдивої (чи такої, що колись була правдивою), але старої, інформації, яка заважає подальшому життю людини або може мати на нього негативний вплив, або руйнує соціальну репутацію особи. Важливо, що з пошукових систем прибирається не протиправний контент. Так само право бути забутим має стосунок до ідентичності особи. Воно використовується не тільки як інструмент приховування чи обмеження доступу до інформації про людину, але й як інструмент побудови чи зміни образу індивіда в суспільстві.

Довгострокове або безстрокове зберігання відомостей про особу, їх миттєва та неконтрольована поява у пошукових системах впливає на соціальний статус, міжособистісні відносини та майбутнє людини. Право бути забутим допомагає мінімізувати негативні наслідки такого впливу для особи. Зазначається, що “нова концепція права бути забутим намагається перетворити публічну інформацію на приватну, в якийсь момент більше не дозволяючи третім особам доступ до такої інформації. Право бути забутим є гарантією для осіб проти шкоди, яка може бути завдана власнику даних у разі поширення їх через Інтернет без обмежень щодо тривалості” [17, с. 29]. З моменту винесення Судом ЄС знакового рішення про право бути забутим Google, Facebook та інші глобальні компанії отримали тисячі запитів на вилучення інформації. Зокрема, за 2014-2015 рр. Google отримав більше 254,000 запитів на видалення інформації по всій Європі. 70% були відхилені. За даними компанії, чотири провідні країни Європи, з яких приходять запити, це Великобританія,

Німеччина, Нідерланди та Франція. Вторгнення до приватного життя є найбільш часто цитованою причиною запитів [18]. Хоча відсоток запитів, які задовольняються, значно менший, ніж запитів відхилених, деякі з них викликають занепокоєння: серед тих, хто просить вилучити певний контент, люди з не знятими і непогашеними судимостями, нечесні політики, лікарі, актори та бізнесмени з поганими відгуками, любителі онлайн-знущання та дитячої порнографії. Кожен запит повинен зважуватися на основі балансу права бути забутим та права суспільства знати, права на доступ до інформації, проте, теоретично, тут відкривається поле для зловживань, для можливостей позбутися інформації. З іншого боку, стирання не загрожує суспільним діячам та подіям, а приватній особі може допомогти зробити вибір щодо власного життя.

Показовою у цьому сенсі є справа Олександри Уоллес — дівчини, яка залишила навчальний заклад та принесла публічні вибачення за расистське відео, яке розмістила на YouTube, що стимулювало дискусію в Інтернеті про те, наскільки університетська влада може контролювати або регулювати висловлювання студентів. М. Амброуз наводить цей приклад як парадоксальний: завдяки обмеженому застосуванню права на забуття, а також непослідовної та викривленої концепції довготривалого збереження інформації в епоху Інтернету, знайти роботу буде легше двом засудженим за жорстоке вбивство 2-річної дитини (злочинці — Джон Венейблс і Роберт Томпсон — у 1992 р. стали наймолодшими в англійській історії ув'язненими, а відбувши покарання, отримали документи на інші імена), ніж Олександрі Уоллес [19, с. 373-374]. Тому слід прискіпливо підійти до застосування права на забуття, надання “другого шансу” кожному.

Основні принципи європейського законодавства про захист персональних даних — прозорості, пропорційності та мінімізації даних — у значній мірі стали основою для реалізації права бути забутим. Концептуально воно намагається збалансувати вказані вище законні права та інтереси, однак здійснення цього права на практиці досить складне та спірне. Наведене вище рішення Суду ЄС, є, як пише Дж. Зіттрейн, “одночасно занадто широким і вузьким”. Воно занадто широке, тому що дозволяє людям перешкоджати доступу до фактів про себе, знайдених у публічних документах, тобто це форма цензури. Крім того, тест для видалення неоднозначний, оскільки результати пошуку повинні бути виключені, якщо вони “неадекватні, не мають значення чи вже не актуальні”. Разом з тим, рішення вузьке тому, що не вимагає видалення небажаної інформації з мережі Інтернет, лише з пошукових систем [8]. Дійсно, право

бути забутим застосовується як достатньо обмежене. Передусім, воно стосується легкості доступу до відповідної інформації. Люди як і раніше можуть знайти відомості про особу, але не у такий легкий спосіб, не в “один клік”. Оскільки пошукові системи дозволяють легко та ефективно отримати інформацію про індивіда та дуже часто сприяють формуванню певного образу незнайомої людини за рахунок доступних онлайн відомостей про неї, це викликає серйозну занепокоєність щодо порушення фундаментальних прав. Видалення посилань з пошукових систем робить доступ набагато складнішим. Хоча іспанський громадянин, який ініціював судовий процес, схоже, домогся протилежного ефекту — його історія другий рік поспіль не сходить з сторінок онлайн-медіа.

Як пише Дж. Розен, “можливо, звичайно, що, хоча європейське законодавство визначає право бути забутим дуже широко, воно буде застосовуватися в більш вузькому сенсі. Європейці мають давню традицію декларувати в теорії абстрактні права на приватне життя, дотримання яких вони не в змозі забезпечити на практиці”. Але при обговоренні нового законодавства звучала думка, що воно повинне бути невизначеним, щоб пристосуватися до нових технологій у майбутньому [14, с. 92]. Однак така невизначеність може спрацювати не як можливість отримати гнучкий інструмент, що його вистачить на декілька десятків років, а як можливість для зловживань. Так, незрозуміло, які межі має право бути забутим. Якщо особа захоче вилучити дані з особистої сторінки в Інтернеті, то вона має опції видалення. Чи повинна вона мати можливість контролювати, залишилися ці дані або ні десь у Інтернет-архівах? Яким чином? Як це підтвердити? Наскільки “особистою” може вважатися сторінка у соціальних мережах, приміром Facebook-акаунт, платформу для якого надає глобальна корпорація? Чи має право особа вимагати вилучення контенту на веб-сторінках третіх осіб, якщо він був розповсюджений? Якщо цю інформацію хтось скопіював та розмістив у себе? Чи має бути видалена ваша с другом спільна фотографія на Facebook, якщо обидва розмістили її у власних альбомах, але потім один про це пошкодував та прибрав фото? Або коли хтось постить якусь інформацію (історію, фото, відео тощо) із вами?

Реалізація права бути забутим стикається також з проблемами конфлікту законодавства та визначення юрисдикції. В світлі глобалізації права та розвитку Інтернету цей конфлікт буде посилюватися.

Один з аргументів компанії Google у наведеній вище справі стосувався того, що ЄС не може вимагати видалення інформації, яка зберігається компаніями за межами його юрисдикції. У інших подібних справах

французькі та британські національні установи відкидали аргументи корпорацій про непоширення права бути забутих на глобальні пошукові системи відповідних компаній, вимагаючи прибрати відомості з усіх доменів. Наприклад, доступ до інформації, прибраної з пошуку у Франції через Google.fr, залишається безперешкодним через Google.com. Тому Google працює над зміною налаштування посилань з усіх своїх доменів по всьому світу. І, можливо, ці налаштування будуть побудовані на порушенні інших прав людини.

Коли французький регулятор (CNIL) відхилив аргументи компанії Google проти поширення права бути забутих на глобальні мережі компанії, він стверджував, що можливість доступу до вилученого контенту через Google.com підриває це право. З іншої точки зору, те, що Франція намагається нав'язати європейське законодавство компанії Google по всій земній кулі, створює небезпечний прецедент, яким інші країни можуть спробувати скористатися. Окремі країни можуть спробувати використовувати свої власні закони, вказуючи на європейський приклад. Законодавство Китаю, Росії, Індії та ін. фактично містить широкі можливості цензурувати небажану інформацію. Тому розширення прав окремих країн регулювати контент в глобальному масштабі небезпечно. Google стверджує, що CNIL не володіє юрисдикцією і повноваженнями накладати глобальну заборону, разом з тим, CNIL посилається на те, що просто намагається забезпечити дотримання законодавства у Франції та Європі.

Одночасно корпорації намагаються знайти певне технологічне рішення проблеми. Так, Google прибрав посилання на універсальний пошуковик Google.com, який завжди був в нижній частині версій сторінки у конкретних країнах. Це посилання з'являється тільки при першому доступі, а далі особа перенаправляється до версії, що діє у певній країні. При наступних спробах, універсальне посилання не буде показано. Тоді як в минулому, якщо хтось, приміром, у Великобританії, намагався піти на Google.com, то міг бути перенаправлений на Google.co.uk, але завжди залишалася можливість обрати посилання на Google.com у кожному візиті [20]. Звичайно, деякі користувачі хотіли б дістатися до Google.com з-за меж США, з різних причин (наприклад, особи, які тимчасово перебувають в інших країнах, або емігранти, або просто ті, хто хоче отримати результати пошуку без врахування місцевої специфіки). Важливо те, що вже зараз Google використовує відбір, цензурування, яке буде поширюватися тільки на тих, хто здійснює пошук з конкретної країни ЄС, де був зроблений перший запит.

При цьому і дії корпорацій, і контрзаходи від інших суб'єктів є технологічно складними. Глобальні компанії вимушені, наприклад, враховувати пошук на декількох мовах, місцезнаходження, налаштування доступу і т. п. Окремі особи без спеціальних знань та вмінь ризикують зазнати шкоди лише тому, що недостатньо розбираються у інформаційних технологіях, якими користуються. Деякі сподівання покладаються на технології підвищення конфіденційності, які дозволяють застосувати певні шляхи ліквідації або мінімізації персональних даних (Privacy Enhancing Technologies або PET). Проте, як зазначається, поінформованість про конфіденційність користувачів залишається обмеженою, а їх застосування вимагає попереднього досвіду та/або знань з інформаційно-комунікаційних технологій. Крім того, PET все ще недостатньо розвинені та залишаються досить слабкими з точки зору реалізації й ефективності, а їх успіх у забезпеченні захисту персональних даних постійно обмежується технологічними досягненнями, такими як більш потужні інструменти інтелектуального аналізу даних, поширення електронних пристроїв, оснащених датчиками та біометричними ідентифікаторами [5]. Тому питання про те, чи зможе особа вплинути на інформацію про себе у глобальних комунікаційних мережах, залишається відкритим.

Неможливість прибрати застарілу інформацію про індивіда та контролювати її розповсюдження потенційно призводить до самообмеження, як у приватному, так і публічному житті, а згодом — негативно впливає на участь особи в певних процесах у соціумі, зважаючи на нові технологічні інструменти демократії. До недавнього часу, до настання цифрової епохи, людина не мала таких проблем з інформацією про себе, яка, здається, залишена нею в мережі назавжди. Будь-яка помилка, необережність, емоційний прояв ризикують вкарбуватися до веб-пам'яті та легко сплитися через роки, перервавши лінійність часу. Хіба ми не повинні мати право бути забутими? Хіба нам подобається, коли хтось тримає докладне досє на нас? Шпигує за нами?

Так, право бути забутим потенційно містить простір для зловживань. Приміром, за його допомогою можуть бути здійснені намагання позбутися важливої правдивої інформації, змінити акценти чи додати цензури. Воно розглядається як небезпечне через побоювання щодо впливу на свободу вираження, право суспільства знати, його взаємодію з правом на приватне життя, потенційне переписування якихось подій. У той же час, немає сумнівів, що застарілі дані про особу і, тим більше, “порномість” або посилання на дрібні правопорушення, вчинені багато

років тому, які на невизначений час залишаються у пошукових системах, справляють помітний вплив на життя та фундаментальні права людини.

Назване право ґрунтується на автономії індивіда та можливості стати власником особистої інформації у конкретних часових межах — чим довше інформація зберігається, тим більше особисті інтереси переважають над суспільними. Воно звертається до актуальної проблеми в епоху цифрових технологій, однак не можна сказати, що це право затверджене виключно в результаті інформаційної революції. Основні контури його сформувалися до бурхливого розвитку нових технологій, хоча не завжди були прямо окреслені у національних та міжнародних правових актах.

У будь-якому разі, інформаційне суспільство потребує нового законодавства, яке враховує повсюдне проникнення технологій, а іноді — нових форм та методів правового регулювання. Як справедливо зазначається, “чинний масив норм не в змозі захистити користувачів від ризиків і шкоди, яку не так легко виправити завдяки нескінченній пам’яті Інтернету. У цьому “хороброму світі нових даних” потрібен надійний, спрямований у майбутнє набір правил для того, щоб гарантувати, що люди будуть користуватися (і зберігати) ефективним контролем за їх особистою інформацією” [5]. У цьому контексті впровадження (чи підтвердження) права бути забутим має важливе значення. Однак неясно, в якій мірі воно може бути здійсненим на практиці, яка сфера його охоплення, адресати, відповідальність третіх осіб за реалізацію.

У той час, як ідея права бути забутим беззаперечно має розглядатися, теоретичне обґрунтування та практичне застосування цього права вимагають значного доопрацювання та знаходження справедливого балансу. Такий баланс повинен бути утриманий між правом не бути ураженим зіткненням з минулим та вимогою щодо збереження колективної пам’яті. Він також повинен бути знайдений між законними інтересами осіб щодо доступу до інформації, правом суспільства знати, свободою вираження та захистом приватного життя, збереженням ідентичності особи. Він має бути, крім того, динамічним та індивідуалізованим, зважаючи на те, що слід враховувати характер інформації, щодо якої застосовується право бути забутим, ступінь зацікавленості громадськості і ступінь вразливості конкретної особи, можливі зміни у статусі людини та її ролі у суспільному житті.

Список використаних джерел

1. Weber, R. H. On the Search for an Adequate Scope of the Right to Be Forgotten // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*.— 2015.— Vol. 6.— Number 1.— Available at: <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-1-2015/4175/?searchterm=None>
2. Sartor, G. The right to be forgotten: balancing interests in the flux of time // *Int J Law Info Tech*.— 2016.— Vol. 24 (1).— P. 72-98.
3. Bartolini C., Siry, L. The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject // *Computer Law & Security Review*.— Vol. 32, Issue 2.— 2016.— P. 218-237.
4. Court of Justice of the European Union, 13-5-2014, Case C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.
5. Mitrou, L., Karyda, M. EU's Data Protection Reform and the right to be forgotten — A legal response to a technological challenge? // 5th International Conference of Information Law and Ethics: Corfu-Greece 29-30 June 2012.— Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2165245>.
6. Andrade, Norberto Nuno Gomes de. Oblivion: The Right to be Different ... from Oneself. Re-proposing the Right to be Forgotten // *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política (Internet, Law and Politics E-Journal)*.— No. 13-2012.— P. 122-137.
7. Blanchette, J.-F. The Noise in the Archive: Oblivion in the Age of Total Recall / Gutwirth S. et al. (ed.), *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*.— Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011.— P. 25-38.
8. Zittrain, J. Don't Force Google to "Forget".— May 14, 2014.— Available at: http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0
9. Graux, H., Ausloos, J., Valcke, P. The right of forgetting in the Internet era / *The Debate on Privacy and Security over the Network: Regulation and Markets*. Coordinators: Jorge Pérez & Enrique Badía.— P. 93-106.
10. Taylor, L. M. Is It Too Late for the Right to Be Forgotten? // *North Carolina Journal of International Law FORUM*.— Vol. 41.— 2016.— P. 61-104.
11. European parliament approves tougher data privacy rules.— Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/14/european-parliament-approve-tougher-data-privacy-rules>
12. EU agrees draft text of pan-European data privacy rules.— Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2015/dec/16/eu-agrees-draft-text-pan-european-data-privacy-rules>
13. World War II, Communism Subtext In Right To Be Forgotten.— Available at: <http://searchengineland.com/understanding-right-forgotten-204454>

14. Rosen, J. The Right to Be Forgotten // *Stanford Law Review ONLINE*.— 2012.— Vol. 64.— P. 88-92.
15. Bennett, S.C. The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives // *Berkeley Journal of International Law*.— 2012.— Vol. 30.— Issue 1, Article 4.— P. 161-195.
16. Pollicino, O, Bassini, M. Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information in the Digital Age // *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014.— P. 641-662.
17. Castellano, P.S. The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate // *Lex Electronica*.— 2012.— Vol. 16.1.— P. 1-30.
18. Sterling, G. Right-To-Be-Forgotten One Year Later: 70 Percent Of Requests Refused: The most often cited reason for RTBF requests is “invasion of privacy”.— May 13, 2015 — Available at: <http://searchengineland.com/right-to-be-forgotten-one-year-later-70-percent-of-requests-refused-220802>
19. Ambrose, M.L. It’s About Time: Privacy, Information Lifecycles, and the Right to be Forgotten // *Stanford Technology Law Review*.— Vol. 16, № 2.— 2013 — P. 369-422.
20. How Google Made It A Little Harder To Reach Google.com From Outside The US.— Available at: <http://searchengineland.com/google-harder-to-reach-outside-us-215845>.

ЕФЕКТИВНІСТЬ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В УКРАЇНІ

М. Савчин

*Ужгородський національний університет,
м. Ужгород, вул. М. Заньковецької, 89, e-mail: msavchyn@bigmir.net*

Механістичне сприйняття юриспруденції як сукупності формальних логічних операцій у свій час вельми сприяло радянським практикам геноциду за класовою та етнічною ознакою, переслідування дисидентів та впровадження системи тотального страху і контролю в суспільстві.

У свою чергу, нацистська юриспруденція запозичила у Радянського Союзу багато нелюдських практик переслідування інакомислячих, побудови системи концентраційних таборів для остаточного вирішення певних питань. Все це обґрунтовувалося положеннями статті Веймарської конституції 1919 року, які дозволяли президентові зупиняти дію низки конституційних прав і «вживати необхідні заходи задля поновлення громадської безпеки і порядку [1].

Цілком у цьому руслі доволі дотепний і точний на діагнози щодо хвороб ліберальної демократії нацистський правознавець Карл Шмітт. Саме він сформулював сумнозвісну тезу: «Сувереном є той, хто проголошує надзвичайний стан», з чого буквально розпочинається його праця «Політична теологія» [2, с. 15]. Історія дала свій присуд нацистським ідеологіям і практикам на Нюрнберзькому процесі.

Німецький правознавець Густав Радбрух, який спочатку займав позицію юридичного позитивізму, був шокований нацистськими практиками і сформулював тест відповідності законодавства певним критеріям людяності. Цей тест, який і називається тестом Радбруха, визнає, що є непридатними до застосування беззмстовні або аморальні закони, у яких відсутні елементарні гарантії захисту прав людини [3]. Саме на такій підставі нацисти вчиняли злочини проти людяності і миру, зокрема, злочини голокосту, вбивства радянських військовополонених та здійснення Ostpolitik на окупованих радянських територіях, зводячи місцеве населення до положення фактичних рабів.

Поряд із Голодомором 1932/33, сталінськими репресіями злочини нацистів на території України докорінним чином змінили демографічну, соціальну, культурну та економічну картину.

Один із ідеологів Славної революції Джон Локк вельми точно охарактеризував ступені розкладу державності, початок якому покладає правитель шляхом зловживання своїми прерогативами. Далі це призводить до присвоєння повноважень інших інституцій влади, тобто узурпації влади. Часто це знаходить своє продовження у формі тиранії, коли повноваження не лише присвоюються, а й використовуються виключно у приватних інтересах. Це стає причиною розкладу і остаточного розпаду державності, як в силу її внутрішньої слабкості, так і в силу акту зовнішньої агресії, коли зловтішний сусіда користується внутрішньою слабкістю і розладом державності [4, с. 235-260].

Саме така логіка правління нагадує «стиль» урядування певних кіл протягом 2010 — початку 2014 років в Україні. Про такого роду правителів із душею внутрішнього раба Гуго Гроцій казав у свій час буквально так: «якщо цар або хто-небудь інший зречеться влади або ж явно покине правління, то потім щодо нього вважалось дозволеним все, що допустимо по відношенню до приватних осіб» [5, П.І.ІІІ]. Це також стосується, людей, які тою чи іншою мірою сприяли легітимації дій особи, яка просто ганебно покинула своє правління суто у гроціанівському прочитанні, призвівши державу майже до розкладу і занепаду.

Як попередити і припинити такі зловживання і напасти, як на державність, так і на сферу приватної автономії індивіда?

Джон Локк надав цьому відповідь, адже спротив тиранії навіть здійснюється не у формі повстання, оскільки ще Святий Августин говорив про гріховність стану терпіти тирана. Англійський мислитель вказав, що «...якщо хто-небудь силою закону знищує законодавчий орган, усталений у суспільстві, й закони, створені цим органом у відповідності з довірою, виявленою до нього членами цього суспільства, то він, таким чином, руйнує третейських суд, схвалений кожним задля мирного вирішення всіх суперечок» [4, с. 247]. Тому природнім засобом подолання політичних чи конституційних криз є дострокові парламентські вибори, за результатами яких буде сформовано новий склад кабінету і йому буде довірено державне управління.

Але парламентська більшість схильна до зловживань, а тому необхідний конституційний контроль, щоб не було ситуацій гострих громадських протистоянь у разі ухвалення законів, які у доволі брутальний спосіб ігнорують чи порушують прав меншості. Тобто парламентська демократія має бути побудована також і на повазі прав меншості — інакше вона делегітимізується у перетворюється згідно із постулатами Шмітта в якусь контору мініяйли.

Тому цілком справедливо професор Університету Торонто Девід Дизенгаус вказує на ваду поглядів стосовно верховенства парламенту буквально так: «...можна завдячувати прикладу Дайсі про закон, який постановив, що всім блакитнооким дітям має бути заподіяна смерть» [6, с. 55]. Саме у такому руслі були схвалені диктаторські закони 16 січня 2014 року, так само мислять ініціатори міфічної «презумпції поліцейської правоти».

Отже, має діяти задовільна система запобігання ухваленню довільних, беззмистовних законів і щоразу ця проблема не вирішується бунтом чи революцією. Загалом, влада має засвоїти, що довільне і безпредметне, всупереч конституційних цілей, втручання у приватну автономію індивіда є неприпустими і свавільним.

А сваволя є антитезою свободи, заперечення її сутності. Тому владні прерогативи мають використовуватися обережно і під суворим судовим контролем. Повноваження не можуть використовуватися задля утисків приватності особи.

Тут ми підходимо до розуміння свободи і меж її захисту за допомогою засобів судового конституційного контролю.

Інтерпретація конституції через положення законів є небезпечною справою. Одного разу наш Конституційний Суд обпікся на цьому. Саме на змінах положень Закону про Регламент Верховної Ради ґрунтувалося рішення Конституційного Суду щодо можливості створення коаліції фракцій у парламенті за участі позафракційних депутатів усупереч положень чинної на той час Конституції. Нагадую, це стало першою сходинкою до узурпації влади одним політичним діячем. І це мало не закінчилося дисконтинуїтетом (втратою) державності. Цьому завадила лише Революція гідності.

Міркування про свободу на кшталт того, що вона не є абсолютною, що вона є однією у низці конституційного переліку прав і свобод і що вона не має конституційних гарантій як фундаментальної цінності зводять розуміння свободи лише до того, що записано на папері.

Насправді, свобода є вираженням суверенності людини як можливість робити вільний і відповідальний вибір без будь-якого зовнішнього тиску та утисків на вільний розвиток людини як індивіда. Така вільна можливість розвиватись, обирати рід заняття, проживання, свобода пересування, свобода комунікації виражають природу людської істоти як вільної і самодостатньої особистості.

Тобто конституційний устрій має бути спрямований на гарантування того, що втручання у такий вибір особи має бути обмеженим, легітимним і ґрунтуватися на поважних підставах — права і свободи інших осіб, моральність, інтереси правосуддя.

Однак тут є один парадокс. З одного боку необхідною умовою захисту прав людини є належна державна організація суспільства. А з іншого — держава є найпотенційнішим порушником прав людини.

Це зумовлено природою прав людини як вимоги особи до держави забезпечити захист від неправомірного втручання у приватне життя з боку окремих носіїв владних повноважень та третіх осіб.

За таких умов навряд чи можна взагалі ставити питання про добросовісність держави, адже дії держави є об'єктивно обмежені приватною автономією особи. Тут якраз відносини навпаки: принцип довіри встановлює вимогу до держави та носіїв повноважень розглядати кожну особу як добросовісну, а її вимогу — як правомірну.

Тому справжнім виміром свободи може служити лише незалежне правосуддя, оскільки саме суду давати оцінку правомірності застосовувати обмеження свободи, які визначені в законі у формі певних оціночних понять. Саме з цих міркувань сьогодні прийнятим стандартом є розгляд конституційних скарг органами конституційної юрисдикції чи аналогічні процедури захисту основоположних прав.

Тобто коли йде мова про допустимі межі обмеження свободи, ми переходимо у площину розуміння сутнісного змісту прав людини.

Так от, мислення на рівні категорій виключень, винятків із правил свідчить про авторитарні тенденції і готовність носіїв такого способу мислення зневажати гідність та права людини.

Адже виключення із правил означає заперечення стандарту обов'язку держави по утвердженню та забезпеченню прав і свобод людини.

Однак обов'язок влади утверджувати і захищати права людини є основоположною нормою конституційного порядку України. Це є основоположне юридичне рішення у рамках національної правової системи.

Після падіння комуністичних режимів у постсоціалістичних країнах Східної Європи із запровадженням інституту конституційного правосуддя було імplementовано також конституційну скаргу.

Конституційна скарга стала надійним механізмом попередження для любителів запровадження різного роду виключень із правил, які прикривалися благими намірами безпеки державності чи публічного інтересу. При цьому вельми істотний вплив на застосування інституту конституційної скарги стала юриспруденція Федерального конституційного суду Німеччини.

Зокрема, заслуговує на увагу досвід діяльності Конституційного Трибуналу Польщі. Особливо йде мова про період чинності так званої Малої Конституції, в якій був відсутній каталог прав людини, а сам

Трибунал інтерпретував загальні принципи конституції відповідно до її приписів про належну правову процедуру і про справедливий суд. Ця юриспруденція застосовується і понині, оскільки ухвалена у 1997 році Конституція Польщі, в якій є традиційний каталог прав людини, включила і цю юриспруденцію.

Це пов'язано із універсальним характером принципів права, особливості яких може бути зумовлена хіба що окремими рисами судоустрою чи системою правозахисту.

Відсутність інституту конституційної скарги стало однією із передумов того, що суди у свій час застосовували правовий акт, який я кваліфікую чисто в імперській російській традиції схильності до надзвичайщини у законодавстві. Йде мова про указ стосовно мирних зібрань, який застосовували періодично суди вже у незалежній Україні. Адже за жодних умов не можна вважати Президію Верховної Ради СРСР представницьким органом влади — він повністю вписується у прокрустове ложе статті 87 основних законів Російської імперії. Нагадаю, що ця стаття легітимізувала надзвичайні повноваження російського імператора, власне із чого і починається підручник з державного права барона Нольде [7, с. 14-27].

Та й не можна вважати продукти таких надзвичайних органів законом у його розумінні як абстрактних і нейтральних правил, сформульованих на основі відкритої та публічної дискусії, що забезпечують баланс інтересів більшості і меншості.

Натомість застосування такого екстраординарного законодавства суто у дусі барона Нольде призвело до численних зловживань і свавільного обмеження свобод, зокрема і розстрілу Небесної сотні.

Адже практика судів загальної юрисдикції щодо застосування цього указанного права була неоднозначною і вони, як виявилось, не володіли належними засобами визнання неправомірними актів, що посягали на сутнісний зміст права на мирні зібрання. Тим більше, застосування такого роду указу свідчить про відверте домінування серед суддів юридичного позитивізму. Згідно із його постулатами, суди зобов'язані застосовувати акти, які навіть суперечать фундаментальними принципам права, якщо такі акти не скасовані сувереном.

Призначення конституційних судів протилежне за змістом — застосовувати і захищати універсальні принципи права і здійснювати перевірку правових актів на предмет їх конституційності.

У цій системі координат немає істотного значення особливості законодавчого регулювання критеріїв допустимості конституційних скарг, оскільки в якості таких Конституція України визнає: а) порушення кон-

ституційних прав і свобод; б) вичерпання засобів правового захисту; в) до порушення конституційних прав і свобод призводить застосування законів, щодо яких є сумніви у конституційності їх положень.

Насправді, важливим є те, як ці критерії будуть розкриватися у юриспруденції самого Конституційного Суду. Досвід зарубіжних країн свідчить, що такими критеріями, як правило, виступають: а) істотна шкода фундаментальним правам і свободам людини; в) реальна і безпосередня загроза фундаментальним правам і свободам, що вимагає оперативного втручання з боку конституційного суду чи аналогічної інституції; в) такі права вже не можна захистити іншими юридичними засобами; г) порушення таких прав був вже предметом розгляду у загальних судах і судові рішення були оскаржувані у вищій інстанції. На цих підставах Конституційний Суд може і зупинити дію цих актів до вирішення справи по суті.

Водночас слід мати на увазі практику Європейського суду з прав людини щодо розуміння права на захист. Згідно із нею загалом гарантується право на апеляційне оскарження, тобто не по кожній справі може бути рішення суду касаційної інстанції. Також засоби юридичного захисту мають бути ефективними, а не ілюзорними чи декларативними. Якщо такі засоби неефективні, то наступають підстави для негайного втручання, оскільки конституційним правам і свободам у наслідок застосування положення закону, яке викликає обґрунтовані сумніви у конституційності, може бути заподіяна істотна шкода. Або може скластися ситуація, коли навіть у разі встановлення Конституційним Судом факту порушення такого права та призначення компенсації, поновити право не буде можливості і такий захист перетворюються в ілюзію чи то марево.

Проф. С. Шевчук на основі аналізу сталої практики Європейського суду з прав людини виділяє такі компоненти права на справедливий судовий розгляд: а) право на доступ до справедливого правосуддя (незалежний і неупереджений суд, встановлений відповідно до закону); б) розумний строк розгляду спорів; в) публічність і обґрунтоване судові рішення; г) пов'язані із ними гарантії у кримінальному процесі (презумпція невинуватості, допустимість доказів, право на адекватний час і можливості для підготовки захисту, право на правову допомогу) [8, с. 231-248].

Тому доктрина відмови розгляду нечинних правових актів не відповідає обов'язку суду захищати порушені права людини.

Практика адміністративних судів яскраво засвідчила свою неспроможність. Адже за формально-юридичними приписами ніби нечинний згаданий указ Президії Верховної Ради СРСР все одно застосовувався. Питання полягає в тім, що саме суд є останньою інстанцією у визна-

нні питання чинності чи нечинності правових актів, якщо у перехідних положеннях законів міститься формула про розсуд суб'єкта правозастосування визначати це питання.

Це юридично формальний аспект.

Змістовний аспект полягає в тому, що нечинні акти певний час діяли, однак вони під час перебігу своєї чинності заподіяли шкоди чи істотної шкоди правам людини. Так от, нечинність такого правового акту на сьогоднішній день не може служити підставою для відмови його розгляду, адже порушені права людини слід поновити та призначити справедливу сатисфакцію.

Це однаковою мірою стосується доктрин відмови від подолання прогалин та подолання колізій у поточному законодавстві.

Адже все це недоліки закону, а такі недоліки не можуть служити обґрунтуванням для відмови в судовому захисті. Про це також було констатовано у Генеральній доповіді XIV Європейської конференції конституційних судів, яка відбулася у 2008 році [9].

Належна правова процедура пронизує своїми вимогами як адміністративні, так і судові процедури; про цьому останні відносно перших володіють пріоритетом, оскільки за деякими винятками акти виконавчої влади підлягають судовому контролю. Тому судовий конституційний контроль також зумовлений змістом основоположної конституційної норми (речення третє частини другої статті 3). З цього приводу справедливо пише англійський конституціоналіст Т.Р.С. Аллан так: «Жорсткі стандарти процедурної чесності, застосовувані у судових процесах, є сутнісними характеристиками верховенства права: якщо суди дотримуються цих вимог, права індивіда будуть адекватно дотримані і захищені... взаємопов'язаність стандартів судової процедури становить фундамент конституційності — фактично стійкий до законодавчих впливів та перекручень, окрім хіба що особливих випадків, у яких ті ж суди обґрунтовують можливість відступу від звичайної процедури» [10, с. 159].

У цьому контексті дуже влучно сформулював сутність змісту належної правової процедури у контексті завдання із захисту прав людини та зв'язаності законодавця цими цілями суддя Джексон у справі Шонессі (*Shaughnessi v. U.S.*, 1953), зазначивши буквально наступне: «занадто суворі закони можна перенести, якщо вони застосовуються коректно і безсторонньо. Насправді, якщо треба би було обирати, тоді нам слід було б насамперед обирати життя за радянським законом, але з нашими процедурами, властивими для *common law*, ніж за нашим законом, застосовуваним за радянськими процедурами» [11].

Це зумовить необхідність глибшого застосування Конституційним Судом юриспруденції Європейського суду з прав людини. Також потребує ретельної уваги практика розгляду конституційних скарг в Німеччині, Чехії, Польщі, Словаччині, Угорщині. Адже йде мова про застосування універсальних принципів права та універсальних прав людини.

Тому у новій редакції Закону про Конституційний Суд має бути розширено служби конституційних суддів, які мають налічувати трьох-чотирьох наукових консультантів, а не наукового консультанта і помічника, як це є сьогодні. Адже йде мова серйозну аналітичну роботу для суддів та про гарантії доступу до конституційного судочинства і захист прав людини, чому і покликана служити держава.

Як пише професор Девід Дизенгаус, навіть при застосуванні надзвичайних засобів захисту конституційного порядку в ході боротьби проти тероризму чи підривної діяльності, суб'єкт правозастосування несе насамперед моральну відповідальність [6, с. 28].

А далі запускається механізм юридичної відповідальності і тоді такі особи несуть відповідальність подвійно. Або вони стають згідно із Гуго Гроцієм звичайними приватними особами, які відмовилися від прерогатив та обов'язків правителя та яких можна переслідувати всім законними методами.

Або до них застосовують звичайні механізми кримінального переслідування.

Це саме стосується любителів застосування надзвичайних заходів, коли можна застосувати звичайні стандарти захисту прав людини.

Стосовно запровадження високих стандартів захисту прав людини у практиці Конституційного Суду слід також мати на увазі співвідношення і конкуренції юрисдикцій у світлі верховенства Конституції України щодо міжнародних договорів. У цьому відношенні рішення Європейського суду з прав людини інтерпретують і конкретизують положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. І тут можливі два варіанти.

По-перше, Конституційний Суд може надавати більше значення конституційним гарантіям прав людини, оскільки такі можуть виявитися ширшими за конвенційні гарантії. Це питання доволі часто порушуються конституційними юрисдикціями чи аналогічними інститутами Німеччини, Англії, Швеції.

По-друге, Конституційний Суд згідно із принципом дружнього ставлення до міжнародних договорів може надавати міжнародно-конформне тлумачення положення Конституції України. Зокрема, у такому світлі слід

надавати інтерпретацію сутнісного змісту непорушності права приватної власності та правових підстав набуття права на майно саме у світлі конвенційних гарантій мирного володіння майном, зважаючи на надмірно рестриктивну і непослідовну практику Верховного Суду України [12].

Без сумніву, що при захисті прав людини у ході розгляду конституційної скарги, Конституційний Суд звинувачуватимуть в надмірному судовому активізмі. Це може бути пов'язано із застосуванням Судом забезпечувальних заходів, насамперед, у формі зупинення дії закону, який буде предметом розгляду, оскільки його застосування може заподіювати істотну шкоду конституційним правам і свободам або таке зумовлене невідворотністю порушень основоположного права, яке в наступному складно буде поновити або такої можливості вже не буде.

Американський дослідник Бредні Кенон виокремив такі риси судового активізму, як: (1) меджоритаріанізм (*majoritarianism*) — ступінь, до якого суддя в судовому порядку визнає неправомірними політичні положення, ухвалені через демократичні процедури; (2) інтерпретаційна послідовність (*interpretive stability*) — ступінь зміни попередніх судових рішень, доктрин, способів тлумачення іншими (новими); (3) інтерпретаційна відданість (*interpretive fidelity*) — ступінь тлумачення конституційних положень усупереч чітких намірів нормотворців чи змісту мови, використаних у правових положеннях; (4) сутнісна/демократична процедура (*substance/democratic process*) — ступінь, до якого судові рішення виробляють незалежні політичні позиції — на протипагу діяльності із збереження демократичної політичної процедури; (5) специфічність політики (*specificity policy*) — ступінь, до якого судові рішення саме встановлює політичне положення на протипагу того, аби залишити це на розсуд інших установ; (6) наявність альтернативного творення політичного рішення (*availability of an alternate policymaker*) — ступінь, до якого судові рішення замінює або порушує серйозні питання інших урядових установ [13, с. 100].

З таких умов виникає необхідність застосування права як єдиного цілого, частини якого є взаємно пов'язаними і мають тлумачитися гармонійно, що як правило пов'язано із можливістю вибору суддею певного варіанту розуміння правових норм у світлі принципів. При цьому важливим, щоб Конституційний Суд не втручався у перебіг політичного процесу. Так, розрізняючи питання «політичного» від «принципів», Рональд Дворкін в якості «політики» називав «норму, що визначає ціль, якої треба досягти; зазвичай це поліпшення в певній економічній, політичній або соціальній характеристиці суспільства (хоча деякі цілі

негативні в тому розумінні, що передбачають захист деяких існуючих характеристик від несприятливих змін)» [14, с. 497].

«Принцип» визначався ним як «норма, якої слід додержувати не тому, що вона наблизить або гарантуватиме виникнення бажаної економічної, політичної чи соціальної ситуації, а тому, що вона є вимогою справедливості, чесності чи якогось іншого морального виміру» [14, с. 497]. Саме принцип (а не норма) визначається як пріоритетний критерій прийняття «правильного рішення» в «складних справах», зокрема в випадках відсутності прецеденту, колізії норми права. А такими складними справами як раз і виступає розгляд конституційних скарг.

Щоб Конституційний Суд не був звинувачений у надмірному судовому активізмі, то він має додержуватися деяких базових принципів інтерпретації положень Конституції України. Хоча я б хотів зробити застереження, що із кількості та якості отих рішень доволі складно його звинувачувати у судовому активізмі. Не враховуючи справу про судовий контроль за госпіталізацією особи в психіатричний заклад, серія рішень Конституційного Суду із соціальних справ (2012-2013 роки) є якраз негативним прикладом судового активізму, які при цьому супроводжувалися некоректним цитуванням рішень Європейського суду з прав людини.

Основною причиною цього є недодержання низки принципів інтерпретації конституції:

1) автономне тлумачення конституції — виходячи із принципу верховенства конституції її положення не можуть інтерпретуватися, виходячи із стану поточного законодавства, яке саме по собі є об'єктом судового конституційного контролю; те ж саме стосується міжнародних договорів, про що вже йшла мова вище;

2) цілісне тлумачення конституції (принцип внутрішньої конкордації) — передбачає певний синтез конституційних положень, які впливають із взаємних зв'язків, структури та внутрішньої логіки конституції як кодифікованого правового акту, положення якого є взаємно узгоджені та виражають єдину і цілісну її структуру як правової матерії; якщо конституція є некодифікованою або частково кодифікованою, то йде мова про внутрішню конкордацію принципів, які визначають конституційний телос — обмеження свавілля влади та забезпечення гарантій прав людини;

3) конституція як «відкритий текст» передбачає неприпустимість поглядів щодо наявності якихось прогалин у конституції. Так само, відмова від конституційного контролю за правовими актами, оскільки вони містять прогалини та колізії у законодавстві є ніщо іншим, як порушенням прав людини і основоположних свобод. Адже така ситуація не від-

повідляє засадам правової визначеності (ст. 57) як складової принципу верховенства права (частина перша статті 8) та основоположній конституційній нормі про утвердження та забезпечення прав людини як головного обов'язку держави. Недоліки поточного законодавства не можуть служити обґрунтуванням відмови у забезпеченні захисту прав людини, оскільки покликанням правосуддя є здійснення цього основоположного обов'язку;

4) зв'язаність основоположними цінностями і принципами права. У силу домінування юридичного позитивізму в Україні тут слід наголосити на двох моментах:

а) з нормативної точки зору сама Конституція України визначає ієрархію конституційних цінностей: права людини і основоположні свободи (стаття 3) — непорушність і недопустимість надмірного обмеження прав і свобод людини, непорушність суверенітету і територіальної цілісності України (стаття 157) — принципи, які впливають із положень розділів I, III та XIII Конституції — інші конституційні положення; у формально-юридичному сенсі вони складають критерії перевірки конституційності правових актів;

б) із субстантивної точки зору тут йде мова про балансування між конституційними цінностями, яке містить потенційну безпеку для прав людини і основоположних свобод згідно із поглядами Ренати Віц та Ондраша Шайо [15]. Якраз балансування між конституційними цінностями складає природу діяльності конституційного правосуддя. Основним критерієм правомірності виступають тут засади верховенства права, принцип пропорційності та повага до прав людини. Гідність людини є провідною конституційною цінністю (згідно Конституції України це є основоположне юридичне рішення), з якої Суд може визначати межі допустимого втручання публічної влади у сферу приватної автономії згідно із трискладовим тестом (на основі закону, суспільна необхідність, доречність і достатність застосовуваних заходів). Тому ця конкуренція цінностей не може мати настільки згубні наслідки згідно із Віц та Шайо, хоча вони справедливо наголошують при цьому на небезпечність владної сваволі, яка може породити відповідні проблеми при розгляді конституційних скарг. Однак принцип балансування вимагає високого рівня компетентності конституційного судді і вільне володіння технікою обґрунтування судового рішення, виходячи із суті основних напрямків сучасної конституційної доктрини. Водночас це має орієнтувати конституційних суддів на кращі зарубіжні зразки захисту прав людини конституційними судами чи аналогічними установами та прецедентне право Європейського суду з прав людини;

5) тлумачення конституції як «живого інструмента» передбачає обов'язок Конституційного Суду попіклуватися про реальне і дієве забезпечення основоположного права, а в самому рішенні має бути визначений чіткий механізм поновлення порушеного права та встановлений справедливий розмір відшкодування заподіяної шкоди. Даний підхід передбачає ретельне дослідження фактичних обставин застосування закону і це змусить змінити пануючий нині підхід, що Конституційний Суд є «судом права», який ніби не досліджує фактичних обставин. Це суперечить навіть формально статті 152 Конституції, яка встановлює підставою для визнання правових актів неконституційними порушення процедури їх ухвалення, що встановити майже нереально без дослідження фактичних обставин справи. Тут річ у тім, що фактичні обставини справи мають інтерпретуватися стосовно її конституційно-правових аспекти, тобто через конкретизацію конституційних принципів і цінностей у світлі фактичних обставин.

Згадані засади тлумачення конституції є придатними за будь-яких судових стратегій, починаючи від судового нейтралітету до судового активізму. В останньому випадку, із впевненістю можна говорити, що виправданням такого активізму є саме ефективне поновлення порушених конституційних права і свобод та забезпечення справедливого відшкодування заподіяної шкоди неконституційними актами органів публічної влади. За таких умов балансування між конституційними цінностями спиратиметься на фундаментальне конституційне рішення — захист людської гідності та забезпечення вільного розвитку індивіда. Саме у такій площині мислима діяльність Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг. Як піде формулювання критеріїв допустимості конституційних скарг — питання практики, яка має спиратися на кращі світові взірці правового захисту.

Список використаних джерел

1. Веймарская конституция от 11 августа 1919 года URL: <http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=261>
2. Шмитт К. Политическая теология. Сборник / Карл Шмитт; пер. с нем.; закл. ст. и сост. А. Филиппова. — М.: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. — 312 с.
3. Радбрух Г. Пять хвилин філософії права / Густав Радбрух // Проблеми філософії права. 2004. — Том II. — С. 95-97.
4. Лок Дж. Два трактати про врядування / Джон Лок [пер. з англ. О. Терех, Р. Думець]. — К.: Основи, 2001. — 264 с.

5. Гроций Г. О праве войны и мира: Репринт с изд. 1956 г.— М.: Ладомир, 1994.— 868 с.
6. Dyzenhaus D. Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency / David Dyzenhaus.— Cambridge University Press, 2006.— 250 p.
7. Нольде Б. Э. Очерки российского государственного права / Б. Э. Нольде.— С.-Пб.: Типография «Правда», 1911.— 555 с.
8. Шевчук С. Судовий захист прав людини. Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / Станіслав Шевчук.— Вид. 3-тє.— К.: Реферат, 2010.— 848 с.
9. Бирмонтене Т. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов / Т. Бирмонтене, Э. Ярашюнас, Э. Спруогис // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Выпуск 2 (40) — 3 (41), 2008.— Ереван: Центр конституционного права Республики Армения, 2008.— С. 70-245.
10. Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права: пер. з англ. Ростислава Семківа / Т.Р.С. Аллан.— К.: Вид. дім «Києво-Могилянська Академія», 2008.— 385 с.
11. Case *Shaughnessy v. U.S.*, 345 U.S. 206 (1953).
12. Савчин М. Рішення Верховного Суду є відвертим проявом свавілля і не ґрунтується на повазі прав людини // Юридична газета.— 2015, 3 березня.— № 8.
13. Бігун В.С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення: монографія / В.С. Бігун.— К., 2011.— 330 с. (Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права»).
14. Дворкін Р. Серйозний погляд на право / Р. Дворкін; пер. з англ. А. Фролкін.— К.: Основи, 2000.— 520 с.
15. Уитц Р. Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии / Р. Уитц, А. Шайо // Сравнительное конституционное обозрение.— 2007.— № 2 (59).— С. 79-124.

ЗМІСТ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ І ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Т. Садова

*Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Івано-Франківськ, вул. Максимовича, 13, e-mail: tsadovaya@yandex.ru*

На сучасному етапі розбудови правової держави особливої ваги в Україні набуває утвердження і забезпечення прав і свобод людини, створення гідних умов для її життя, повага до її честі та гідності, захист ділової репутації. Реальність забезпечення прав людини повинна розглядатись як критерій оцінки дій органів законодавчої та виконавчої влади, показник моральності суспільства і добропорядності держави.

Наша держава на конституційному рівні визнала людину, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпеку найвищою соціальною цінністю. Захист цих прав і свобод визначає зміст діяльності усіх органів нашої держави та, зокрема, правоохоронних. Одним із основних реальних інститутів захисту прав і свобод в Україні є кримінальне судочинство. Однак саме в кримінальному судочинстві права і свободи його суб'єктів зазнають певних обмежень. Звідси доцільним бачиться з'ясувати, який зміст та обсяг мають права і свободи людини в кримінальному судочинстві, а також які існують заходи та правові підстави їх обмеження.

Засада забезпечення права на свободу і особисту недоторканність знайшла своє втілення, насамперед, у положеннях Конституції України, згідно з якими людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3); ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню (ст. 28); ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах і в порядку, встановлених законом (ст. 29); кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ст. 55); кожен зобов'язаний неухильно дотримуватися Конституції та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (ст. 68) [1].

Право на свободу і особисту недоторканність є одним з найважливіших громадянських прав людини, закріплених в Конституції. Стаття

29 Конституції України встановлює конкретні підстави обмеження даного права — виключно за рішенням суду і тільки на підставах і в порядку, встановлених законом. Разом з тим дане право найчастіше стає об'єктом порушень з боку працівників правоохоронних органів, що підтверджують дані, наведені Уповноваженим Верховної Ради з прав людини. У більше ніж половині письмових звернень громадян про порушення їхніх прав і свобод йшлося про порушення громадянських (особистих) прав. Найчастіше заявники у своїх зверненнях ставлять питання щодо недотримання їх права на повагу до гідності та на особисту недоторканність, свободу від незаконного затримання та арешту [2, с. 71]. Не виключені випадки безпідставного затримання громадян за підозрою у вчиненні злочину, взяття під варту, необґрунтованого обвинувачення, що є порушенням конституційних прав громадян.

Основним стандартом щодо захисту права на свободу і особисту недоторканність є Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини [3]. Структурно ст. 5 ЄКПЛ являє собою перелік мінімальних стандартів, які для зручності розуміння їхньої правової природи можуть бути поділені на три групи. Перша група стандартів міститься у п. 1 і визначає законні підстави для позбавлення свободи, тобто, фактично, — умови правомірності обмеження права на свободу. Пункти 2, 3 і 4 передбачають процедурні гарантії для тих осіб, хто позбавлений свободи. Нарешті, трохи осторонь стоїть п. 5, який гарантує право на відшкодування у випадках порушень передбачених попередніми пунктами прав.

З врахуванням вимог міжнародних стандартів новий КПК у статті 12 законодавчо закріпив зміст засади забезпечення права на свободу і особисту недоторканність у кримінальному провадженні, згідно з якою ніхто не може триматися під вартою, бути затриманим або обмеженим у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення інакше як на підставах та в порядку, передбачених КПК; кожен, кого затримано через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення або інакше позбавлено свободи, повинен бути в найкоротший строк доставлений до слідчого судді для вирішення питання про законність та обґрунтованість його затримання, іншого позбавлення свободи та подальшого тримання. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого судового рішення про тримання під вартою; про затримання особи, взяття її під варту або обмеження в праві на вільне пересування в інший спосіб, а також про її місце перебування має бути негайно пові-

домлено її близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором цієї особи в порядку, передбаченому КПК; кожен, хто понад строк, передбачений цим Кодексом, тримається під вартою або позбавлений свободи в інший спосіб, має бути негайно звільнений; затримання особи, взяття її під варту або обмеження в праві на вільне пересування в інший спосіб під час кримінального провадження, здійснене за відсутності підстав або з порушенням порядку, передбаченого КПК, тягне за собою відповідальність, установлену законом.

Слід зазначити, що в контексті статті 5 Конвенції «право на свободу» та «право на особисту недоторканність» не розглядаються Європейським судом як окремі права. Свобода і недоторканність, на думку Суду, — це два аспекти одного права, яке зазвичай трактується лише як фізична свобода. При цьому, хоча Суд у своїй практиці не дав жодного формального визначення поняттю позбавлення свободи або особистої недоторканності, він провів чітку межу між цим правом і такими правами, як свобода пересування або свобода вибору місця проживання. Останні два згадані права не підпадають під захист ст. 5 і відмежовуються від права на свободу за критерієм суворості (мовою Суду — «інтенсивності і рівня») обмежень, які накладаються владою на особу щодо її можливостей вільного пересування у просторі.

«Позбавлення свободи» Суд тлумачить доволі широко: сюди належить і «позбавлення волі» як вид кримінального покарання, і «взяття під варту» як запобіжний захід, і арешт (як в кримінально-правовому, так і в адміністративно-правовому сенсі), і затримання тощо. Важливо розуміти, що Суд бере до уваги не формальну класифікацію видів процесуального примусу або санкцій за правопорушення за національним законодавством, а характер такого примусу чи покарання і фактичні наслідки їх застосування щодо певної особи.

Зі змісту статті 12 КПК України також випливає, що законодавець трактує право на свободу і особисту недоторканність як фізичну свободу, тобто захист від необґрунтованих арештів та затримань.

Разом з тим, у кримінальній процесуальній літературі право на свободу і особисту недоторканність розглядається у широкому і вузькому розумінні. Широке розуміння конституційного права на свободу і особисту недоторканність охоплює такі конституційні можливості, як особисту свободу і безпеку, недоторканність житла, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, особистого і сімейного життя, честі і гідності, життя і здоров'я, свободи пресування, захисті в суді тощо. Вузьке розуміння цього права включає в себе

лише можливість свободи від незаконних та необґрунтованих арештів та затримань [4, с. 33].

На думку С. І. Фесенка право на фізичну (тілесну) недоторканність є варіантом права на свободу і особисту недоторканність [5, с. 102].

К. В. Тарасенко та М. Ф. Сокиран, досліджуючи права людини при примусовому отриманні зразків для експертизи зазначають, що право на особисту (тілесну) недоторканність — найважливіше демократичне право, яке отримало правове визнання не тільки на рівні Конституції, а й у міжнародних актах [6, с. 324].

Існує і інша точка зору. Так, Б. Л. Гульман зазначає, що право на свободу і право на особисту недоторканність — це різні речі. Останнє передбачає право особи на захищеність від будь-якого посягання з боку будь-кого, і охоплює право на тілесну, статеву і психологічну недоторканність [7, с. 94].

У Коментарі до Конституції України виділяються три складові особистої недоторканності: тілесна, статеву і психологічна [8]. Тілесна недоторканність передбачає, що особі, без її згоди, не можна заподіювати тілесні ушкодження, застосовувати тортури і мордування, наносити удари, побої, іншим способом завдавати фізичного болю та застосовувати силу (крім випадків перебування інших осіб у стані необхідної оборони, затримання злочинця чи крайньої необхідності), заражати її венеричними та іншими заразними захворюваннями, вводити в її організм наркотичні засоби, психотропні речовини, лікарські та інші засоби, що викликають одурманювання. Тілесна недоторканність також передбачає, що відносно особи, за загальним правилом без її згоди, забороняється втручатися медичними методами діагностики, профілактики, лікування, стерилізації, штучного переривання вагітності, проводити медико-біологічні експерименти, примусово брати донорську кров, органи та інші анатомічні матеріали.

Статеву недоторканність — це захищеність особи, яка досягла статевої зрілості, від посягання на її право самостійно вирішувати питання про своє статеве життя, а також захищеність особи, яка не досягла статевої зрілості, від статевих відносин, а особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку — від розпутних, дій. До статевої недоторканності слід, на нашу думку, віднести також захищеність особи від незаконних зміни (корекції) статевої належності і штучного запліднення та імплантації ембріона (до речі, навіть у деяких скандинавських країнах, незважаючи на їх демократичних устрій тощо, до сьогодні існує можливість стерилізації осіб, винних в окремих статевих злочинах. Можливо, в цьому

є сенс, особливо з урахуванням того факту, що, за даними українських фахівців, лише 6-12% осіб, засуджених за статеві злочини, визнаються психічно здоровими, і від 40 до 52% осіб, засуджених за статеві злочини, вчинюють ці злочини повторно, при чому у строки від 3 днів до 6 місяців після звільнення із місць позбавлення волі [7, с. 120].

Нарешті, психологічна недоторканність передбачає захищеність особи від погроз на її адресу, залякування, шантажування її та інших способів придушення її волі. Під правом на свободу і психологічну недоторканність розуміють захищеність особи від різноманітних видів впливу на її підсвідомість, коли особа без згоди та відома може бути «закодована» на виконання протиправних, аморальних та інших дій, які вона у звичайному стані не бажала б вчинювати [8].

В. К. Волошина також виділяє три аспекти особистої недоторканності: фізичний, психічний і моральний. Фізична недоторканність означає, що ніхто не може бути позбавлений волі, заарештований, затриманий по підозрінню у вчиненні злочину, підданий особистому обшуку або примусовому приводу інакше як на підставі і в порядку, передбаченому законом. Недоторканність особи передбачена міжнародними стандартами з прав людини (ст. 9 Міжнародного Пакту про громадянські й політичні права, ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод). Гарантії фізичної недоторканності людини передбачені й внутрішнім законодавством, зокрема, Конституцією України, Цивільним кодексом України, КПК України.

Психічна недоторканність забезпечується, зокрема, нормою ч. 3 ст. 28 КУ та ст. 11 КПК. Положення цього принципу знаходять своє відображення у багатьох нормах КПК, так, наприклад, ч. 2. ст. 87, ст.ст. 224, 226, 241 КПК та інші.

Дотримання моральної недоторканності полягає у недоторканності честі та гідності особи. Поняття «гідність», як правило, зв'язується з уявленням про гордість і власного «я» людини, тобто достоїнство особистості, виражається у власній самооцінці людини. Честь зв'язується з конкретним суспільним становищем людини і визнаними за ним моральними заслугами. Тому гідність кожної людини й громадянина рівно сильно, а честь — ні. Синонімами слова «честь» є репутація, добре ім'я, престиж, авторитет [9, с. 658-659].

Право на особисту (тілесну) недоторканність у кримінальному провадженні як окреме право, що не пов'язане із правом на свободу, зазвичай згадується у контексті дослідження захисту прав учасників кримінального провадження, щодо яких здійснюється освідування, особистий обшук

(в тому числі і при затриманні), отримання зразків для експертизи [10, с. 140, 143; 11, с. 62; 12, с. 186; 13, с. 138].

Таке неоднозначне тлумачення змісту засади забезпечення права на свободу і особисту недоторканність пов'язують з неточністю перекладу термінів, що вжиті у міжнародно-правових актах. Зокрема, М. М. Антонович стверджує, що усі основні міжнародно-правові акти насправді гарантують право на свободу та особисту безпеку (right to liberty and security of person) [14, с. 75-76]. Дійсно, англійське слово security, що означає безпека, захист [15], в українському перекладі трансформувалось у недоторканність, що згідно Словника української мови є гарантією від усяких посягань з боку кого-небудь [15]. М. М. Антонович пояснює це тим, що традиційно безпека в Радянському Союзі сприймалась як державна, і, на жаль, питання безпеки в Україні продовжує залишатись заідеологізованим. Так чи інакше, поняття недоторканності є багатограним і справді виходить за рамки фізичної свободи пересування [14, с. 76].

Право на особисту недоторканність означає право людей зберігати фізичний і психічний складники свого організму в недоторканності та право на повагу цієї цілісності з боку держави і третіх осіб, тобто право на все, що стосується поваги й гарантії недоторканності індивіда [16, с. 140]. Особиста недоторканність не припускає якого б то не було втручання ззовні в область індивідуальної життєдіяльності особистості.

У зміст права на фізичну та психічну цілісність входять правомочність громадянина самостійно користуватися й розпоряджатися своїм тілом, окремими органами і тканинами, правомочність вільно здійснювати вчинки відповідно до своєї свідомості та волі, а також вимагати, щоб інші суб'єкти утримувались від порушення його права [17, с. 155]. На думку О. М. Пожар, зміст права на особисту недоторканність людини, як і будь-якого суб'єктивного права, складають три конкретні взаємопов'язані елементи (можливості-правомочності): 1) право на позитивні дії, тобто право на власні дії, зокрема право користуватися й розпоряджуватися своїм тілом, окремими органами і тканинами, право вільно здійснювати вчинки відповідно до своєї свідомості та волі; 2) право вимагати від іншого суб'єкта виконання (додержання) юридичного обов'язку як умови реалізації носієм суб'єктивного права належної йому правової можливості, зокрема такого обов'язку, як заборона будь-якого втручання і впливу на право особи користуватися й розпоряджуватися своїм тілом тощо, право вільно здійснювати вчинки відповідно до своєї свідомості та волі; 3) право на захист з боку держави (а відповідно, й право вимагати від держави, зокрема суду, такого захисту), яке виникає в разі порушення

юридичного обов'язку особою, яка мала його виконати, коли це становить перешкоду для реалізації суб'єктивного права [16, с. 143].

Таким чином, термінологічне оформлення статті 12 КПК дозволяє тлумачити її значно ширше, ніж це робить Конвенція і Європейський Суд, що, на нашу думку, вносить плутанину у розуміння змісту досліджуваної засади. Правильному її тлумаченню сприятиме чітке визначення поняття особистої недоторканності із внесенням відповідних доповнень до ст. 12 КПК.

У зв'язку з цим, вважаємо необхідним доповнити статтю 12 КПК частиною шостою наступного змісту: ***«Кожен має право на особисту (тілесну, статеву, психічну) недоторканність, право самостійно користуватися й розпоряджатися своїм тілом, окремими органами і тканинами, правомочність вільно здійснювати вчинки відповідно до своєї свідомості та волі, а також вимагати, щоб інші суб'єкти утримувались від порушення його права».***

Також вважаємо необхідним доповнити статтю 12 КПК частиною сьомою такого змісту: ***«Кожен має право захищати усіма засобами, що не заборонені законом, свою особисту недоторканність, а також право на особисту недоторканність, яке було порушене під час здійснення кримінального провадження».***

Хоча «право на свободу» та «право на особисту недоторканність» не розглядаються Європейським судом як окремі права, про що вже було зазначено вище, вони безперечно є окремими елементами права на свободу і особисту недоторканність, оскільки не дивлячись на свою взаємопов'язаність вони мають свій власний зміст.

Вільне здійснення людиною своїх прав можна назвати свободою. Свобода — це можливість людини діяти відповідно до свого волевиявлення і робити все, що не заборонено законом і не наносить шкоди іншим людям. В. М. Тертишник говорить про свободу як про найцінніше надбання людини [18, с. 149].

Досліджуючи співвідношення особистої свободи і примусу у кримінальному провадженні, І. Л. Петрухін визначав свободу особистості як надану людині можливість мислити і чинити у відповідності зі своїми переконаннями, поглядами і уявленнями про належне і бажане, добиватись здійснення поставлених перед собою цілей і, таким чином, реалізувати своє «я» в об'єктивному світі [12, С. 6]

О. В. Швидкова, визначаючи особисту свободу як правову категорію говорить, що це є реальна можливість людини вчиняти усі дії, які вона вважає за потрібне для забезпечення свого існування та розвитку

своєї особистості, якщо вони не суперечать нормам права та не порушують права і законні інтереси інших людей [19, с. 41].

У суспільстві свобода має певний зміст і обсяг, які формально визначаються нормами права. З цього постає питання належного законодавчого формулювання та забезпечення змісту і обсягу особистої свободи через закріплення певних особистих прав та обов'язків.

Постає питання про визначення конкретних законних меж цієї свободи, а також засобів її виміру. О. В. Негодченко називає право мірою свободи і зміст його вбачає в тому, щоби узгодити свободу окремої людини зі свободою інших членів суспільства, дотримуючись принципу рівності. Воно виступає засобом обмеження рівня свободи і обсягу влади, неузгоджених із суспільними потребами й уявленнями людей про добро і справедливість. У правах, свободах і обов'язках не лише фіксуються стандарти поведінки, які вважаються обов'язковими, корисними, доцільними для нормальної життєдіяльності суспільства, а й розкриваються основні принципи взаємовідносин держави й особи [20, с. 41]. Процес історичного розвитку людини значною мірою залежить від обсягу її прав і свобод, визначає її соціальні можливості і блага, забезпечуючи характер життєдіяльності, систему взаємодій, відносин людей у суспільстві. Тому проблема захисту прав людини завжди була предметом гострих класових сутичок, котрі провадилися за володіння правами, за їх розширення, закріплюючи статус людини у суспільстві. І кожен шабель розвитку суспільства був кроком на шляху надбання і розширення свободи. Історія свідчить, що необхідні постійні зусилля для підтримання і удосконалення механізму захисту прав та свобод людини [21, с. 24]. Ідея зростання важливості прав людини у системі соціальних цінностей передбачає поглиблене вивчення всіх можливостей оптимального забезпечення їх реалізації у боротьбі зі злочинністю. Застосування нових, в деяких випадках нетрадиційних заходів боротьби, передбачає окремі обмеження прав і свобод громадян. Йдеться про можливість такого обмеження на визначений строк як необхідного для здійснення загальнодержавних інтересів боротьби зі злочинністю [22, с. 107].

Зі змісту статті 12 КПК вбачається, що під свободою в даному контексті законодавець має на увазі свободу пересування, яка може бути обмежена в рамках здійснення кримінального провадження шляхом затримання, взяття під варту або у інший законний спосіб на підставах і в порядку, передбачених у КПК.

Сутність позбавлення свободи полягає в тому, що особа силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд з уповноваженою

службовою особою або в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою.

Формування права на свободу має пряме відношення до виникнення ідеї особистої безпеки, яка вперше була висунута Д. Локком і отримала завершену юридичну форму у вченні В. Блекстона. Розрізняючи право особистої безпеки і право особистої свободи (the right to personal security; the right to personal liberty), він писав: «Право особистої безпеки — це законне і безперервне володіння особи своїм життям, членами свого тіла, своїм здоров'ям і репутацією». Під правом особистої свободи В. Блекстон розумів можливість «пересування, зміни ситуації або руху будь-якої особи в будь-яке місце за своїм розсудом без утримання у в'язниці або обмежень, які припустимі лише після належної законної процедури» [19, с. 41].

Новий кримінальний процесуальний кодекс, дотримуючись вимог Конституції України, Конвенції та практики Європейського суду з прав людини встановив у кримінальному провадженні такі обмеження права на свободу та особисту недоторканість:

- затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення як тимчасовий запобіжний захід;
- затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;
- затримання в Україні особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням нею кримінального правопорушення, та застосування до неї тимчасового арешту;
- застосування до підозрюваного, обвинуваченого таких запобіжних заходів, як домашній арешт та тримання під вартою;
- покладення на підозрюваного чи обвинуваченого у разі застосування до нього запобіжного заходу — особистого зобов'язання обов'язків, передбачених п. п. 2, 5, 8 ч. 5 ст. 194 КПК;
- примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи;
- поміщення дитини, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння у віці від 11-ти років до досягнення віку, з якого може неставати кримінальна відповідальність, до приймальника-розподільника на строк до 30-ти днів та його продовження ще до 30-ти днів;
- тримання особи під вартою в Україні, коли є рішення компетентного органу іноземної держави про взяття її під варту або призначення їй покарання у вигляді позбавлення волі, якщо ця особа транзитно перевозиться територією України або тимчасово видана в Україну;

- застосування екстрадиційного арешту до особи, яка вчинила злочин за межами України, але була затримана в Україні і до якої був застосований тимчасовий арешт, після надходження запиту органу іноземної держави про її видачу [23].

Окрім вищезазначених, до них відносяться також привід, освідування, отримання зразків для експертного дослідження, особистий обшук, які можуть бути здійснені у примусовому порядку.

Оскільки на підставі ч. 5 ст. 194 КПК разом із застосуванням до підозрюваного, обвинуваченого будь-якого запобіжного заходу, окрім тримання під вартою, на нього можуть бути покладені додаткові обов'язки, передбачені КПК, серед яких: прибувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю; не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; повідомляти слідчого, прокурора чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи; утримуватися від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотриманням умов, визначених слідчим суддею, судом; не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом; здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну; носити електронний засіб контролю, ми маємо підставу стверджувати, що особа тим чи іншим чином обмежується у праві на свободу у зв'язку із застосуванням до неї будь-якого запобіжного заходу.

Список використаних джерел

1. Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р.; зі змін. і доповн.— К.: Атіка, 2015.— 68 с.
2. Карпачова Н. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: (доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини) / Н. Карпачова.— К., 2002.— 412 с.
3. Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини // Забезпечення органами внутрішніх справ міжнародно-правових стандартів прав людини при охороні громадського порядку: [у 3 ч.] К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2001.— (Науково-практичний, документально-джерельний та навчально-методичний комплекс: у 3 ч. / відп. Ред. Римаренко Ю. І. [та ін]). Ч. 2, Ч. 3.— 2001.— С. 93-122.

4. Олійник В. Конституційне право на свободу і особисту недоторканність — поняття та характерні ознаки / В. Олійник // Право України. — 2000 — № 12. — С. 33-36.
5. Фесенко С.І. Обмеження права і свободи особи на фізичну (тілесну) недоторканність при проведенні експертизи у судових справах з визначення спірного батьківства (материнства), підміни дітей / С.І. Фесенко // Вісник Академії адвокатури України. — 2012. — № 3 (25). — С. 101-106.
6. Тарасенко К.В. Права людини при примусовому отриманні зразків для експертизи / К.В. Тарасенко, М.Ф. Сокиран // Філософія права. — 2014. — № 4. — С. 322-326.
7. Гульман Б.Л. Сексуальные преступления [Текст]: монография / Б.Л. Гульман. — Х.: Рубикон, 1994. — 272 с.
8. Конституція України: Офіційний текст. Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.uapravo.com/hro/text.php?lan=ukr&id=5327&id_book=5291&id_parent=5318
9. Волошина В.К. Загальна характеристика принципу забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному провадженні / В.К. Волошина // Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародн. конф. проф.-викл. та аспірант. складу / відп. за вип. В.М. Дрьомін; НУ ОЮА, Півд. регіон. центр НАПрН України. — Одеса: Фенікс, 2014. — Т. 1. — С. 659-660.
10. Садова Т.В. Обмеження прав і свобод у кримінальному судочинстві України та держав англо-американської правової системи в контексті міжнародних стандартів: [монографія]; за ред. доц. Смокова С.М. / Т.В. Садова. — Івано-Франківськ, Надвірна: ЗАТ «Надвірнянська друкарня», 2011. — 177 с.
11. Ляш А.О. Застосування примусу під час провадження слідчих дій: [навч. посібник для студ. вищ. навч. заклад.] / А.О. Ляш, А.А. Благодир. — К.: Освіта України, 2010. — 190 с.
12. Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. Общая концепция. Неприкосновенность личности / И.Л. Петрухин. — М.: «Юридическая литература», 1985. — 239 с.
13. Рыжаков А.П. Освидетельствование. Личный сыск. Следственный эксперимент. Получение образцов для сравнительного исследования: [науч.-практ. руководство] / А.П. Рыжаков. — М.: Изд-во «Экзамен», 2007. — 319 с. — (Серия «Библиотека юриста»).
14. Антонович М.М. Право на свободу та особисту безпеку за міжнародно-правовими актами та національним законодавством України / М.М. Антонович // Наукові записки. Юридичні науки. — 2006. — Том 53. — С. 75-78.

15. Словник української мови: в 11 томах.— Том 6, 1975. / [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/pidozra>.
16. Пожар О. М. Сутність та зміст особистої недоторканності як суб'єктивного права громадян / О. М. Пожар // 137 Актуальні проблеми держави і права.— 2012.— № 2.— С. 137-145.
17. Васильєва Н. Г. Право людини на фізичну і психічну цілісність і правове регулювання біомедицини в Європейському Союзі // Проблеми законності.— 2007.— Вип. 92.— С. 153-158.
18. Тертышник В. М. Защита прав и свобод человека: [научно-практ. издание] / Тертышник В. М., Марченко А. В., Тертышник А. И.— Харьков: Арсис, 2000.— 288 с.
19. Швидкова О. В. Щодо визначення права на свободу та особисту недоторканність / О. В. Швидкова // Право і безпека.— 2006.— № 5.— С. 40-42.
20. Негодченко О. В. Організаційно-правові засади діяльності органів внутрішніх справ щодо забезпечення прав і свобод людини: [монографія] / О. В. Негодченко — Д.: Вид-во Дніпропетр. ун-ту, 2003.— 448 с.
21. Калініченко О. Теоретико-правові ідеї захисту прав, свобод та обов'язків людини і громадянина / О. Калініченко // Право України.— 2005 — № 5.— С. 21-24.
22. Строков І. Забезпечення прав і свобод людини у кримінальному судочинстві / І. Строков // Право України.— 2001.— № 3.— С. 106-108.
23. Бучківська В. Л. Обмеження свободи особи та її недоторканності під час кримінального провадження: новий кримінально-процесуальний закон з урахуванням практики європейського суду з прав людини / В. Л. Бучківська: [Електронний ресурс].— Режим доступу: rbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe?

ОСВОЄННЯ МИНУЛОГО: ПРАВДА, СПРАВЕДЛИВІСТЬ, ПРИМИРЕННЯ

Н. Сатохіна

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: satokhina@mail.ru*

Цілком очевидно, що право є одним з механізмів освоєння минулого, передусім тоді, коли йдеться про досвід несправедливості. Однак у випадку масштабних порушень прав людини проблема взаємодії з минулим опиняється в центрі політико-правового дискурсу. Суспільства, які переживають або пережили масові порушення прав людини внаслідок тривалого панування диктаторського режиму або військового конфлікту, ми називаємо перехідними, або транзитивними, суспільствами. Ці суспільства ніби опинились між часами і «між-часовість» яких триватиме стільки, скільки знадобиться їм для того, щоб співвіднести «простір досвіду» із «горизонтом очікувань»¹, тобто освоїти власне минуле.

Необхідність переходу до верховенства права і стану миру покликали до життя ідею та практику правосуддя перехідного періоду, або транзитивного правосуддя, як «комплексу процесів і механізмів, пов'язаних з намаганням суспільства подолати тяжкий спадок масштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливості і примирення» [1, с. 6]. Широка концепція транзитивного правосуддя охоплює чотири ключові елементи: кримінальне переслідування, відшкодування шкоди, встановлення правди про події, що відбулись, та інституційні реформи як гарантія неповторення страшного минулого. Відтак, основними орієнтирами правосуддя перехідного періоду є правда, справедливість і примирення, складне співвідношення між якими виявляється у ключових дилемах транзитивного правосуддя: «правда vs. справедливість», «справедливість vs. примирення», «правда vs. примирення».

З одного боку, правда, справедливість і примирення є взаємоповноючими. Так, найвідоміша в історії комісія правди — Південноафриканська Комісія правди і примирення (1995-2002) — працювала під девізом «Правда — шлях до примирення» [6]. Встановлення правди

¹ Детальніше щодо «простору досвіду» і «горизонту очікувань» як антропологічних умови освоєння минулого див. дослідження відомого німецького історика Р. Козеллека: [2, с. 350-375].

щодо подій минулого має велике значення для протистояння ревізійним претензіям (так, наприклад, матеріали Нюрнберзького трибуналу були дуже корисними для спростування численних спроб заперечення Голокосту) і боротьби з безкарністю (у більшості випадків комісії правди докладають великих зусиль для забезпечення кримінального переслідування в майбутньому, в тому числі надаючи судам інформацію про злочинців та докази їхньої вини). Можливо, найціннішою правда є для психологічного відновлення жертв, які прагнуть офіційного визнання їхніх страждань. Крім того, як зауважує авторка ґрунтовного дослідження досвіду діяльності більш ніж сорока комісій правди П. Хайнер, хоча комісії мають менше повноважень, ніж суди (вони не можуть нікого ув'язнити, самостійно забезпечити виконання своїх рекомендацій і навіть примусити когось свідчити перед комісією), проте, маючи ширшу мету, яка полягає у виявленні характеру, причин і наслідків злочинів, вони йдуть значно далі у своєму розслідуванні та висновках, ніж це можливо у судах. Наприклад, вони можуть зробити висновки щодо відповідальності держави та її інститутів в цілому, не тільки силових структур, а й самої судової влади. Комісії правди сфокусовані на жертвах, збирають тисячі свідчень і проголошують цю правду офіційно та публічно, що для багатьох постраждалих виявляється першим офіційним визнанням їхніх претензій і, у разі корумпованості та неефективності судової системи, хоча б першим кроком щодо притягнення винних до відповідальності [3, с. 91-109].

З іншого боку, справедливість, представлена кримінальним переслідуванням, може конфліктувати з бажанням чесної та неупередженої фіксації історії. Так, коли судові процеси використовуються як домінуючий механізм транзитивного правосуддя, багато інформації може бути втрачено, оскільки вона не є прийнятною для використання в суді (наприклад, докази, здобуті злочинним шляхом, які, однак, дають уявлення про те, що сталося насправді). Потреба забезпечити жертв публічним простором, де вони могли б розповісти їхні історії та отримати визнання, також конфліктує з деякими базовими вимогами процесуального права. Оскільки свідчення жертв є засобом підтвердження обвинувачення, вони, як правило, піддаються критиці з боку сторони захисту, що робить свідчення у суді додатковим травматичним досвідом. Нарешті, в окремих випадках надмірний акцент на відповідальності на злочини минулого протягом перехідного періоду може сприйматись як «полювання на відьом» та призвести до руйнування тендітного миру або взагалі унеможливити його.

Майже всі приклади транзиту після Другої світової війни ілюструють ці суперечності. Нюрнберзький процес базувався на зворотній дії кримінального закону. Іспанія переходила до демократії через «пакт про забуття» — майже три десятиліття мовчання про скоєні порушення. Південноафриканська Комісія правди і примирення змушена була піти на компроміс у вигляді практики «амністія в обмін на правду». Тому, як слушно зауважує Н. Ейзіковіц, цілі правосуддя перехідного періоду ніколи не можуть бути досягнуті одночасно [4].

На думку Н. Ейзіковіца, ключова в умовах транзиту дилема «мир versus справедливість» є лише окремим випадком напруги між тим, чого вимагає мораль, і тим, що корисно для суспільства, присутньої і у звичайному політичному житті та відомої як проблема «брудних рук». Так, вочевидь, несправедливо було амністувати учасників апартеїду в Південній Африці, однак інакше країна могла поринути у тривалу громадянську війну. Аналогічно, несправедливо було замовчувати історію насильства в Іспанії протягом тридцяти років після падіння диктатури Франко, однак інакше Іспанія могла й не стати ліберальною демократією, якою вона є сьогодні. Однак, незважаючи на те, що дилема «мир versus справедливість» є лише особливим проявом проблеми «брудних рук», між ними все ж існує істотна відмінність: у той час як напруга між справедливістю і суспільною корисністю є частиною політичного життя будь-якої консолідованої демократії, в період транзиту вона визначальною. У консолідованій демократії ця напруга може бути мінімізована за допомогою правових інститутів та традицій, які визначають пріоритетність тієї або іншої інтерпретації. Проте у перехідний період такі інститути, традиції та інтерпретаційні принципи самі перебувають у стадії формування, причому їх формування знову ж вимагає певного політичного компромісу. Такий специфічний прояв дилеми «мир versus справедливість» потребує і специфічних механізмів мінімізації цієї напруги, які відсутні у звичайній політичній системі. Тому правосуддя перехідного періоду і охоплює складний комплекс різних за своєю природою механізмів освоєння минулого: національні та міжнародні суди, спеціально створені трибунали щодо військових злочинів, комісії правди і примирення, люстраційні комітети тощо [4].

Інший підхід до інтерпретації дилеми «мир versus справедливість» пов'язаний з розширеною концепцією справедливості. Так, А. де Тойт розглядає цю дилему як опозицію між різними концепціями справедливості: відновлювальною (restorative) і ретрибутивною (retributive). Відповідно, якщо комісії правди не відповідають вимогам «спеціальної» концепції (ретрибутивною) справедливості, відомої нам як складова лібе-

ральної демократії, це зовсім не означає, що вони не можуть ґрунтуватись в умовах транзиту на більш «загальній» концепції справедливості. На думку дослідника, «моральні концепції, покладені в основу вислуховування жертв, тобто принципи правди як підтвердження (truth as acknowledgment) і справедливості як визнання (justice as recognition), можуть розглядатись як відповідне застосування більш «загальної» концепції справедливості в контексті транзиту». Таким чином, являючи собою моральний компроміс — принесення в жертву (ретрибутивної) справедливості заради правди і примирення — комісії правди відповідають вимогам більш широкої концепції справедливості в ситуації транзиту і сприяють створенню умов, за яких в подальшому може бути застосована «спеціальна» концепція [5, с. 124].

Сутнісний зв'язок між правосуддям і миром став лейтмотивом теорії справедливості одного з найяскравіших мислителів ХХ ст. П. Рікера. На думку філософа, почуття справедливого, яке зберігає вкоріненість у прагненні до доброго життя і знаходить найбільш аскетичне раціональне формулювання в процедурному формалізмі, досягає конкретної повноти тільки на стадії застосування норми до конкретної ситуації. При цьому якщо в телеологічному плані прагнення до доброго життя справедливе є аспектом доброго, співвіднесеного з іншими, а в деонтологічному плані зобов'язання воно ототожнюється із законом, то у площині практичної мудрості, там, де виноситься ситуативне судження, справедливе є неупередженим, спрямованим на зміцнення суспільного миру. Вирок суду, звісно, не гарантує примирення, адже для того, щоб примирити сторони, необхідно, щоб вони до кінця пройшли шлях взаємного визнання, однак він дозволяє досягти найближчої мети інституту суду — припинення конфлікту, хоча кінцевою метою правосуддя все ж залишається сприяння суспільному миру. Не зупиняючись на цій «мрії про мир, що складає своєрідну утопію права», П. Рікер прослідковує остаточну долю акту (о) судження, який віддає належне своїй кінцевій меті лише тоді, коли він визнаний не тільки суддями, але й суспільством, потерпілими та підсудними. Йдеться, зокрема, про заходи реабілітації, що дозволяють винному відновитися у всій повноті своїх правових можливостей і виконанні громадянських обов'язків. І, нарешті, про те, щоб задовольнити потреби жертв, які часто полягають передусім не в тому, щоб почути вирок, а в тому, щоб розповісти про те, що сталося, бути почутими і визнаними, отримати відшкодування і, можливо, вибачення [7; 8]. Інакше кажучи, мова йде про відновлювальне правосуддя — правосуддя, покликане відновити гідність як жертв, так і злочинців.

Примирення, таким чином, не суперечить ані справедливості, ані встановленню правди. Як зазначено у підсумковій доповіді Південноафриканської Комісії правди і примирення:

- «примирення охоплює форми відновлювального правосуддя, яке не прагне ані помсти, ані безкарності. Повертаючись до суспільства, порушники отримують можливість зробити внесок у розбудову демократії, культури прав людини і політичної стабільності;

- примирення не знищує пам'ять про минуле. Насправді воно мотивоване формою пам'яті, яка наголошує на необхідності пам'ятати без виснажливого болю, гіркоти, прагнення помсти, страху та почуття вини. Воно розуміє, наскільки важливо засвоювати уроки минулого заради збереження майбутнього;

- примирення не обов'язково передбачає прощення. Воно охоплює лише мінімальне бажання співіснування і мирного врегулювання існуючих протиріч;

- примирення передбачає, що усі жителі Південної Африки беруть на себе моральну і політичну відповідальність за виховання культури прав людини і демократії, в рамках якої політичні та соціально-економічні конфлікти вирішуються у мирний спосіб» [6, с. 435].

Зрештою, хіба не йдеться тут про примирення передусім із власним минулим, або його освоєння?

Список використаних джерел

1. Господство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах. Доклад Генерального Секретаря ООН. S/2004/616 [Електронний ресурс].— Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/31/PDF/N0439531.pdf?OpenElement>.
2. Козеллек Р. Минуле майбутнє. Про семантику історичного часу / Р. Козеллек; пер. з нім. В. Швед; наук. ред. С. Стельмах.— К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2005.— 380 с.
3. Hayner Priscilla B. Unspeakable truths: Transitional justice and the challenges of truth commissions / Priscilla B. Hayner.— New York, London: Routledge, 2011.— 376 p.
4. Eisikovits N. Transitional Justice / N. Eisikovits // The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-transitional/>.
5. Toit A. du. The moral foundations of the South African TRC: truth as ac-

- knowledge and justice as recognition / A. du Toit // Truth v. justice: the morality of truth commissions / ed. R. J. Rotberg and D. Thompson. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2000.— P. 124.
6. The South African Truth and Reconciliation Commission report. Vol. 5 [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume5.pdf>.
 7. Рикёр П. Справедливое / П. Рикёр; пер. с фр. Б. Скуратов, П. Хицкий.— М.: Гнозис, Логос, 2005.— 304 с.
 8. Рикёр П. Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права / П. Рикёр; пер. с фр. О.И. Шильман // Вопросы философии.— 1996.— № 4.— С. 27-36.

ЦИВІЛЬНІ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

І. Сенюта

*Львівський національний медичний університет імені Данила Галицького
м. Львів, вул. Пекарська, 69, e-mail: prlawlab@ukr.net*

Дотик науково-технічного прогресу до зародження життя в умовах сьогодення вже є усталеним суспільним явищем. Тематика предмету дослідження сенситивна, сповнена контроверсій, багатоаспектна, отож, потребує особливо пристального погляду законотворця, аби забезпечити конгруентність усіх елементів з вінцем Людина та її права.

Метою дослідження є з'ясування особливостей правовідносин у сфері репродуктивних технологій, викристалізація проблемних питань, нормативних колізій та пошук шляхів їх вирішення в окресленій царині.

Сфера репродукції неодноразово була предметом вивчення науковців, з-поміж яких Н. Аблятіпова, С. Антонов, А. Головащук, С. Булеца, Т. Заварза, О. Кашинцева, Ю. Коренга, Р. Майданик, З. Ромовська, Р. Стефанчук, С. Стеценко. Найчастіше під дослідницький мікроскоп потрапляла правова природа сурогатного материнства, договірні відносини, пов'язані з сурогатним материнством, хоча проблем у царині репродуктивних технологій є чимало і вони потребують комплексного підходу до дослідження з урахуванням доктрини, судової практики та законодавства, аби виокремити проблеми з пропозиціями до удосконалення нормативно-правової бази.

Нормативне панно застосування допоміжних репродуктивних технологій (далі — ДРТ) включає такі законодавчі акти: Цивільний кодекс України (ст. 290) (далі — ЦК України), Сімейний кодекс України (ст. 123) (далі — СК України), Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (ст. 48) (далі — Основи), Наказ МОЗ України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013 р. № 787 (далі — Наказ № 787).

Відповідно до Наказу № 787, допоміжні репродуктивні технології (далі — ДРТ) — методики лікування безпліддя, за яких маніпуляції з репродуктивними клітинами, окремі або всі етапи підготовки репродуктивних клітин, процеси запліднення і розвитку ембріонів до перенесення їх у матку пацієнтки здійснюються в умовах *in vitro*. Окреслюючи *цивільні правовідносини в сфері репродуктивних технологій*, під такими розуміємо врегульовані нормами цивільного права суспільні відно-

сини, пов'язані з лікуванням безпліддя, які породжують взаємні права й обов'язки суб'єктів правовідносин у сфері надання медичної допомоги. До ознак правовідносин в сфері репродуктивних технологій відносимо: 1) *особливий суб'єктний склад*: відносини виникають між пацієнтами (жінками, чоловіками) та закладами охорони здоров'я, які забезпечують застосування методик допоміжних репродуктивних технологій; 2) *суб'єктна чисельність*: це відносини не менше ніж між двома суб'єктами. Двосуб'єктність характерна, для прикладу, при донації сперми, а багатосуб'єктність — при сурогатному материнстві; 3) *обов'язковий суб'єкт*: заклад охорони здоров'я, який забезпечує застосування методик допоміжних репродуктивних технологій; 4) *спектральна регулятивна основа виникнення*: відносини виникають на основі як норм законодавства, так і договірних положень; 5) *динамічність*: існування одних правовідносин породжує можливість виникнення інших правовідносин. Для прикладу, надання пацієнтами програми запліднення *in vitro* після народження дитини невикористаних кріоконсервованих ембріонів для донації безплідній пацієнтці/подружній парі — реципієнту, а також жінкам-реципієнтам, які не перебувають у шлюбі. Алгоритм правовідносин виглядає так: відносини існували між пацієнтами програми запліднення *in vitro* і закладом охорони здоров'я, які за певних умов можуть породити виникнення відносин між закладом охорони здоров'я і, для прикладу, безплідною парою з приводу донації ембріонів; 6) *зобов'язальний характер*: взаємність прав і обов'язків суб'єктів правовідносин; 7) *дуальність волі*: виникнення відносин зумовлене волею держави, вираженої в законодавстві, та волею суб'єктів правовідносин у сфері надання медичної допомоги.

Нормативна палітра репродуктивних технологій широка, з-поміж яких наведемо: 1) сурогатне материнство; 2) інтрацитоплазматична ін'єкція спермія; 3) внутрішньоматкова інсемінація; 4) донація гамет; 5) донація ембріонів.

Медичний приватний ринок майорить розмаїттям пропозицій щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій, а законодавство не завжди може гарантувати ефективний захист прав людини. «Терези репродуктології» повинні знаходити баланс, адже на одній шальці терез «важиться» життя і здоров'я людини, а на іншій — кошти, оскільки рівень комерціалізації особливо значний у цій галузі.

Варто привернути увагу до значного недоліку в регламентації відносин у сфері репродуктивних технологій, адже ключова нормативна основа застосування ДРТ закріплена в Наказі № 787. У ст. 92 Конституції України передбачено, що виключно законами України визначаються

права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки громадянина. Зрозуміло, що репродуктивні права теж повинні бути вміщені в лекала закону з чітким регламентом для усіх зацікавлених суб'єктів. На користь регулювання репродукції на рівні закону свідчать і національні нормотворчі традиції. Як зазначалось, з-поміж розмаїття ДРТ є донація репродуктивних клітин, а в Україні традиційно донорство регулюється саме на підставі законів, як-от: Закон України «Про донорство крові та її компонентів», Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині». Відтак, цей вид донорства, як і усі інші види ДРТ, потребують окремого закону, який би забезпечив вичерпну регламентацію цієї непростой царини.

Привідкриємо нормативну завісу щодо окремих ДРТ та їх правореалізаційних алгоритмів.

Донорство репродуктивних клітин. Згідно зі ст. 290 ЦК України, повнолітня дієздатна фізична особа має право бути донором репродуктивних клітин. У цій же статті ЦК України зазначено, що особа донора не повинна бути відомою реципієнту, а особа реципієнта — родині донора, крім випадків, коли реципієнт і донор перебувають у шлюбі або є близькими родичами. У Наказі № 787 одного із суб'єктів правовідносин позначено як пацієнта (жінка, чоловік), отож, він наділений усім спектром прав, визначеним у ЦК України та Основах, що є загальними, та спеціальними правами, гарантованими в Наказі № 787.

Вимоги до донорів репродуктивних клітин нормативно визначені, проте аналіз інформаційних ресурсів свідчить, що клініки репродуктивної медицини не завжди послуговуються цим переліком, а пропонують власні критерії, зокрема в аспекті вікового цензу жінок-донорів.

Згідно з п. 5.5 Наказу № 787, донори ооцитів (яйцеклітин) повинні відповідати таким вимогам: а) жінка віком від 18 до 36 років; б) наявність народженої здорової дитини; в) відсутність негативних фенотипічних проявів; г) задовільне соматичне здоров'я; ґ) відсутність протипоказань для участі в програмі донації ооцитів (для прикладу, доброякісні пухлини матки); д) відсутність спадкових захворювань; е) відсутність шкідливих звичок: наркоманія, алкоголізм, токсикоманія. Для донорів сперми підзаконний акт також передбачає вимоги: а) чоловік віком від 20 до 40 років; б) наявність народженої здорової дитини; в) відсутність негативних фенотипічних проявів; г) відсутність соматичних і спадкових захворювань, які можуть негативно вплинути на здоров'я майбутньої дитини; д) відсутність відхилень від нормальних морфометричних і фенотипічних ознак, а також інших протипоказань; е) заборона вжи-

вання наркотичних, психотропних та токсичних речовин, зловживання алкогольними напоями.

Одним з особливо проблемних видається питання, пов'язане з віком жінки-реципієнта. У Наказі № 787 не передбачено вікового цензу для жінки-реципієнта, лише в рідких випадках інформаційні ресурси репродуктивних клінік містять обмежування, для прикладу, вік жінки-реципієнта бажаний до 50 років. Аналіз Наказу МОЗ України «Про затвердження Порядку направлення жінок для проведення першого курсу лікування безплідності методами допоміжних репродуктивних технологій за абсолютними показаннями за бюджетні кошти» від 29.11.2004 р. № 579 (далі — Наказ № 579) дає підстави твердити, що обмежування все ж встановлено. Відповідно до п. 1 Наказу № 579, перший курс лікування безплідності методами допоміжних репродуктивних технологій жінкам у віці 19-40 років здійснюється за абсолютними показаннями. Регламентация часткова і не вирішує проблеми вікових обмежень для реципієнтів. Доречним видається закріплення у Наказі № 787 не лише вікових меж для жінки-донора, а й для жінки-реципієнта. В Україні вже є випадки народження дітей з використанням ДРТ після 60-ти років, і не завжди такі історії мають позитивне забарвлення, породжують численні проблеми, зокрема для дітей. При встановленні верхньої межі віку для жінки-реципієнта варто враховувати середню тривалість здорового життя жінки, аби забезпечити належний рівень батьківської опіки хоча б до досягнення повноліття дитини. За даними ВООЗ очікувана середня тривалість здорового життя у світі для народжених 2015 р. — 63,1 р. (64,6 р. для жінок та 61,5 р. для чоловіків) [1].

Окремо варто відзначити, що Наказ № 579 чинний, проте лікуватись за бюджетні кошти сьогодні не можливо, адже немає бюджетної програми. Згідно з п. 3 р. 1 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних і комунальних закладах охорони здоров'я та вищих медичних навчальних закладах» від 17.09.1996 р. № 1138, лікування безпліддя, включаючи хірургічні методи, штучне запліднення та імплантацію ембріона, є платною послугою, яка надається державними та комунальними закладами охорони здоров'я. Окрім того, варто привернути увагу до п.п. 166.3.6 п. 166.3 ст. 166 Податкового кодексу України, в якій передбачено, що платник податку має право включити до податкової знижки у зменшення оподаткованого доходу за наслідками звітного податкового року, зокрема, суму витрат на оплату допоміжних репродуктивних технологій, згідно з умовами, встановленими законодавством, але не біль-

ше ніж суму, що дорівнює третині доходу у вигляді заробітної плати за звітний податковий рік.

Відповідно до роз'яснень Головного територіального управління ДФС у Черкаській області від 24.03.2016 р., чоловік не може скористатись правом щодо включення до податкової знижки оплати допоміжних репродуктивних технологій, якщо дружина не працює. У ст. 48 Основ передбачено, що застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими центральним органом виконавчої влади у сфері охорони здоров'я, за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці. Враховуючи те, що дії із допоміжних репродуктивних технологій проводяться із жінкою, то скористатися правом щодо включення до податкової знижки оплати допоміжних репродуктивних технологій може платник податку — жінка [2]. Як видається, такий підхід є дискримінаційний, адже в ст. 48 Основ йдеться про жінку, до якої застосовуються ДРТ, але також і про роль подружжя. Не зрозуміло, чому ця податкова пільга поширюється лише на працюючих жінок, а подружні пари, в яких працюють чоловіки, жінки не працюють, проте до них застосовувались ДРТ, вже такого права позбавлені.

Цікавою в досліджуваному аспекті є Директива 2004/23/ЄС Європейського Парламенту та Ради про встановлення стандартів якості та безпеки для донорства, заготівлі, перевірки, обробки, консервації, зберігання та розподілу людських тканин і клітин від 31 березня 2004 р. (далі — Директива). Згідно з п. 7 Директиви, її Положення застосовуються до тканин і клітин, включаючи гематопоетичну периферичну кров, пуповину (кров) та стовбурові клітини кісткового мозку, репродуктивні клітини (яйцеклітини, сперму), ембріональні тканини і клітини, а також стовбурові клітини дорослих та ембріонів.

У Директиві зазначено, що принциповим питанням є те, що в основу програми застосування тканин і клітин повинна бути покладена філософія добровільності та безоплатності донорства, анонімності як донорів, так і реципієнтів, альтруїзму донорів і солідарності між донорами й реципієнтами. У ст. 12 Директиви, з-поміж принципів, що регулюють донорство тканин і клітин передбачено: «держави-члени намагаються вживати заходів із забезпечення добровільного й безоплатного донорства тканин і клітин. Донори можуть одержувати відшкодування, яке жорстко обмежується розмірами, необхідними для компенсації витрат і незруч-

ностей, пов'язаних з донорством. При цьому держави-члени визначають умови, на яких може надаватись компенсація».

Як видається, міжнародний стандарт чітко окреслює один з принципів донорства — безоплатність, закладаючи лише певний компенсаторний механізм, пов'язаний з фактичними витратами і потребами, зумовленими донацією.

Донорство репродуктивних клітин здійснюватиметься при оформленні усієї необхідної документації, зокрема інформованої добровільної згоди на донорство. Привернемо увагу до однієї з форм цієї згоди — інформованої добровільної згоди на донорство ооцитів, яка нормативно встановлена в Наказі № 787, і саме в ній окреслено обсяг медичної інформації, яка повинна бути надана донору, в т. ч. щодо ризиків для життя і здоров'я. У згоді передбачено, що донор, зокрема, попереджається про те, що можуть бути ускладнення, викликані виконанням процедури (кровотеча, запалення, поранення суміжних органів) і застосуванням лікарських засобів, що впливають на функцію яєчників (синдром гіперстимуляції яєчників, формування ретенційних кіст яєчника, алергічні реакції та інші побічні ефекти лікарських засобів, передбачені їхнім виробником).

З огляду на закріплений у ст. 627 ЦК України принцип свободи договору, варто зазначити, що донору необхідно укладати договір про донорство репродуктивних клітин із закладом охорони здоров'я, в якому детально визначати, зокрема, правовий статус (права й обов'язки) як донора, так і закладу охорони здоров'я.

На правовідносини у сфері репродуктивних технологій також поширюватиметься Закон України «Про захист прав споживачів». Згідно зі ст. 10 цього Закону, споживач має право на відшкодування завданих йому збитків з усуненням недоліків виконаної роботи (наданої послуги) своїми силами чи із залученням третьої особи (п. 4). Виконавець (тобто заклад охорони здоров'я) залежно від характеру і специфіки виконаної роботи (наданої послуги) зобов'язаний видати споживачеві розрахунковий документ, що засвідчує факт виконання роботи (надання послуги). У судовому порядку споживач (тобто донор) матиме право і на відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Право на відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди передбачено й у ст. 6 Основ.

Сурогатне материнство. За даними міжнародної неурядової організації International Social Service (ISS) [3] щонайменше 20 000 дітей щороку народжуються за допомогою сурогатного материнства і ця цифра щоразу збільшується. В Україні дозволено сурогатне материнство, проте нор-

мативна база в аспекті цього питання є фрагментарною і не вирішує тієї мозаїки проблем, що виникають при правореалізації і правозастосуванні на практиці. В Україні дозволено сурогатне материнство для подружжя. Слід відзначити, що коло суб'єктів, які можуть мати право на таку ДРТ є одним з дискусійних і контроверсійних, потребує належної регламентації. Відповідно до ст. 123 СК України, у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування ДРТ, батьками дитини є подружжя. Законодавець зробив уточнення щодо складу подружжя, а саме чоловік і жінка, що інколи призводить до розширювального тлумачення кола суб'єктів для застосування сурогатного материнства, тобто до кола тих осіб, які проживають однією сім'єю, проте без реєстрації шлюбу. Згідно з ч. 1 ст. 36 СК України, лише шлюб є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Відтак, таке обмежування є спірним, з огляду і на норму ч. 7 ст. 281 ЦК України, в якій гарантовано право повнолітній жінці або чоловіку на застосування ДРТ.

Варто відзначити, що судова практика в цьому контексті має ще ширшу інтерпретацію норми закону. Апеляційний суд Харківської області у справі № 645/9412/14-ц від 25.06.2015 р., розглядаючи справу за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_4, третя особа — Відділ державної реєстрації актів цивільного стану по м. Харкову реєстраційної служби Харківського міського управління юстиції про оспорування материнства, виключення відомостей з актового запису, сформулював кілька висновків щодо правової природи сурогатного материнства:

1) у нормативному плані сурогатне материнство має визначене регулювання і є законною легітимною послугою, що виражена в договірній формі. Засади цивільного законодавства передбачені ст. 3 ЦК України, в якій зазначено про неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, свободу договору, свободу підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу. Право на батьківство безперечно належить до особистих немайнових прав. Принцип невтручання у сферу батьківства дозволяє особам на власний розсуд визначати момент, коли ставати батьками і, враховуючи можливі проблеми із репродуктивним здоров'ям і технологічним прогресом в галузі медицини, — яким чином ставати батьками. Принцип свободи договору дозволяє особам укладати правочини для реалізації власних прав та інтересів. Якщо такий договір не передбачений актами цивільного законодавства, він має відповідати загальним засадам цивільного законодавства;

2) для цивільних правовідносин з сурогатного материнства характерним є традиційний трьохланковий склад: суб'єкти — учасники репродуктивної послуги з сурогатного материнства, об'єкт — репродуктивна послуга, зміст даних відносин, що складають репродуктивні суб'єктивні права і репродуктивні цивільні обов'язки;

3) суб'єктами цивільних правовідносин з сурогатного материнства є: 1) замовник — сімейна пара, або *неодружені чоловік чи жінка*, оскільки імперативних обмежень закон не містить, а судова практика пішла шляхом визнання права на батьківство неодружених людей; 2) сурогатна матір — жінка, яка бере на себе обов'язок пройти процедуру екстракорпорального запліднення; 3) медичний заклад, акредитований МОЗ для проведення таких процедур;

4) репродуктивна послуга як об'єкт цивільних правовідносин з сурогатного материнства передбачає встановлений договором процес зачаття, виношування і народження дитини з подальшою її передачею біологічним батькам;

5) послуги з сурогатного материнства — це врегульований цивільним законодавством процес зачаття, виношування і народження дитини з наступною реєстрацією немовляти як дитини замовника послуги.

З огляду на наведене, слід вказати, що суди часом розширюють коло суб'єктів, які мають право на сурогатне материнство, до неодружених чоловіка чи жінки. Варто наголосити, що 123 СК України все ж обмежує коло суб'єктів лише подружжям. Хоча, відповідно до п. 5.22. Наказу № 787, такий метод ДРТ, для прикладу, як донація ембріонів може бути використаний для донації як безплідній пацієнтці/подружній парі — реципієнту, так жінкам-реципієнтам, які не перебувають у шлюбі. Отож, видається незрозумілим, чому нормативно встановлено такі обмежування для осіб, жінок чи чоловіків, які не перебувають у шлюбі, але хочуть реалізувати право на сурогатне материнство як на одну із ДРТ. Вважаємо, що такий нормативний підхід є дискримінаційним. З-поміж принципів недискримінації у законодавстві, передбачено, що незалежно від певних ознак забезпечується рівність прав і свобод осіб (п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»). А дискримінацією за цим Законом (ст. 1) вважається ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі — певні ознаки), зазнає

обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Наведене дає підстави дійти висновку, що мета обмежування є необґрунтованою, адже плин суспільних відносин, практика правореалізації і правозастосування дисонують із нормами законодавства, а відтак, регламентація сурогатного материнства не повинна містити обмежувального характеру щодо кола суб'єктів при здійсненні права на батьківство, адже принципи нормативного забезпечення усіх ДРТ повинні бути однаковими і не містити жодних переваг до жодної із таких технологій.

Згідно з Наказом № 787, сурогатною матір'ю може бути жінка, яка відповідає таким вимогам: а) є повнолітньою і дієздатною; б) має власну здорову дитину; в) письмово оформила заяву сурогатної матері за нормативно встановленою формою; г) у неї відсутні медичні протипоказання. Безумовними умовами сурогатного материнства є: а) генетичний зв'язок подружжя (або одного з майбутніх батьків) з дитиною; б) сурогатна мати не повинна мати безпосереднього генетичного зв'язку з дитиною (гестаційне сурогатне материнство). Дозволяється виношування вагітності близькими родичами майбутніх батьків (мати, сестра, двоюрідна сестра тощо); в) наявність медичних показань до сурогатного материнства, перелік яких нормативно визначений; г) подання нормативно встановлених документів.

Відповідно до Переглянутого Глосарію ДРТ ВООЗ (2009), жінка, яка виношує вагітність (сурогатна матір) — це жінка, яка виношує вагітність за домовленістю, що вона передасть народжену дитину наперед визначеній матері (батьку) (батькам). Гамети можуть бути отримані від визначеної матері (батька) (батьків) і/або третьої сторони (чи сторін) [4].

Цікавим в аспекті окресленої тематики є зарубіжний досвід [5]. До країн ЄС, в яких сурогатне материнство заборонено належить Болгарія, Франція, Німеччина, Італія, Мальта, Португалія, Швеція. Сурогатне материнство дозволено в Бельгії, Кіпрі, Чехії, Данії, Естонії, Греції, Угорщині, Ірландії, Латвії, Литві, Люксембурзі, Нідерландах, Польщі. В Австрії заборонена донатія яйцеклітин і дозволено гестаційне сурогатне материнство. В Україні сурогатне материнство є платною послугою. Досвід зарубіжних країн на зрізі комерційності різний. Сурогатне материнство з комерційною метою дозволено в Кіпрі, Чехії, Естонії, Греції, Литві, Люксембурзі, Словенії, Словаччині. До країн, у яких заборо-

нено платне сурогатне материнство, належать Бельгія, Данія, Угорщина, Ірландія, Латвія, Нідерланди, Швеція.

Проблем, які можуть виникати на практиці при застосуванні сурогатного материнства, багато. Сфокусуємо увагу на одній з них: реєстрація факту народження дитини від сурогатної матері.

Згідно з Наказом Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні» від 18.10.2000 р. № 52/5, Наказом № 787, для державної реєстрації дитини, народженої сурогатною матір'ю, слід подати такі документи: 1) заяву подружжя, яке дало згоду на перенесення в організм сурогатної матері ембріону людини, зачатого ним у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій; 2) медичне свідоцтво про народження, яке підтверджуватиме факт народження дитини сурогатною матір'ю; 3) нотаріально засвідчену заяву сурогатної матері про згоду на запис подружжя батьками дитини; 4) довідку про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з плодом. У графі «Для відміток» актового запису про народження робиться такий запис: «Матір'ю дитини згідно з медичним свідоцтвом про народження є громадянка (прізвище, власне ім'я, по батькові)».

У цьому контексті інтерес становить національна судова практика, аби розкрити правозастосовні проблеми. У м. Харків слухалась цивільна справа № 645/9412/14-ц за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_4, третя особа — Відділ державної реєстрації актів цивільного стану по м. Харкову реєстраційної служби Харківського міського управління юстиції про оспорювання материнства, виключення відомостей з актового запису. Рішення у цій справі хрестоматійне, деякі його положення у порядку розгляду справи в апеляційній інстанції вже частково висвітлювались вище.

Позивач ОСОБА_2 звернувся до суду з позовом, в якому просив суд визнати, що ОСОБА_4 не є матір'ю ОСОБА_5 та зобов'язати Відділ державної реєстрації актів цивільного стану по м. Харкову внести зміни до актового запису, складеного на ім'я ОСОБА_5, а саме: виключити всі відомості про матір ОСОБА_4. В обґрунтування позову позивач зазначив, що відповідно до свідоцтва про народження ОСОБА_5 батьком дитини записано позивача — громадянина Французької республіки ОСОБА_2, а ОСОБА_4 не є матір'ю ОСОБА_5, оскільки є лише сурогатною матір'ю, яка виносила чужу їй дитину, що підтверджується Договором про надання інформаційних послуг, який був укладений між Позивачем та ПП «Ла ...», яке як сурогатну матір надало кандидатуру ОСОБА_4. Отож, ОСОБА_4 є лише гестаційним кур'єром (сурогатною

матір'ю), а не матір'ю стосовно ОСОБА_5. Відповідачка, як сурогатна мати, не може вважатися матір'ю ОСОБА_5. У судовому засіданні відповідач ОСОБА_4 позовні вимоги визнала в повному обсязі, погодилася на внесення зміни до актового запису про народження дитини щодо виключення всіх відомостей про неї як матір. Суд, розглянувши справу, відмовив у задоволенні позову в повному обсязі. Позивач оскаржив рішення суду до Апеляційного суду Харківської області (справа № 645/9412/14-ц), який задовольнив апеляційну скаргу мотивуючи свою позицію, зокрема тим, що в нормативному плані сурогатне материнство має визначене регулювання і є законною легітимною послугою, що виражена в договірній формі. Відповідачка ОСОБА_4 під час складання актового запису про народження не повідомила орган державної реєстрації актів цивільного стану про своє сурогатне материнство, а відтак, помилково була записана матір'ю дитини, що не є її генетичним нащадком, позаяк вносячи та народивши дитину, вона лише виконала функцію специфічного інкубатора щодо останньої, яка генетично не походить від неї.

Апеляційний суд скасував рішення районного суду м. Харкова від 27 січня 2015 р. як незаконне, необґрунтоване та несправедливе та ухвалив по справі нове рішення, яким задовольнив заявлені позивачем вимоги: визнав, що відповідачка ОСОБА_4 не є матір'ю ОСОБА_5, та виключив з актового запису про народження всі відомості про матір — ОСОБА_4.

Важливими є правові позиції Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) у цьому контексті. У справі «Менсон проти Франції» (2014) ЄСПЛ зазначив, що в Європі немає консенсусу щодо законності договорів про сурогатне материнство чи стосовно юридичного визнання зв'язку між батьками і дітьми, які були зачаті за кордоном. Відсутність консенсусу свідчить про те, що використання інструменту договору про сурогатне материнство зачіпає чимало чутливих етичних питань. Це також підтверджує те, що держави в принципі повинні мати широке поле для власного розсуду щодо узаконення цього методу допоміжних репродуктивних технологій, як і самостійно визначати правовий зв'язок між батьками і дітьми, яких було зачато внаслідок сурогатного материнства за кордоном. Однак, слід також враховувати і той факт, що встановлення правового зв'язку між батьками і дітьми є важливим елементом ідентичності особи. Отож, можливість розсуду в такому випадку повинна бути обмежена.

До каталогу пропозицій щодо удосконалення законодавства у сфері репродуктивних технологій та оптимізації правореалізації відносимо: 1) прийняття окремого закону про допоміжні репродуктивні технології;

2) встановлення нормативних обмежень віку щодо застосування ДРТ для жінок-реципієнтів; 3) розширення обсягу податкової пільги шляхом її розповсюдження не лише на працюючих жінок, а й на подружні пари, в яких працюють чоловіки, жінки не працюють, проте до них застосовувались ДРТ; 4) обрати на законодавчому рівні єдину модель регламентації, яка матиме однакові підходи до різних ДРТ і забезпечуватиме при застосуванні кожної рівність прав людини; 5) закріплення на законодавчому рівні принципу безоплатності донорства репродуктивних клітин з можливістю відшкодування лише фактичних витрат і потреб, зумовлених донацією.

Окреслена тематика оповита калейдоскопом проблем, а відтак, потребує чіткого нормативного регулювання, що може стати запорукою дотримання прав людини в одному з надчутливих сегментів царини охорони здоров'я.

Список використаних джерел

1. У ВООЗ розповіли, скільки житимуть в Україні та світі. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <https://life.pravda.com.ua/health/2016/05/20/212624/>.
2. Який алгоритм розрахунку податкової знижки в зв'язку з витратами на оплату допоміжних репродуктивних технологій. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://ck.sfs.gov.ua/media-ark/news-ark/243169.html>.
3. International Social Service. Call for Action 2016. Urgent need for regulation of international surrogacy and artificial reproductive technologies. [Digital source].— Access regime: http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf.
4. ICMART and WHO Revised Glossary on ART Terminology (2009). [Digital source].— Access regime: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2_ru.pdf?ua=1.
5. Prdg, Patrick, and Melinda C Mills. 2017. «Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-border Reproductive Care». SocArXiv. February 20. doi:10.1007/978-3-319-44667-7_14 [Digital source].— Access regime: <https://osf.io/preprints/socarxiv/6pb7z>.

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ: ПЕРСПЕКТИВИ ВЗАЄМОВПЛИВУ

О. Сидельніков

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, вул. Пушкінська, 77, e-mail: sydielnik1991@gmail.com*

Актуальність подібних досліджень обґрунтовується суб'єктивними спостереженнями автора за динамікою розвитку вітчизняної юридичної науки, яка, на нашу думку, помилково спрямовується у напрямку максимального обмеження дискреційних повноважень публічної адміністрації. Превалювання ідеї максимального обмеження адміністративного розсуду сформувалось в результаті існування низки стереотипів навколо дискреції держави. Тому вказана стаття буде побудована з двох блоків, які спрямовуватимуться на всебічне розкриття цієї проблематики, а саме: дослідження переходу від держав з сильною владою правителя до демократій сучасного типу з обмеженим правлінням; висвітлення найоптимальнішого, на думку автора, шляху розвитку інституту адміністративного розсуду, за якого буде можливим реальне утвердження прав людини у нашому суспільстві.

І. «Сильна держава» чи держава з обмеженим правлінням?

Усвідомлюючи наявність величезної кількості досліджень, які *a priori* віддають перевагу у такому порівнянні державам з обмеженим правлінням, спробуємо, все ж таки, критично підійти до аналізу обох способів суспільної організації та виокремити переваги й державних порядків, які засновані на сильній та централізованій владі політичного лідера. При цьому, слід зазначити, що ключовим чинником розмежування держав сильних і держав з обмеженим правлінням є обсяг розсуду, яким наділені органи державної влади. Тому важливо визначитись з рамками розсуду, яким необхідно наділяти державу, щоб вона могла ефективно виконувати свої функції та забезпечувати, при цьому, права людини.

Такими основоположними правами, за визначенням П. Рабіновича, є певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, що об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпеченні обов'язками інших суб'єктів [1, с. 330]. До змісту цих прав належать біологічні, інтелектуальні потреби людини, а також потреби соціальні, які притаманні їй як «політичній тварині» за Арістотелем [2], що є

невід'ємною від соціуму. Тож більшу частину прав людини можна реконструювати, як зазначає О. Гьоффе, виходячи з цих трьох груп інтересів: інтересів людини як тілесної живої істоти, як істоти наділеної мовою і здатністю мислити, та як соціальної істоти, здатної до співпраці [3, с. 41].

Державний устрій, при цьому, лише тоді буде легітимним, коли гарантуватиме та забезпечуватиме реалізацію усіх цих прав [3, с. 48]. Проте таке обґрунтування легітимності держави є новітнім, а людство знає багато прикладів легітимації державних устроїв, які забезпечували значно менший обсяг суспільних потреб. Вихідна теза нашого дослідження лежить в площині історичного розвитку суспільної організації. Ми виходимо з того загальновідомого факту, що людство пройшло складний шлях еволюції від племінних общин на зорі розквіту цивілізації до сучасних ліберальних демократій, які сповідують цінності свободи та захисту прав людини (хоча нині також існує певна кількість й патерналістських держав, які далекі від таких прогресивних ідеалів та побудовані на авторитаризмі, а уряди цих країн постійно чинять неправомірний вплив на права людини). Упродовж тривалого історичного проміжку для людства надзвичайно актуальною потребою було створення централізованих держав з сильною владою одноосібного лідера. Утвердження такої форми суспільної організації було викликано необхідністю задоволення потреб безпеки суспільства, (перш за все від зовнішніх загроз), об'єднанням зусиль багатьох людей задля реалізації спільних масштабних проєктів, побудови іригаційних споруд, веденням сільського господарства, а також багатьма іншими чинниками, які лягли в основу різноманітних концепцій походження держави [4, с. 48].

Під сильною державою, в цьому контексті, розуміється організація суспільства, керівництво якої здатне розповсюджувати свій політичний вплив на значній території через існування централізованого бюрократичного апарату, головним завданням якого є підкорення населення певних територій задля досягнення загальнодержавних цілей. Для цього органи влади в сильних державах наділяються широкими повноваженнями, які вони мають використовувати для реалізації своїх функцій. Подібний опис держави надає Т. Гоббс у своїй відомій праці «Левіафан», де держава асоціюється з морським чудовиськом, яке у розумінні філософа уособлює абсолютну владу монарха.

Т. Гоббс є прихильником такого суспільного устрою через те, що його філософія побудована на вихідному конфліктному розумінні природи суспільства. Т. Гоббс вважає, що людям притаманна неприязнь, конфліктність і вони знаходяться у природному стані «війни всіх проти

всіх». Таким чином, метою установлення верховної влади у державі є мир та загальний захист, а право на мету дає і право на засоби, які необхідні для її досягнення. Тому філософ відносить до прав особи або зібрання, наділеного верховною владою, право бути суддею у питаннях миру та безпеки, а також у справах того, що перешкоджаю досягненню подібних цілей. Суверен, таким чином, має право вчиняти все, що він вважає необхідним в цілях збереження миру та безпеки шляхом попередження протистоянь всередині та нападів ззовні, а коли мир та безпека вже втрачені, він повинен зробити все необхідне для їх поновлення [5, с. 123]. Отже суверен за Т. Гоббсом володіє надзвичайно широкими владними повноваженнями, що обумовлюється необхідністю забезпечення миру, а суспільство, відповідно, зобов'язане підкорятися його волі, щоб обезпечити себе від громадянської війни чи війни з зовнішнім агресором.

Зрозуміло, що таке вчення сформувалося під впливом фактичних реалій життя англійського суспільства і було виправданим для багатьох інших країн, які формувались з необхідності протистояння загрозам насильства. Проте, ми можемо зробити один важливий висновок з цього історичного панування сильних держав з необмеженою владою монарха чи іншого лідера. Такі держави, які протягом багатьох віків змінювали одна одну, а подекуди існують і в сучасному світі, часто чинили свавільні дії щодо підконтрольного суспільства задля забезпечення навіть не суспільного блага, а особистих потреб правителя. Абсолютизм влади дійсно був необхідним для прогресу цивілізації особливо на ранніх етапах її існування, коли створення централізованого бюрократичного апарату, який керується з одного центру сприяв забезпеченню багатьох прогресивних цілей, а саме: забезпечував захищеність держави від загрози зовнішнього завоювання, створював передумови для економічного, науково-технічного чи іншого прогресу. Але історія, разом з тим, знала безліч прикладів значної шкоди, якої зазнавали суспільства через дії правителя, що вчиняв їх на власний, нічим необмежений розсуд.

Не дивлячись на усі історичні переваги від існування подібних держав, ймовірність зловживання владою за абсолютного чи близького до нього розсуду є надзвичайно високою і тому поступово широкого поширення набули ідеї про державу з так званим обмеженим правлінням.

В. Речицький, у зв'язку з цим, зазначає, що ідея обмеженого правління або дуже близька до неї ідея верховенства права виникла ще в Середньовіччі під впливом різних факторів. Верховенство права — у широкому сенсі цього поняття — означає, що в суспільстві склався консенсус стосовно того, що існуюче право є справедливим, що воно передує полі-

тичній владі і стримує будь-якого можновладця у будь-який час. Тобто сувереном, на думку В. Речицького, тут є не живий правитель чи володар, а абстрактний закон. Це також означає, що будь-яка політична влада отримує свою легітимацію лише за умови, якщо вона санкціонована законом, правом [6, с. 9]. Зрозуміло, що розсуд державної влади у таких державах є значно вужчим, так як право займає владарюючі позиції порівняно з волею правителя, тому у суспільствах з обмеженим правлінням практично нівелюються ризики державного свавілля і, відповідно, належним чином забезпечуються права людини.

Така модель державного устрою почала утверджуватися, перш за все, в країнах англосаксонської правової сім'ї, що обумовлює легітимацію державної влади в них лише при умові непорушності основоположних прав людини. Американський філософ Ф. Фукуяма у своєму інтерв'ю для видання «Українська правда» згадує про три базові вимоги, що є необхідними для становлення сучасного демократичного порядку, який відповідає вищевказаним стандартам. До основоположних «атрибутів» демократичного суспільства науковець відносить наступні: 1) існування держави, яка може реалізовувати владу, забезпечувати мир та гарантувати виконання законів; 2) обмеження влади іншим інститутом — верховенством права, який визначає правила застосування чи реалізації влади; 3) також повинен існувати механізм підзвітності, який буде дозволяти упевнитися, що влада і держава діють в інтересах усього суспільства, а не окремих зацікавлених керівників [7]. Вказані критерії фактично уособлюють, хоча і в дещо спрощеному вигляді, сучасні стандарти демократичної держави, організаційного утворення в якому максимально ефективно забезпечуються права і свободи людини.

Слід зазначити, що людство не одразу прийшло до усвідомлення цінності такої моделі державного устрою. Цьому передували століття складних соціально-політичних процесів, які динамічно розгорталися під впливом культурних, кліматичних, релігійних та багатьох інших чинників та в результаті призвели до того, що в деяких частинах світу сформувалися суспільства у яких встановились, за визначенням Д. Норта, порядки відкритого доступу. Під такими порядками розуміються суспільства, в яких широкі верстви населення мають вільний доступ до політичних та економічних ресурсів, що обумовлюється визнанням природної рівності людей та гарантуванням їхніх прав від насильства з боку держави. Вчений зазначає, що в подібних суспільствах конституція та верховенство права обмежують державну політику і тим самим зменшуються загрози, які громадяни можуть відчувати з боку уряду і які в природних

державках змушують громадян підтримувати застосування насильства та інших неконституційних заходів [8, с. 211]. Тобто в таких країнах обмеження державної влади забезпечується через дію принципу верховенства права. У подальшому ми спробуємо зрозуміти якою має бути модель такого обмеження аби максимально ефективно утверджувати та захищати суспільні потреби та права людини.

У країнах з обмеженим правлінням, які побудовані на принципі верховенства права люди мають більший доступ до благ, тоді як в авторитарних країнах ці загальні блага частіше доступні винятково правлячій еліті чи одноосібному правителю. Ключовим чинником, який дозволяє забезпечувати природні потреби суспільства є обмеженість політичної влади законом. Як бачимо, питання обмеження держави в демократичних країнах нерозривно пов'язане з концепцією верховенства права. Розуміння принципу «rule of law», яке включає до свого змісту обмеження дискреційних повноважень виконавчої влади, сформувалось багато в чому завдяки напрацюванням таких відомих теоретиків лібералізму як Ш. Монтеск'є, Д. Локк, А. Дайсі та багатьох інших філософів, яких цілком обгрунтовано вважають засновниками цієї концепції.

Проте, слід зробити невелике застереження і зазначити, що сама ідея обмеження влади законом з'явилася ще за часів Античності. Платон, наприклад, розмірковував про сутність законів, які мають прийматися в державі. Неприпустимою, на думку філософа, є ситуація за якої закони приймаються в інтересах однієї або декількох осіб — правителів, а не в інтересах усього суспільства. Широкої популярності набула наступна його теза: «Я бачу близький занепад тієї держави, де закон не має сили і знаходиться під чиєю-небудь владою. Там же, де закон — владика над правителями, а вони — його раби, я бачу спасіння держави ... [9]». Подібна ідея, яка на перший погляд може здатися досить простою та навіть примітивною для сучасних правознавців — була передовою для мислителя часів превалювання держав з абсолютизованою владою правителя.

Тим не менш, саме згадані нами ліберальні мислителі, поза сумнівом, сформували сучасне уявлення про верховенства права, невід'ємним атрибутом якого є обмеження правління державних органів. Д. Локк, наприклад, допускає обмежене делегування повноважень з певною обмеженою метою від індивідів до уряду; ці повноваження можна відкликати, якщо уряд виявляється неспроможним виконувати свої зобов'язання. Д. Локк зазначає, що там, де закінчується закон, починається тиранія. Саме тому у його вченнях верховенство права протиставляється підкоренню волі іншого: «Свобода людей під владою уряду є, за наявності правил, за

якими люди живуть, спільною для кожного в суспільстві, цю свободу створює законодавча влада суспільства; свобода діяти згідно з власною волею там, де закон цього не забороняє; і не бути підвладним випадковій, непевній, невідомій самоправній волі іншої людини...» [10, с. 59-60].

Перша цілісна концепція верховенства права яка була сформована іншим видатним англійським філософом А. Дайсі інтерпретується ним у трьох аспектах. Один з таких аспектів полягає в тому, що здійснення дискреційних повноважень державними службовцями, що накладають обмеження на індивідів, не відповідають принципам верховенства права. За А. Дайсі, свобода дій у виконанні владних повноважень і верховенство права є несумісними [10, с. 75]. Мінімізація у філософії А. Дайсі сфери розсуду органів виконавчої влади відіграла значний вплив на формування державного устрою у багатьох країнах західного світу. Очевидно, що за такого обмеження правління уряду можливість вчинення сваволі з його боку зводиться фактично до нуля.

Підсумовуючи наведений аналіз двох концепцій державного устрою слід зазначити, що значення рамок розсуду держави дійсно є визначальним для відмежування держав консервативних від ліберальних. Якщо у сильній державі гоббсівського зразка такий розсуд влади є максимальним, то в державі ліберальній та демократичній цей самий розсуд є обмежений законами, які приймаються відповідно до легітимної процедури. На перший погляд може здатися, що держави з обмеженим правлінням найбільше відповідають критерію легітимації, який ми згадали на початку роботи, а саме утвердженню та непорушності основоположних прав людини. Але відповідь на вказане питання не є простою та однозначною.

Тут перед нами постає дві проблеми, які обумовлюють парадокс абсолютизації одного із названих підходів. Розсуд сильної держави може бути спрямований на досягнення легітимної мети, проте відсутність механізмів стримування та обмеження такої вільної влади підвищує ризики виникнення тиранії, за якого права членів суспільства будуть обмежуватися в угоду забезпечення потреб правителя. При цьому, побудова державного устрою на основі принципу верховенства права, за якого розсуд влади є адміністративним, тобто обмеженим законом, ніби позбавляє суспільство від подібних ризиків. Але, з іншого боку, максимальне обмеження державної влади позбавляє її можливості ефективно управляти суспільними відносинами, послаблює можливість держави об'єднувати суспільство задля досягнення спільних цілей, які також можуть бути важливими в контексті задоволення суспільних потреб, і нарешті таке обмеження

позбавляє політичну владу здатності оперативно реагувати на запити суспільства, що у сукупності посилює загрози порушення прав людини.

Вказане протиріччя лягло в основу процесів активного оскарження концепції А. Дайсі, які розпочалися на початку ХХ століття. Заперечення А. Дайсі проти влади, яка володіє широкою дискрецією піддавалося суворій критиці архітекторами «держави загального благоденства» як концепція, пов'язана з його запереченнями проти державного втручання загалом. Свобода розсуду розглядалася як необхідна умова для прийняття ефективних управлінських рішень, які стали необхідними у все більш складних суспільствах [11, с. 4]. У суспільствах, які стрімко розвивалися важливою умовою прогресу було ефективне втручання держави у певні економічні та політичні процеси, що здійснювалося не задля вчинення свавільних дій, а з метою усунення перешкод на шляху до реалізації членами суспільства своїх прав.

Ідеальна модель суспільного устрою знаходиться посередині між сильною державою та державою з обмеженим правлінням. Влучний приклад необхідності поєднання цих підходів описує Ф. Фукуяма у своїй роботі «Витоки політичного порядку». Вчений порівнює шлях державного будівництва в Індії та Китаї. Країни, які є близькими в культурному плані, обрали, тим не менш, кардинально протилежні моделі державного ладу. Сильна держава в Китаї, де сучасні бюрократичні інститути виникли на ранніх етапах розвитку цього азійського суспільства, обумовили можливість претензій держави на втручання в існуючий суспільний порядок. Раннє домінуюче положення держави дозволило їй, по-перше, вистояти під тиском зовнішніх загроз та, по-друге, створило передумови для виконання завдань, непосильних для Індії, починаючи від будівництва Великої Китайської стіни та закінчуючи розгортанням колосальних гідроелектричних проєктів у ХХІ столітті. Тим не менш, ці видатні досягнення відбулися за рахунок життя простих китайців, які були та доволі часто залишаються безсильними проти волі держави. Сильна китайська держава ніколи не обмежувалася верховенством закону, що і спричинило трагічні наслідки для народу цієї країни.

З іншого боку Індія, країна з більшим ступенем індивідуальної свободи не змогла досягнути таких технологічних та економічних досягнень як їхній великий сусід. Права людини тут частіше обмежувалися такими факторами як родинні зв'язки, кастові правила, релігійні обов'язки та традиції. Але тиранія кузенів дозволила індійцям уникнути тиранії тиранів, яка, на жаль, не пройшла осторонь китайського народу. Відповідно, досвід цих двох країн, на думку Ф. Фукуяма, дозволяє припус-

тити, що оптимальна форма свободи виникає, коли є сильна держава і сильне суспільство, два центри влади, які з часом можуть урівноважити та компенсувати один одного [12, с. 248-249].

Подібні погляди на поєднання сильних централізованих начал держави та обмеженості її законом стали у деякій мірі загальноновизнаними, що призвело до примирення у середині ХХ століття концепції верховенства права зі свободою розсуду. Ця свобода розсуду була прийнята, але при цьому утвердилось і її обмеження буквою і метою закону, який надає владні повноваження, а також іншими аспектами верховенства права, такими, наприклад, як право кожного мати доступ до справедливого розгляду спору неупередженим і незалежним судом, а також з урахуванням того, що закон повинен застосовуватися послідовно, на основі рівності і таким чином, щоб таке застосування не було довільним або позбавленим розумності [11, с. 4].

II. Дикреція майбутнього в Україні: звуження чи розширення

Державний порядок сучасних ліберальних демократій, що сповідують принцип верховенства права завжди особливо прискіпливо врегульовує питання обмеження та контролю (громадського чи законодавчого) над владним розсудом. Більшість сучасних дослідників цієї концепції вказують на те, що невід'ємним атрибутом ліберальної держави має бути максимальне обмеження влади. Аналізуючи, у зв'язку з цим, вітчизняне законодавство можна зробити висновок, що в Україні також реалізуються схожі ліберальні стандарти. Вказаний висновок логічно впливає з аналізу ч. 2 ст. 19 Конституції України, де зазначено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ця конституційна норма є практичним втіленням теоретичного принципу, відповідно до якого «державі дозволено лише те, що прямо передбачено законом».

Превалювання обмеженого правління відчувається не лише в чинних правових приписах, а й у теорії права. Так, наприклад, М. Козюбра зазначає, що чи не найактуальнішим у сучасних українських реаліях є зведення до мінімуму дискреційних повноважень державних чиновників у тих сферах, які безпосередньо пов'язані з реалізацією прав і свобод громадян (використання державної і комунальної власності, надання фінансових пільг і фінансових ресурсів, оподаткування, контроль тощо) [13, с. 305]. Саме в таких сферах, на думку науковця, відбувається найбільше зловживань. І схожі думки є превалюючими у вітчизняній юридичній науці.

Дискреційні повноваження продовжують вважатися злом, яке створює передумови для зловживання чиновниками своїми повноваженнями. Таким чином, ми недалеко відійшли у цьому плані від концепції А. Дайсі та його максимального обмеження державного розсуду з усіма негативними наслідками, які логічно випливають з абсолютизації вказаного підходу, що були розглянуті нами раніше. Т. Аллан, у зв'язку з цим вказує, що хоча розширення повноважень виконавчої влади несе небезпеку свавільної дискримінації, воно, тим не менше, відповідатиме принципу верховенства права, якщо будуть забезпечені вимоги рівності та чинності правового процесу. Будь-яка спрямована на громадян примусова дія повинна поставити як результат адекватного аналізу наявних обставин і узгоджуватися із прийнятим образом суспільного блага [14, с. 150].

Публічна адміністрація не може ефективно реалізовувати владний вплив та виконувати поставлені перед нею завдання, якщо вона буде існувати у абсолютизованих, жорстких рамках правових приписів. Саме тому загальновизнаним у всьому світі є вчення про адміністративний розсуд державного органу під яким найчастіше розуміють нормативно встановлену свободу вибору варіанта поведінки уповноваженого суб'єкта, що здійснюється на основі його розумової діяльності та в цілях реалізації ним публічного інтересу з прийняття оптимального управлінського рішення [15, с. 12]. Вказане право розсуду надається державному органу задля того, щоб його рішення було ефективним у кожній конкретній життєвій ситуації, а не для вчинення свавільних дій проти суспільства.

Як слушно з цього приводу зазначає Г. Ткач: «орган державної влади повинен мати власне розуміння суспільного інтересу, актуальної державної політики і на підставі приписів приймати найкращі рішення». Це пов'язане з тією обставиною, що у діяльності державного органу часто виникають ситуації при яких неможливо отримати зі змісту писаної норми права чіткого та однозначного рішення певної задачі. Саме у випадках неповноти правового регулювання відповідної сфери діяльності державного органу йому має надаватися свобода приймати рішення на власний розсуд, тобто право адміністративного розсуду. Посадова особа державного органу, у такій ситуації, приймає управлінське рішення з огляду на суб'єктивний аналіз конкретної ситуації. Проте такий аналіз не може бути довільним, а має спиратися на обставини кожної конкретної справи, а також на принципи та цінності, закріплені в загальнообов'язковому праві та Конституції [16, с. 278].

Визначення сутності та меж розсуду (дискреції) у діяльності органів державної влади завжди займало особливе місце в правовій доктрині та виступало критерієм відмежування державного управління заснованого на праві від іншого його виду, яке базувалося на виключній волі правителя. Тобто, державний орган у своїй діяльності може бути повністю обмежений вимогами закону та діяти відповідно до чітко встановленого правового регулювання («обмежене законом державне управління»), або може отримати право на певну свободу дій при прийнятті управлінських рішень (вільне державне управління, «адміністративний розсуд») [17, с. 247]. Проте, у будь-якому разі, представник влади має бути наділений повноваженнями щодо реалізації цього розсуду, який він може застосувати без погодження зі стороннім суб'єктом. Таким різновидом повноважень у теорії права іменують дискреційні повноваження (які найчастіше виявляються як «права»).

Хоча дискреційні повноваження і надають державному органу певну свободу дій, проте вона не має бути безмежною та перетворюватися у свавілля. Свобода державної влади завжди є *intra legem* (від латинського — в рамках закону), тобто обмеженою легітимним законодавством, що стримує зловживання владою та порушення встановленого публічного порядку [18, с. 450]. Окрім правових приписів та інших факторів, що були зазначені вище і покликані встановлювати направленість, рамки адміністративного розсуду, свобода влади має обумовлюватися й іншими обставинами, які не часто беруться до уваги у вітчизняній правовій науці. Перш за все, таким критерієм є цільова установка державного органу, яка має впливати із положень про діяльність конкретних органів та бути чітко сформульованою в їхніх програмних актах. Така директива щодо розсуду має вкрай важливе значення, оскільки дозволяє роз'яснити суб'єктам публічної адміністрації як саме їм використовувати цю свободу, закріплює її «легальну сутність», що дозволяє уникнути неправильного та нецільового використання дискреції.

Так, наприклад, важливим аспектом реалізації дискреційних повноважень є поширення їхньої дії на сферу врегулювання публічно-правових спорів, що, у свою чергу, вимагає закріплення спрямованості державної політики на досягнення компромісу при вирішенні цих спорів. Закріплення на законодавчому рівні пріоритету державної політики на врегулювання усіх публічно-правових спорів має справити позитивний вплив на реалізацію завдань держави із забезпечення прав, свобод та законних інтересів громадян, а також позитивно відобразиться на раціоналізації розподілу фінансових та людський ресурсів при здійсненні публічного адміністрування [19].

Розсуд, у цьому контексті, є завданням органів державної влади, яке структуроване цілою низкою критеріїв і спрямоване на досягнення раціонального публічного адміністрування. Ми виходимо з того, що правильним та дієвим воно буде не лише тоді, коли державний орган не допускає юридичних помилок, а й тоді, коли він виходить із вимог здорового глузду, раціонального використання ресурсів та приймає рішення, яке є зрозумілим та справедливим для приватної особи. Таким чином, розсуд органів публічної адміністрації є зваженою оцінкою (обґрунтуванням) критеріїв правильності, скероване метою закону.

Відомий ізраїльський юрист А. Барак, характеризуючи право адміністративного розсуду писав, що це повноваження, надані особі, яка наділена владою, вибирати між двома або більше альтернативами, при тому, що кожна альтернатива є законною [20, с. 13]. Як вказував свого часу А. Єлістратов: «публічні відносини не є впорядкованими, якщо вони визначаються розсудом органів правлячої влади, так як природа адміністративного розсуду є примхливою, невизначеною та нестійкою» [21, с. 341]. Дійсно, свобода представника публічної адміністрації не має бути довільною, заснованою на його суб'єктивній оцінці та особистому ставленні до певної ситуації, а повинна визначатися цілями та метою діяльності конкретного органу, спрямованістю законодавства, в межах якого виникла суперечлива ситуація.

У зв'язку з цим постає питання вироблення чітких критеріїв на які має спиратися орган публічної адміністрації при прийнятті рішення щодо врегулювання спору. Так як розширення дискреційних повноважень підвищує ризики неправомірної поведінки суб'єктів владних повноважень, створює загрози вчинення корупційних правопорушень — необхідно виробити певні орієнтири, відповідно до яких має реалізовуватися свобода у цій сфері. Окрім вже вищезазначених нами критеріїв законності, раціональності та доцільності, слід проаналізувати й інші можливі стандарти та вимоги, яких мають дотримуватися суб'єкти публічної адміністрації при прийнятті управлінського рішення в межах законного розсуду.

Так, обов'язковою умовою застосування дискреції має бути додержання принципу співрозмірності прийнятого рішення. Наприклад, в Німеччині вказаний принцип означає, що правовий засіб досягнення певного результату у діяльності державного органу має відповідати правовим цілям; цей засіб має бути необхідним, тобто застосовуватися коли відсутній аналогічний, проте більш м'який, помірний засіб; засіб і викликані ним обтяження мають знаходитися у розумному, співрозмірному

співвідношенні з правовою метою (тут діє так звана заборона надмірності) [22, с. 289]

До інших важливих ультиматумів дискреції, на нашу думку, слід віднести загальноправові принципи. І хоча більшість загальних принципів права закладені в основу діяльності державних органів влади, проте ефективність практичної реалізації вказаних положень викликає обґрунтовані сумніви. Орган державної влади у своїй повсякденній діяльності завжди буде розставляти пріоритети на користь чинного законодавства, оскільки оцінка індивідуальної управлінської справи з точки зору цих правових ідеалів, які, крім усього іншого, закріплені і в Основному Законі України, може бути розцінена як перевищення владних повноважень та порушення вимог законодавства.

У зв'язку з цим, А. Єлістратов зазначав, що у суспільному інтересі вимоги влади знаходять своє виправдання та своє обґрунтування. Що саме влада визнає суспільним інтересом, — залежить від рівня культури. І те, в чому влада бачить суспільне благо, може, насправді, і розійтися з інтересами значної частини населення [23, с. 86]. Отже, в нашому випадку, коли мова йде про розширення дискреції державного органу, публічний інтерес полягає у виборі найбільш вигідного для суспільства сценарію розвитку проблемної ситуації.

У зв'язку з цим, цікаво розглянути підходи до вирішення схожих питань у країнах Західної Європи. Так, А. Школик, досліджуючи положення Рекомендації R (80) 2 Комітету Міністрів ради Європи «Щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами» виділяє схожі специфічні критерії, якими повинні керуватися адміністративні органи держав-членів Ради Європи при прийнятті дискреційних рішень, а саме: 1) не мати інших цілей, ніж ті, для яких повноваження було надано; 2) дотримуватися об'єктивності та неупередженості, беручи до уваги тільки ті факти, які стосуються певної справи; 3) дотримуватися принципу рівності перед законом шляхом запобігання несправедливій дискримінації та однакового ставлення до особи *de facto* і *de jure*; 4) підтримувати відповідний баланс між будь-якими несприятливими наслідками, які його рішення може мати для прав, свобод або інтересів осіб і цілями, які він переслідує (принцип пропорційності); 5) приймати рішення протягом строку, який є розумним з огляду на питання, про яке йдеться; 6) послідовно застосовувати будь-які загальні адміністративні вказівки, беручи до уваги водночас конкретні обставини кожної справи; 7) надавати доступ до адміністративних вказівок приватним особам; 8) надавати пояснення свого відступу від загальних адміністра-

тивних вказівок, який несприятливо впливає на права, свободи або інтереси приватних осіб (тобто, мотивувати його); 9) акти, прийняті під час здійснення дискреційних повноважень, підлягають контролю відносно його законності з боку суду; 10) бездіяльність адміністративного органу протягом розумного строку також підлягає контролю з боку незалежних органів; 11) суд або інший незалежний орган, який контролює здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, має необхідні засоби, в тому числі на доступ до інформації, на основі якої прийнято рішення [24, с. 114-116].

Вчений також акцентує увагу на неможливості застосування адміністративними органами розсуду довільно, а вказує на те, що при прийнятті рішення в межах дискреційних повноважень державний орган має керуватися відповідними постулатами та застереженнями. Цікаво, що відповідно до положень ст. 2 КАС України, адміністративний суд має перевірити рішення суб'єкта владних повноважень на відповідність практично ідентичним вимогам. Проте, слід вказати, що у матеріальному адміністративному праві, яке врегульовує діяльність державного органу при прийнятті управлінського рішення, такі вимоги однозначно й чітко не встановлені, що створює низку проблемних моментів в процесі правозастосування.

Тим не менш, наголошуємо, що ми відстоюємо лише ту свободу державного органу, яка спрямовується на утвердження суспільного блага, а не на забезпечення інтересів приватних осіб. У цьому конкретному розумінні загальносуспільними інтересами будуть виступати вимоги легальної розумності, доцільності, відповідальності та ефективності у діяльності державної влади. Свобода тут полягає у можливості діяти ініціативно, творчо, самостійно в чітко визначених межах (рамках свободи) [25, с. 376].

Важливість вказаних положень полягає у тому, що при дотриманні цих вимог, які, по суті, легітимізують дискрецію, орган державної влади не може піддаватися звинуваченням у порушенні чи перевищенні належних йому повноважень, що є характерним для сучасних реалій України, країни з сильними традиціями позитивізму. Отже, перед науковою спільнотою постає надважливе завдання із наукового обговорення критеріїв, яких повинні дотримуватися представники влади при застосуванні дискреції. У вказаному майбутньому обговоренні наші пропозиції є лише одним із напрямків наукової рефлексії, проте, як видається, вони відповідають загальноприйнятим уявленням про призначення та функції публічного адміністрування.

Тож підсумовуючи, слід зазначити, що на наш погляд досить спірним напрямком розвитку рамок адміністративного розсуду є його максимальне звуження. Таке абсолютне обмеження сфери адміністративного розсуду, по-перше, є неефективним, оскільки навіть сучасне значне обмеження державної влади в Україні не забезпечує суспільство від небувалої корупції у владних структурах та повсякчасних утисків прав людини та, по-друге, обмеження дискреційних повноважень перетворює державу на неефективне організаційне утворення, нездатне вирішувати управлінські завдання. Найбільш вірним у цьому контексті видається розширення сфери адміністративного розсуду публічної адміністрації, яке обмежуватиметься певними критеріями, які орган повинен буде враховувати при прийнятті управлінського рішення. Ми пропонуємо рухатися не у напрямку встановлення абсолютизованих та загальних правил обмеження розсуду держави, а акцентуємо увагу на індивідуалізації процесу державного управління.

Державний порядок має ґрунтуватися на простій формулі: «держава наділяється максимально широким адміністративним розсудом, який деталізується раціональними принципами». Такий варіант обмеження державної влади зробить доступною певну варіативність та дозволить адміністративним органам приймати найбільш ефективні управлінські рішення з урахуванням забезпечення основоположних прав людини.

Список використаних джерел

1. Рабінович П. Основоположні права людини: до загальнотеоретичної інтерпретації / П. Рабінович. // Філософія права і загальна теорія права. — 2015. — № 1-2. — С. 327-341.
2. Арістотель. Політика [Електронний ресурс] / Арістотель. — 2000. — Режим доступу до ресурсу: <http://litopys.org.ua/aristotle/arist02.htm>.
3. Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата та І. Ломанна; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. — К.: Ніка-Центр, 2012. — 320 с.
4. Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.; за ред. О.В. Петришина. — Х.: Право, 2014. — 368 с.
5. Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс. — М: Мысль, 2001. — 478 с.
6. Речицький В. Конституціоналізм. Коротка версія. Читанка з конституціоналізму для зацікавлених / В. Речицький. — Х: Харківська правозахисна група, Права людини, 2014. — 264 с.
7. Фукуяма Ф. Френсіс Фукуяма: Путін робить рівно те саме, що ро-

- бив Гітлер [Електронний ресурс] / Ф. Фукуяма // Українська правда.— 2014.— Режим доступу до ресурсу: <http://www.pravda.com.ua/articles/2014/08-/27/7035903/>.
8. Норт Д. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества / Д. Норт, Д. Уоллис, Б. Вайнгаст.— М: Институт Гайдара, 2011.— 480 с.
 9. Платон. Законы. Книга IV [Электронный ресурс] / Платон — Режим доступа к ресурсу: <http://www.lib.ru/POEEAST/PLATO/zakony.txt-withbig-pictures.html#4>.
 10. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Перекл. з інгл. А. Іщенко.— К: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007.— 208 с.
 11. Доклад о верховенстве права: утвержденный Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25-26 марта 2011 года) [Электронный ресурс].— 2011.— Режим доступа к ресурсу: www.venice.coe.int.
 12. Фукуяма Ф. Государственный порядок / Ф. Фукуяма.— М: Издательство АСТ, 2015.— 688 с.— (Политика).
 13. Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права та Україна. Збірник наукових статей. Гол. редактор: А. Мелешевич — К: ДУХ І ЛІТЕРА, 2013.— 608 с.
 14. Аллан Т. Конституційна справедливість. лебаральна теорія верховенства права / Пер. з англ. Р. Семківа.— К: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2008.— 385 с.
 15. Слюсарева Т. Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юр. наук: спец. 12.00.14 «Административное право; административный процесс» / Слюсарева Т.— Москва, 2013.— 26 с.
 16. Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В. Б. Авер'янова.— К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002.— 668 с.
 17. Мицкевич, Л. А. Очерки теории административного права: современное наполнение: монография.— Москва: Проспект, 2015.— 296 с.
 18. Российское полицейское (административное) право: Конец XIX — начало XX века: Хрестоматия / Сост. и вступит. сл. Ю. Н. Старилова.— Воронеж: Изд-во ВГУ, 1999.— 624 с.
 19. Сидельніков, О. Д. Державна політика у сфері врегулювання адміністративних спорів // Актуальні питання реалізації нового Закону України «Про державну службу»: тези доповідей Всеукраїнського форуму вчених-адміністративістів, м. Запоріжжя, 21 квітня 2016 року.— Запоріжжя: ЗНУ, 2016.— С. 104-107.
 20. Барак А. Судейское усмотрение. Перевод с английского / А. Барак.— Издательство НОРМА, 1999.— 376 с.
 21. Актуальные проблемы административного права: учебник для студен-

- тов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М. Ко-стенников, А. Куракин, А. Конов, П. Конов.— М.: ЮНИТА-ДАНА, 2013.— 383 с.
22. Соловей Ю. Судебный контроль за административным усмотрением / Ю. Соловей // Ежегодник публичного права 2015: Административный процесс.— М.: Инфотропик Медиа, 2015.— С. 280-289.
 23. Елистратовъ, А. Основныя начала административного права / А. И. Елистратовъ.— Москва: Изданіе Г. А. Лемана, 1914.— 332 с.
 24. Школик, А. Порівняльне адміністративне право: Навч. посібник для юридичних факультетів та факультетів міжнародних відносин.— Львів: ЗУКЦ, 2007.— 308 с.
 25. Атаманчук, Г. Теория государственного управления: учебник / Г. В. Атаманчук.— М: Издательство «Омега-Л», 2010.— 525 с.— (Университетский учебник).

ДИНАМИЧЕСКОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ

А. Стовба

*Харьковский национальный университет имени В. Н. Каразина,
г. Харьков, Майдан Свободы, 4, e-mail: stovba34@mail.ru*

Думается, не будет преувеличением сказать, что сердцевиной всякого подлинного философско-правового вопрошания является стремление проникнуть «вглубь» права, отыскав тот исходный правовой феномен, «за» которым, «ниже» которого уже нет никакого «другого» права. В отличие от многих современных правоведов, пытающихся описать исключительно некое наличное положение дел в правовой сфере, еще античные правовые мыслители старались осмыслить, чем *исходно* является право, как вообще возможно, что право — *есть*? Ведь для древних греков существование права вовсе не было аксиомой. Анаксимандр, Парменид и, в особенности, Гераклит, прекрасно понимали, что существующее в полисе право в любой момент может сменить бесчинство (ἄδικία), а порядок — превратиться в хаос. Именно из ясного осознания подобных вещей и проистекает знаменитый призыв Гераклита к народу — сражаться за номос как за стены полиса.

Хотя для философов-досократиков бытие права никогда не было априорной данностью, предполагая в качестве онтологического условия своей возможности, как минимум, «честное, предельное беспокойство об адекватном оформлении реальности посредством права» (Э. Фехнер), уже классики античности — Платон и Аристотель — исходили из того, что *право всегда уже есть*. В соответствии с их позицией, самый вопиющий факт произвола никогда не означал *небытия* права, но лишь его *нарушение*. Так, например, согласно построениям Платона любая эмпирическая реальность — и право не было исключением — представляла собой лишь несовершенную копию существующего на звездах мира идей. А потому даже если в реальности мы не имеем ничего, похожего на право, оно все равно *уже есть* — в качестве объективно существующей идеи.

Подобное представление об абсолютном бытии права как его *постоянном наличии* господствует, начиная с Платона, в ходе развития всей последующей философско-правовой мысли вплоть до начала-середины XX века. Согласно господствующим взглядам, право, существующее в уме Бога, в виде законов природы, разума, категорического императива, абсолютной идеи, социальной закономерности, обычая, установления законодателя либо прецедента могло быть *нарушено*, но его *бытие*

оставалось *незыблемым*. Метафорически выражаясь, право, как некое незримое нормативное поле, *постоянно* пронизывало эмпирическую действительность подобно тому, как воздух, свет, радиоволны ежесекундно наполняют пространство физическое, проходя сквозь него без того, чтобы мы задумывались об этом или обращали на это внимание. Тем самым наличное бытие права вечно существовало «по ту сторону времени» в некоем трансцендентном либо трансцендентальном измерении.

Позиции метафизического правопонимания пошатнулись в ходе Первой мировой войны, когда априорная данность разумной действительности на поверку оказалась всего лишь эмпирически сомнительным фактом. Аналогичным образом и право, которое мыслилось как нечто столь несомненное, что его абсолютное бытие не могло поколебать никакое нарушение, оказалось в высшей степени непрочным. Формально законные нацистская диктатура Рейха и сталинский террор в СССР наглядно показали, что правовой вакуум, долгие годы царивший на территории этих стран, бессмысленно было бы объяснять наивными ссылками на «нарушение естественного права». Стало ясно, что существование как позитивного, так и естественного права — отнюдь не трансцендентальная аксиома, а само право нуждается в воспроизводстве условий возможности своего бытия в ходе социальной практики.

Указанными событиями и был вызван т. н. «Ренессанс естественного права» [1]. В отличие от классического юснатурализма, отстаивавшего «постоянное» бытие права в виде законов природы, разума и т. п., сторонники «Ренессанса» полагали, что право имеет своим первичным истоком не идеальную норму, но «конкретную ситуацию» (Г. Кон), «экстраординарное происшествие» (Г. Гуссерль), «природу дел» (В. Майхофер), *до и без которых права не существует*. По образному замечанию датского правоведа Г. Кона, именно конкретная ситуация и является «собственным жилищем права» [2].

Однако представители течения «Ренессанса естественного права» так и не смогли ответить на вопрос о том, как же существует это «конкретное» право: каковы закономерности его возникновения и существования, несводимые ни к идеям, ни к эмпирике закона, обычая либо прецедента. Вследствие этого начиная с конца 70-х годов в мировой философско-правовой мысли наблюдается «обратная реакция», когда *абсолютное бытие* права в виде априорного наличия политкорректных идей прав человека, гендерного, расового и иного равенства, справедливости и моральности права вновь становится аксиомой. По меткому и ироничному замечанию французского мыслителя А. Бадью, уже в конце

1980-х самым модным течением была моральная философия, маскирующаяся под философию политическую. Куда не повернешься, всюду кто-то защищает права человека, уважение к другим и призывает вернуться к Канту. Указанное положение дел А. Бадью диагностирует как полную интеллектуальную регрессию [3]. За весьма редкими исключениями, данная ситуация характерна и для нынешнего состояния философии права, как отечественной, так и зарубежной.

Тем самым актуальнейшей задачей современного правоведения является реанимация извечного философско-правового стремления — прогнаться к изначальности права, осмыслив, как вообще возможно, что право — *есть*? При этом «есть» уже не будет означать никакого «вечного» бытия права, которое «*не может не быть*», а может лишь «*быть нарушено*». Ведь, по верному замечанию российского правоведа Ю. Е. Пермякова, «*есть*» для права значит возможность утраты, область рискованного бытия [4]. Перефразируя немецкого философа М. Хайдеггера, в случае права «быть» — это оказаться «выдержанным в вопросительной возможности небытия». Другими словами, если ввести в поле зрения право, *как оно есть*, то оно уже не будет представлять собой «вечной и неизменной субстанции» как источника континуального «нормативного силового поля», но *дискретное и сингулярное происшествие, которое всякий раз может и не произойти — и тогда не будет никакого права*.

Очевидным образом сказанное влечет за собой и пересмотр существующих представлений о праве как таковом. Если в традиционных подходах оно мыслилось как некое высшее *сущее* (идея, норма, обычай), обладающее статусом Должного в отношении эмпирической реальности, то теперь право предстает перед нами как динамичное, подвижное *бытие*, которое обладает *темпоральным характером*. В этом случае право *исходно* оказывается не абсолютным и вечным Должным, воплощенным хотя бы и в исторически изменчивых (как, например, у Р. Штамллера или Е. Эрлиха), однако все же реифицированных формах нормативных предписаний (правовом сущем), но *динамической конфигурацией воспроизводства права*.

Описанный посыл является ключевым для адекватного понимания концепций ряда современных правоведов — С. И. Максимова, И. Д. Невважая, Ю. Е. Пермякова, В. И. Павлова, А. В. Полякова, И. Л. Честнова, В. А. Четвернина, а также некоторых других. Так, в подходе С. И. Максимова право предстает как динамическая правовая реальность, А. В. Полякова — как правовая коммуникация, И. Л. Честнова — как правовой диалог и др. Эти и другие динамические смысловые метафоры (обмен,

событие, происшествие, синергичность, правовая жизнь) призваны показать то право, «за» которым уже не стоит ничего другого. В силу этого становится возможным предположить, что в настоящее время на постсоветском пространстве сложился принципиально новый — *динамический* — тип правопонимания, не сводимый ни к юснатурализму, ни к юридическому позитивизму, ни к иным, ранее известным подходам. В чем же заключается специфика динамического правопонимания?

По словам российского философа А. Г. Чернякова, как универсальный онтологический термин *δύναμις* отсылает к одному из смыслов бытия в аристотелевом реестре смыслов — к *δύναμις δι*, т. е. к тому, что может быть или не быть таким-то и таким-то определенным, о-формленным сущим [5]. Тем самым динамичность права означает не просто его «подвижность», «текучесть» либо «изменчивость». В изначальном смысле греческого *δύναμις* коренится нечто большее: динамичность в данном случае следует трактовать как попытку понять, почему то или иное сущее — в нашем случае право — *есть правовое*, в то время как оно могло бы быть и иным — или не быть вообще. Другими словами, динамическое правопонимание исходит из того, что бытие правового сущего — отнюдь не аксиома и не догма. Права вполне могло бы и не быть¹. Как же так случилось, что право есть, когда его могло бы не быть?² Является ли бытие

¹ См. в связи с этим чрезвычайно выразительный пассаж В. В. Бибихина: «у нас проблемы с водой, воздухом, дорогами, теплоснабжением, у нас масса проблем. Но сущее в целом, мир? Как с ним обстоит дело? А что с ним? Ничего. Мир в целом как мир в целом. Не мешайте, у нас проблемы. Но то, что мир есть, когда мог и не быть? На нас смотрят как того «тронутого». Не мешайте!»// Бибихин В. В. Ранний Хайдеггер (материалы к семинару). — М.: Институт философии, теологии и истории Святого Фомы, 2009. — С. 29-30. Аналогичным образом представители метафизической юриспруденции озабочены проблемами «объема понятия права» (позитивизм), его «необходимой связи с моральностью» (непозитивизм) и пр. утрачивают из виду фундаментальную правовую проблему: как возможно бытие права как таковое? По еще одному меткому замечанию В. В. Бибихина это и есть нигилизм: не в наивном смысле культурологов и нравственных людей, плохой нигилизм отвержения хорошего мира идей, а нигилизм в коренном смысле слова, когда *nihi* подводится под все: все в целом. Никакой проблемы: со всем в целом *ничего!*// Бибихин В. В., ук. соч., С. 36

² Здесь прослеживается некая преемственность и созвучие с постановкой вопроса В. Майхофером: «Почему вообще существует Правовое, а не наоборот, Ничто?». См.: Maihofer W. Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. — Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954. —

права просто индетерминированной сингулярностью, конкретно-исторической случайностью, либо же это бытие возможно осмыслить в рамках некоего алгоритма, инвариантной смысловой фигуры?

Из указанной выше постановки вопроса видно, что динамическое правопонимание принципиально не может быть сведено к ранее известным типам трактовок права, имеющим лишь «внешнее» сходство с ним. В отличие от социологической теории «живого права» Е. Эрлиха, исторической школы права либо «естественного права с изменчивым содержанием» Р. Штаммлера, динамическое правопонимание не просто акцентирует содержательную изменчивость права как естественной либо позитивной нормы, вызванную географическими, историческими либо национальными особенностями её возникновения. Акцент в данном случае делается на *онтологии права*. Динамика права как его «вопросительное выдерживание в возможности небытия» позволяет впервые поставить вопрос об онтологических условиях возможности права. Мы спрашиваем о том, *как возможно бытие права (бытие правового существа) как таковое, и какие смысловые закономерности возможно при этом выявить*. Эксплицируя эти закономерности посредством конструирования динамических смысловых метафор — правовой коммуникации, обмена, диалога и т.п. представители динамического правоведения стремятся идентифицировать право не просто как содержательную совокупность норм (исторически сложившихся, установленных властью, естественно существующих и пр.) но как постоянно воспроизводящийся алгоритм существования права¹. В этом последнем случае право предстает не в виде классического «нормативного силового поля», но как особое, «частное» происшествие, которое в каждом конкретном случае может и не произойти, имея лишь *вероятные шансы воплотиться в действительность*. Однако если право все же происходит, то это происшествие

S. 38. Также подобную проблематику актуализирует и Э. Фехнер: Fechner E. Rechtsphilosophie. — Tuebingen: Mohr Siebeck, 1956. — S.246

¹ Таким образом, из ранее известных подходов к праву некоторое сходство с динамическим правопониманием прослеживается разве что в концепции Э. Фехнера, который предлагал рассматривать право как «werdendes», т.е. «становящееся». Более подробно см.: Стовба А. В. Эрих Фехнер: опыт пограничности или бытие-между правом и экзистенцией// Российский ежегодник теории права. — № 3. — 2010. — С. 530-538, а также: Fechner E. Rechtsphilosophie. — Tuebingen: Mohr Siebeck, 1956. — S.261. См. перевод: Фехнер Э. Философия права//Российский ежегодник теории права. — № 3. — 2010. — С. 609

подчиняется определенным смысловым закономерностям, которые и пытаются описать авторы динамических трактовок права.

Критически разграничивая динамическое правопонимание с предшествующей философско-правовой традицией, следует отметить, что в отличие от физиков, отказавшихся от поиска «вечного двигателя» и обьявивших подобные попытки ненаучными, сторонники классической — метафизической юриспруденции со времен Платона пытались запустить тот «вечный двигатель» нормативности, который бы догматически генерировал абсолютное бытие-долженствование права. Напротив, динамическое правопонимание останавливает этот двигатель, оспаривая его «вечный» статус и задавая вопрос о том, как возможно его «запустить» в каждом конкретном случае — и при каких условиях он «выключится». Результатом такого подхода является кардинальный пересмотр юридической действительности, как её представляют себе сторонники классической юриспруденции, когда все правовое сущее, ранее полагавшееся неизблемым — норма, правоотношение, механизм правового регулирования, субъект права, даже вся правовая система как таковая оказывается поставленными под вопрос.

Указанная «постановка под вопрос» вызвана, прежде всего, тем, что, исходя из изложенных выше постулатов динамического правопонимания, бытие права (и правовое сущее как правовое) оказываются существующими не «вне времени» (абсолютно) и не «во времени» (континуально), но «*время от времени*» — дискретно. Из этого тезиса следует три важных момента. Во-первых, в силу отказа от представлений о континуальности права последнее не существует *необходимо*, в той мере, в какой оно уже не беспроблемно переходит из «одного момента времени в другой», но рискует не оказаться в следующей точке времени. Во-вторых, принятие дискретности бытия права подразумевает «зазор», «паузу» между временными точками его существования. А тем самым в поле нашего зрения входит упомянутая вероятность: что права не окажется в том «будущем», «где» мы ожидаем его: там может оказаться либо «ничто», либо «нечто другое» нежели право. Связь между двумя точками, «в» которых существует право, оказывается не жестко детерминистской, где наличие права в точке «А» необходимо порождает его наличие в точке «Б», и не формально-логической, когда наличие права в пункте «А» имеет своим логическим следствием его наличие в пункте «Б», но *темпорально-онтологической*, т.к. право, чтобы «пройти» от «А» к «Б» должно *заново воспроизвестись* во временном промежутке между ними. И поэтому, в-третьих, право онтологически исходно порождается не в чертогах разума, и не в механизмах

государственной власти, и не в недрах природы, но в совместном бытии людей, где оно — именно как право, а не нечто иное — исходно возникает-воспроизводится во временном разрыве, дискреции между «двумя теперь»: когда права «еще нет» и когда оно «уже есть». Механизм этого порождения-воспроизводства и мыслится как правовая коммуникация, правовой диалог, обмен и т.д. *Нашей же задачей является сделать шаг вперед, описав это «между», где собственно и происходит право*¹.

Таким образом, «постановка под вопрос» фундаментальных понятий классической теории права не означает их упразднения. Просто-напросто они уже не мыслятся обозначающими безусловно данное, устойчивое состояние (правопорядок) и соответствующие ему реальные явления (нормы права, субъекты, институты и пр.), тем самым, как *adequatio rei ad intellectus*, претендуя на онтологический статус. Исходя из динамического правопонимания, они оказываются всего лишь маркерами, призванными обозначить «уже-свершившееся» происшествие права, некое наличное положение дел, в котором презюмируется то, что право *уже есть*. Как раз в указанной презумпции — наличного бытия права как бытия-долженствования — и заключается сущность юридической догматики и метафизики права как таковой. Динамический же подход к праву более глубок, нежели метафизический, поскольку исходит из того, что права *могло бы и не быть*, конструируя не понятия (работающие со всегда уже наличным правом), но динамические смысловые конфигурации (коммуникацию, обмен, синергичность и т.п.) как альтернативные описания онтологических возможностей порождения права, его произведения, короче говоря, того, что право *есть*. Собственно, любой, отдельно взятый вариант динамического правопонимания как раз и представляет собой попытку экспликации того, как возможно воспроизводство права (в ходе коммуникации, диалога и т.п.).

Таким образом, рассмотрение изложенных выше воззрений дает основания заключить, что в настоящее время на постсоветском пространстве сложился новый тип правопонимания, который не укладывается ни в один из доселе известных видов (позитивизм, юснатурализм

¹ В простейшем сочленении времени «теперь» является всегда как двойца — предыдущее и последующее, а между ними зазор, промежуток (*διάστημα*), средник (*μεσότης*), «пустая» дифференция. В этом «феноменологическом» контексте — ведь здесь говорится о том, как *мы понимаем, схватываем, описываем* время — оно противопоставлено двойце «теперь» и выступает как сама инаковость, событийно индифферентная дифференция// Черняков А.Г. Онтология времени. — СПб.: Высшая религиозная школа, 2001. — С. 91

и пр.) и может быть назван «динамическим». Данный тип правопонимания не является чем-то наподобие научной «школы», сколь все авторы, труды которых дают повод причислить их к динамической тенденции, являются самостоятельными и оригинальными исследователями, в отношениях между которыми отсутствует какая-либо иерархия. К такому образованию в полной мере применимы те критерии «незримого коллегияума», которые сформулировал И. Л. Честнов в своей статье, посвященной постклассической коммуникативной концепции права (децентрализованность, гибкость, объединение на основе общих мировоззренческо-методологических предпосылок) [6]. Вместе с тем, на наш взгляд, анализ философско-правовых концепций, принадлежащих к динамическому правопониманию, дает возможность выделить их некоторые общие черты, характерные для данного типа правопонимания в целом¹.

Во-первых, это отказ от трактовки права как наделенного абсолютным бытием статичного Должного (идей, норм и т.п.) и осмысление права как сингулярного, дискретного, динамичного феномена (диалога, коммуникации, бытия и пр.), воспроизводящегося в ходе человеческой деятельности. Следствием такого подхода является негативное отношение к реификации (овеществлению) права. Поэтому общим для динамического правопонимания можно считать утверждение о том, что «права как такового не существует», в том смысле, что у данного слова нет постоянного эмпирического референта.

¹ Необходимо отметить, что динамическое правопонимание, без сомнения, не возникло на пустом месте, но представляет собой развитие традиции феноменологической философии права в широком смысле этого слова. Так, изложенные выше идеи правовой феноменологии о праве как реальности смысла, отходе от моносубъектности и переходе к диалогу и триалогу, правовом происшествии как своеобразном «толчке» к актуализации правового режима осмысления происходящего нашли свое продолжение в работах А. В. Полякова, И. Л. Честнова, С. И. Максимова, а также автора настоящей работы. Аналогичным образом экзистенциальные идеи — укорененности права в совместном бытии людей, примате конкретной ситуации над абстрактными нормами, связи смысла человеческого существования с правом, стремление превзойти дихотомию позитивизма/юснатурализма оказываются творчески воспринятыми и развиты в трудах Ю. Е. Пермякова, В. А. Четвернина, а также названных выше правоведов. Настоящая работа также представляет собой, в частности, попытку развития гипотез А. Райнаха и Г. Гуссерля о временном разрыве, существующем между деянием и его правовыми последствиями, как горизонте правового бытия.

Во-вторых, в результате динамического осмысления природы права представители указанного типа правопонимания превосходят классическую правовую дихотомию позитивизма\юснатурализма. Это становится возможным благодаря отказу от трактовки права как абсолютного Должного (идеи, нормы и пр.) и переходу к пониманию права как динамичного, подвижного образования (бытия, коммуникации, дискурса и т. п.).

В-третьих, это рассмотрение права как социального явления, поиск онтологических истоков права во внешних по отношению к нему феноменах (прежде всего, в обществе). В противоположность классическому взгляду на право как на Должное, с безопасной дистанции регулирующее сущую действительность, с позиций динамического правопонимания право как процесс его воспроизводства оказывается всегда-уже укорененным в той самой реальности, которую право «призвано упорядочивать». Тем самым для динамического правопонимания характерным является мышление права вне метафизической оппозиции сущего и Должного.

В-четвертых, сколь право как процесс его протекания не может осуществляться само по себе, но лишь посредством людей, еще одним признаком динамического правопонимания является акцент на «человекомерности» права, на том, что права не существует «вне» отношений между людьми. В свою очередь, правосубъектность людей укоренена не в «естественных правах человека» и не в во властном распоряжении суверена, но в их взаимном признании в качестве субъектов права. Таким образом, право представляет собой не «внешнее» по отношению к человеку явление, но феномен, укорененный в совместном бытии людей. Тем самым для динамического правопонимания характерен переход от моносубъекта классического правоведения к полисубъектности.

В-пятых, методологической особенностью динамической трактовки права является стремление *описать* закономерности правовых процессов. Тем самым в отличие от классической понятийной юриспруденции, которая занимала *прескриптивную* позицию в отношении исследуемых явлений, для динамического правопонимания характерна установка на *дескриптивность*, стремление сконструировать некую «онтологическую смысловую метафору», которая в наибольшей степени была бы способна адекватно выразить процесс осуществления права. Подобными «метафорами» и являются коммуникация, диалог, событийность, синергичность и пр. Отмеченным переходом от прескриптивности к дескриптивности обусловлено и широкое понимание правовой нормы как социальной закономерности, акцент на производном, вторичном характере классической, «позитивной» нормы права.

Список использованных источников

1. Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права.— М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957.— С. 63-64
2. Cohn G. Existentialism and Legal Science.— New-York.: Occana publications inc., 1967.— P. 31
3. Badiou A. Being and Event.— London: The Tower Building, 2005.— P.XI.
4. Пермяков Ю. Е. Основания права//Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Коллективная монография. Максимов С. И., Пермяков Ю. Е., Поляков А. В., Стомба А. В., Честнов И. Л., Четвернин В. А. (под ред. А. В. Стомбы) — Х.: Библиотека международного журнала «Проблемы философии права», 2013.— С. 63.
5. Черняков А. Г. Онтология времени.— СПб.: Высшая религиозная школа, 2001.— С. 60.
6. Честнов И. Л. Постклассическая коммуникативная концепция права как «незримая коллегия» // Правоведение.— № 5.— 2013.— С. 112-123.

ТОЛЕРАНТНИЙ ДІАЛОГ: МОРАЛЬНИЙ ТА ПРАВОВИЙ ВИМІРИ

Б. Ткачук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: dana.tkachuk4@gmail.com*

В епоху глобалізації, нових технологій, космічних відкриттів людство набуває матеріальної стійкості та впевненості, а міжкультурний простір наповнюється різноголоссям та несправедливістю. У 1948 році повоєнний світ прийняв Загальну декларацію прав людини — результат нехтування правами людини, яке і призвело до актів варварства, що залишаються глибокою раною на совісті людства [11; с. 15]. De jure до сьогодні існує багато нормативно-правових актів та документів, які є легітимізованими більшістю країн світу, de facto висновки так і не були втілені в життя.

Останніх два десятиліття в ефірі різноманітних державних та незалежних телеканалів, а також стрім-каналів в Інтернеті з'являються часті звістки про теракти, війни, повстання, революції, окупації. Кожного дня можна почути про неймовірну кількість жертв скоєного людського насилля за причиною расизму, антисемітизму, шовінізму та інших конфліктів, що часто виникають у зв'язку з принциповою позицією. На зламі тисячоліття знову постала проблема релігійних конфліктів та територіального розбрату. В боротьбі за гідність, рівноправність та справедливість проливається кров мирного населення.

Особливо актуальною є ситуація вітчизняної громади. *Україна пережила Революцію гідності 2013-2014 років, а зараз перебуває на межі вирішення питання: бути чи не бути єдності та цілісності держави.* Гостро постала проблема визнання прав людей, адже, усвідомлення свободи та усвідомлення прав виникають взаємно та підсилюють одна одну, такий аспект розглядає німецький філософ Г. Ломанн через призму самоповаги [11; с. 80-81]. Людина, що наділяє себе через самоповагу гідністю на власну свободу та права, усвідомлюючи себе суб'єктом морально-правових відносин, автоматично визнає повагу до прав індивідів через інтерсуб'єктивність.

Етико-філософське осмислення сучасності виділяє категорію «гідність» як одну із актуальних. Визначимо гідність як усвідомлення про цінність усякої людини, як моральної особистості. Відтак, розуміємо людину як особистість. Юридично-правова сфера розглядає особистість

як суб'єкта правової реальності, тобто таку, яка має право на здійснення та захист своїх свобод та обов'язків, справедливо не порушуючи інших. Отже, людина, яка усвідомлює себе як особистість, володіє моральною свідомістю, є суб'єктом правової реальності, визнає право на захист та повагу до людської гідності.

Ще з часів Римської імперії право як соціальна цінність лежить в площині протекції рівності, справедливості та свободи людини. Воно є невіддільною частиною цивілізованого життя людей, що ідентифікують себе, як народ, мають свою державу та легальні кордони. Цінним критерієм права завжди виділяють мораль, яка переносить право із практичної площини в площину духовності, чеснот, блага.

Цивілізація XXI століття стикається з викликами, що стосуються цінності життя, важливості та аксіологічного наповнення віри та традицій. Релігія та свобода, як одні із ключових вимірів сучасної ситуації окреслюють актуальну проблематику права і моралі. В площині релігія і свобода існують свої закони, релігія шукає обґрунтування в заповідях зі Святих книг, а свобода — захисту в юриспруденції. В правознавстві існує дефініція «свобода віросповідання», тобто свобода сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати жодної. Звернемось до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 1950 року, яка ратифікована Україною у 1997 році, де в Статті 10 закріплено: «Кожен має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання» [6]. До прикладу у Конституції України теж чітко вказано в Статті 35: «Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання... Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова» [7]. Отже, як розуміємо із контексту зазначеного, законодавством закріплено, що в Україні існує релігійна свобода на засадах визнаної навзаєм гідності, а, відтак, толерантності. Тим не менше, у школах існує такий обов'язковий, місцями факультативний, предмет до вивчення як «Християнська етика». Виклик полягає в тому, що традиційна християнська система виховання українців все одно переважає над законом, втілюється в життя несвідомо, порушуючи статтю Конституції України та ратифіковану нею Конвенцію. Такий предмет доречно може бути заміщений «Історією релігій», що дозволить учням дізнатись про механізми функціонування інших релігій, їхні особливості моралі та права, допоможе передбачити виникнення бар'єру стереотипізації, розбрату та конфліктів.

У цьому великому просторі Всесвіту людина сьогодення відчуває себе не тільки закинутою, як про це говорили екзистенціалісти, але

і перебуває в постійному страху перед небезпекою. Можемо стверджувати про стабільний моральний тиск, який відчуває людина серед постійних порушень та зазіхань на власну гідність. І вона змушена давати такій ситуації свою моральну оцінку. А. Садохін щодо цього стверджує: якщо потрібна швидка реакція на певне явище, подію тощо, людина схильна генерувати свою оцінку, спираючись на стереотипи з точки зору власної культури або культурних особливостей [10; с. 132]. Стереотипи, наголошує автор, допомагають спростити навколишній світ та «навести в ньому порядок» [10; с. 133]. Сучасна людина користується стереотипним мисленням, не усвідомлюючи, що наносить шкоду собі, так, як здатна оцінювати ситуацію суб'єктивно, а також шкоду світу, з яким взаємодіє, адже часто вона відмовляється визнавати право на існування іншої точки зору. Оцінювати вчинки інших людей через стереотипні висновки означає порушувати їх права на об'єктивне визнання гідності та свободи, що, виходячи з нашого визначення категорій, розуміємо ситуацію як неповагу до власної гідності навзаєм.

Розглянемо два приклади стереотипізації із сучасної реальності. Перший — це події теракту в листопаді 2015 року, на які українська спільнота в соцмережах висловила дуже неоднозначні погляди. З одного боку, можна було побачити людей, які додали на фото свого профілю прапор Франції, що перетворило співчуття на флешмоб. З іншого, ярі українські патріоти, які додали національний прапор та стверджували, що у країні війна вже другий рік, і Європа нам не співчуває і не вирішує нашого конфлікту. Ще були треті, хто утримався від цієї принципової вакханалії над жертвами теракту та полеглими у війні на Сході України.

І другий приклад, що відбувся у березні 2016 року у Львові: конфлікт між представниками ЛГБТ-спільноти та, так званими, захисниками прав релігійної частини населення міста. Цю проблему вирішує Стаття 19 Декларації прав свободи та громадянина: *«Кожна людина має право на свободу переконань і на вільне їх виявлення; це право включає свободу безперешкодно дотримуватися своїх переконань та свободу шукати, одержувати і поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів»* [4]. В результаті, можна засвідчити, що висловлення незадоволення тією чи іншою ситуацією в країні керується великим впливом стереотипізації та належності до крайнощів: між чітким визначенням чорного чи білого. Сучасне глобалізаційне суспільство на стільки перебуває у страху втратити свою ідентичність, що така антиномічна реальність культивує принципову різність, в той час, коли нам нарешті варто звернути увагу на те, що нас поєднує.

Розглянемо поняття «толерантність» та його правовий вимір. Наприклад, той же А. Садохін, стверджує, що етимологія слова стосується латинського дієслова *tolero*, що означає «нести», «тримати», «терпіти». Тобто таке розуміння обумовлене уявленням про те, що людина несе або переносить, відчуває біль та страждання, їй потрібно терпіти. Але для сучасного розуміння толерантності варто відзначити, що «терпіння» і «терпимість» мають різні контекстуальні значення. Наголосимо разом із автором, що терпіння виражає частіше відчуття або дії зі сторони того, хто переживає біль, насилля та інші форми негативної дії, а терпимість — повагу або визнання рівності інших та відмову від домінування і насилля [10; с. 179]. Отже, бути толерантним не означає підкорятись усьому, що тобі нав'язують, принижуючи власну гідність. Бути толерантним — це реалізовувати рівноправний діалог задля примноження блага в рівності та мирі. Таке розуміння толерантності, на нашу думку, може бути взаємним шляхом до порозумінь.

Німецький філософ Е. Тугендгат підкреслює, що поважати когось означає визнавати його суб'єктом моральних прав [11; с. 80]. З такої точки зору, ствердимо про актуальність інтерсуб'єктивних відносин, як вид особливих взаємних стосунків держав, на засадах морального закону толерантності (закон взаємного визнання — Б.Т.), яким вдасться регулювати міжнародну співпрацю.

В Декларації принципів толерантності чітко прописано в Статті 1, пункт 1.4.: «Вияв терпимості, який співзвучний повазі прав людини, не означає терпимого ставлення до соціальної несправедливості, відмови від своїх або поступки чужим переконанням. Це означає, що кожен вільний дотримуватися своїх переконань і визнає таке ж право за іншими. Це означає визнання того, що люди за своєю природою розрізняються за зовнішнім виглядом, становищем, мовою, поведінкою і цінностям, і мають право жити в мирі та зберігати свою індивідуальність. Це також означає, що погляди однієї особи не можуть бути нав'язані іншим» [5]. Висловлювати позицію незгоди, відстоювати свої принципи, не зважаючи ні на що — це вже минувшина, яка записана в літописах та на сторінках книг з історії. Натомість висловити свою позицію, вислухати позицію опонента, знайти спільні точки дотику, зрозуміти різницю та обговорити її до вирішення — таку модель варто проектувати в сьогодення заради майбутнього. Позиція толерантності включає самоповагу, гідність, а відтак, повагу до інших, як повагу до себе; звідси позиція рівності на таких засадах: ніхто не кращий за мене, як і я не кращий за когось, тому що усі народи і культури є унікальним здобутком своїх творців і мають право бути включеними в міжкультурний діалог.

Яскравим втіленням в життя такого постулату було мирне вирішення конфлікту та здобуття незалежності для своєї Батьківщини Моханда-сом Ганді, більше відомим як Махатма Ганді. В перекладі із санскриту це ім'я означає — «Велика Душа», як назвав його великий індійський поет Р. Тагор [2; с. 97]. В період, коли Ганді здобував освіту в Британії, він ознайомився із текстом Біблії і був зворушений Христовим закликом до прощення та не-насилля (non-violence) у його Нагірній проповіді. На його філософію не-насилля вплинули вчення індуїзму та джайнізму, зокрема один із їх спільних принципів ахінса або ахімса [2; с. 98]. В перекладі із санскриту означає — «неспричинення шкоди для життя» або ж принцип не-насилля [9]. Махатма Ганді підкреслював, що Ріші, які відкрили світу цей закон повинні бути визнаними геніями на ряду з Ньютоном, адже застосувавши зброю, вони побачили, що вона не потрібна, а шлях порятунку полягає в не-насиллі [1; с. 7]. Це вчення пізніше трансформувалось у філософії Ганді в поняття особливої протиборчої сили «satyagraha» — «справжня сила» або «дотримання істини» [2; с. 96]. Варто відзначити, що Махатма Ганді вдало застосовував практично своє вчення про ненасилля: марші, голодні страйки, демонстрації, переговори та публічні виступи. Мудрець підкреслював, що шлях ненасилля це свідоме очисне страждання, який означає, що для боротьби проти тирана потрібно покласти усю душевну силу — ненасильницький спротив (non-violence non-co-operation) [1; с. 10]. Таким чином, Махатма Ганді здійснив революційний переворот у методах визнання прав своєї країни, рівноправ'я своєї культури та народу на ряду з іншими. З такої точки зору, толерантність це реалізація права на визнання цінності та рівності культур, націй, народів.

І вже у 1960 році такі погляди розділив Мартін Лютер в успішній ненасильницькій боротьбі за рівноправність темношкірого населення Америки. І здавалось би, що у XXI столітті не мало б бути проблем на ґрунті кольору шкіри, але сутички виникають, зокрема в шовіністичних та націоналістичних проявах неофашизму. Доречним є запитання П. Брюкнера до людини сьогодення: «Чи існує чорний розум і білий розум, війна епідермісів? Відколи біологія визначає особистість...?» [3; с. 84]. Продовжуючи ряд можна сформулювати гостру проблему: чи існує війна богів за істинність та першість, якщо Олімп на сьогодні всього лише географічна точка? Такі запитання формулюють відповідь, що усе, що є причиною непогоджень, конфліктів, расистських закидів та насильства — все породження людського розуму. То якщо цей розум може породити демонів, які нищать людство, то, можливо, ми могли б породити собі ліки від

цього недугу самознищення. Тут варто також згадати, що у Преамбулі ООН чітко окреслена важливість толерантності: проявляти терпимість та жити разом, в мирі один з одним, як добрі сусіди [8].

Вітчизняний філософ-культуролог А. Репа наголошує, що усіяке насильство та несправедливість, структурного чи суб'єктивного характеру, стають горизонтом перешкод у процесі демократизації, тобто в процесі боротьби за визнання прав людини і громадянина в тому чи іншому суспільстві [11; с. 11]. Тому саме ненасильницький спротив та вирішення конфліктів з позиції бажання врегулювати ситуацію, а не домінуванні чи встановленні «влади над», покликані бути поступальними механізмами у боротьбі за демократію.

Німецький філософ Е. Тугендгат розуміє права людини як морально обґрунтовані права. Мораль, на яку він при цьому спирається — це мораль «універсальної та рівної поваги до всіх» [11; с. 55]. Важливим аспектом втілення толерантності та подолання усіх стереотипних бар'єрів — це визнання усіх учасників діалогу міжкультурної комунікації, як рівноправних собі суб'єктів.

Чи можемо ми згенерувати толерантну відповідь на актуальні питання сучасності, до прикладу, чи можлива морально-правова свідомість після 11 вересня? На цьому питанні наголошує і вітчизняна дослідниця М. Савельєва, котра підкреслює, що ці питання є продовженням відомої європейської низки канонічних питань з ряду «Як можлива мораль після гріхопадіння» та «Як можлива мораль після Розп'яття?» [12; с. 142-143]. Вона підкреслює, що «ці Події» і роблять мораль та право важливим до співіснування. Наголосимо, що міжкультурний діалог сучасності є розлогий, позачасовий, актуальний та потребує переосмислення.

Таким чином, можна зробити висновок, що рівність, як і важливість усього живого в культурному макрокосмосі, є непорушним правилом усіх і кожного, а політика ненасильницького спротиву, у разі непорозумінь незалежно від культурної, релігійної та будь-якої належності, може бути результативною. Вона сприятиме порозумінню різних світів, поглядів, націй. Внутрішня моральна боротьба кожного активізує людську єдність, передусім думки та дії, духу та життя. Усвідомлення самоповаги через призму поваги до іншого змінить вектор до порозуміння культур та націй, традицій та важливих трансформацій.

В контексті гострих проблем сучасності варто ствердити, що важливим є критичне мислення сучасної людини, подолання стереотипізації, захист прав на засадах толерантного співжиття кожного елемента соціокультурного універсуму. Визнання права на гідність та свободу, в межах

сучасних дилем, є одними із найактуальніших проблем, які потребують конструктивного діалогу, з метою пошуку та обговорень спільних рішень. Політика співжиття на засадах морально-правової інтерсуб'єктивності сприятиме порозумінню різних світів, поглядів, націй, передбачатиме усі прогалини в комунікації.

Список використаних джерел

1. Gandhi M. My Non-violence. URL: <http://www.gandhiashramsevagram.org/pdf-books/my-nonviolence.pdf> (дата звернення 21.02.2016)
2. Molloy M. Experiencing the world's religions: tradition, challenge, and the change. California 2001, с. 97.
3. Брюкнер П. Тиранія каяття/ П. Брюкнер.— Київ, 2013.— с. 216.
4. Декларація прав людини і громадянина URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення 27.09.2016)
5. Декларація принципів толерантності. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_503 (дата звернення 27.09.2016)
6. Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення 27.09.2016)
7. Конституція України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення 27.09.2016)
8. Преамбула. Устав ООН. URL: <http://www.un.org/ru/sections/un-charter/preamble/index.html> (дата звернення 27.09.2016)
9. Радхакришнан С. Индийская Философия. URL: http://royallib.com/book/radhakrishnan_sarvepalli/indiyskaya_filosofiya_tom_1.html, с. 127; (дата звернення 21.02.2016)
10. Садохин А. Введение в теорию межкультурной коммуникации: учебное пособие/ А. П. Садохин.— М.: КНОРУС, 2014.— с. 256.
11. Філософія прав людини/ За ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої.— К.: Ніка-Центр, 2012.— 320 с.
12. *Цивілізаційні виміри моральності: зміна парадигм/ За ред. В. Малахова.— Київ, 2007.— с. 158.*

МІСЦЕ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У СВІТСЬКІЙ ДЕРЖАВІ (НА ПРИКЛАДІ ПРАВОСЛАВНИХ ЦЕРКОВ)

С. Цебенко

*Навчально-науковий інститут права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»,
м. Львів, вул. Князя Романа, 1/3, e-mail: atombd@ukr.net*

Свобода совісті висвітлюється як одне з найважливіших прав людини. У юридичній літературі свободу віросповідання розглядають як природне право людини, що полягає у можливостях людини щодо вчинення таких діянь, за допомогою яких приймаються, змінюються або сповідується релігійні або інші переконання [1, с. 40].

У конституціях більшості демократичних країн світу гарантується право на свободу світогляду та віросповідання. Проте, на думку М. Бабія, сьогодні світ ще не позбувся релігійної нетерпимості та переслідувань за релігійною ознакою, тому принципи свободи релігії хоч і легітимізовані, але, на жаль, часто залишаються декларативними [2, с. 10-11]. Відповідно, реалізація права на свободу віросповідання тісно пов'язана з повагою до інших людей та шануванням їхніх релігійних поглядів та почуттів.

Право на свободу совісті та віросповідання людина може реалізувати як самостійно, так колективно. Тому варто звернути увагу на місце релігійних організацій в політичній системі суспільства.

Більшість сучасних демократичних країн світу, як і Україна, є поліконфесійними, тому і декларують відокремленість церкви від держави.

Щоправда стосовно цього питання і сьогодні тривають різні дискусії, адже і держава, і церква, намагаються різними способами впливати на людину, формувати її свідомість та поведінку. Є фактично три варіанти визнання релігійних організацій у тій чи іншій країні: 1) наявність державної релігії; 2) існування традиційної релігії; 3) визнання держави світською і рівноправність усіх релігійних організацій на її території.

На думку деяких фахівців, необхідно розрізняти статус державної релігії і традиційної релігійної організації. Про існування державної релігії може свідчити наступне: державне фінансування всіх її видатків, управління державними справами здійснюють державні чиновники; служби в тюрмах та в освітніх закладах мають право вести тільки священики державної релігії, а також тільки такі священики запрошуються на офіційні державні заходи тощо. Прикладом державної релігії в Європі

можна назвати церкву Норвегії, а традиційної релігії: в Англії — англійсько-канська, в Ізраїлі — юдейська, в Болівії та Аргентині — римська апостольська католицька церква [3].

Кожна Помісна Православна Церква (далі — ПЦ) має своє бачення стосовно державно-церковних відносин, наприклад, Болгарська і Російська ПЦ вважають, що співробітництво між державою і церквою повинні базуватися на тому, що держава визнає реальний релігійний вибір своїх громадян (у тому числі й свободи віросповідання) і підтримує його, а релігійні громади сприяють державі в її суспільно корисних діях [4].

Стосовно країн, на території яких більшість населення сповідує православно релігії, то в одних країнах, таких як Україна, Росія, Сербія, держава відокремлена від церкви, а в інших — православна церква має або особливий статус (Грузія, Болгарія), або визнається державною релігією (Греція).

У Сербії взаємовідносини між державою і церквою також будуються на принципі їх відділення одне від одного, але церкві надається почесне місце у суспільстві, оскільки саме вона має найтісніший зв'язок з народом і змогла зберегти його самобутність тоді, коли цього не змогла зробити держава [5].

У Чехії збережений підхід до церкви як до частини культурної спадщини, можливо тому держава хоч офіційно і відокремлена від церкви, але всім священнослужителям усіх зареєстрованих конфесій із державного бюджету виплачується заробітна плата. У Словаччині введена практика укладення договору про підтримку церкви державою [6].

У Грузії в жовтні 2002 року укладений на найвищому рівні Конституційний договір між державою Грузія та Грузинською Апостольською Автокефальною ПЦ, який регулює взаємовідносини між сторонами та підтверджує готовність до їх співпраці, а також надає право укладення між ними договорів у різних сферах життя [7].

Румунська ПЦ відмовилася від закріплення в законодавстві її статусу як «національної» релігії, оскільки проти цього були інші конфесії на території держави, а також європейська спільнота, вважаючи що це суперечило б європейським стандартам, хоча за переписом у 2002 році 86,7% осіб визнали себе православними християнами [8].

У Болгарії перепис показав, що 83% населення країни є православними християнами, тому на законодавчому рівні було визнано православ'я традиційною релігією, і в законі про релігійні організації 2002 року був закріплений особливий статус Православної Церкви в країні [9].

У Греції православна церква має статус державної релігії, що чітко закріплено у статті 3 Конституції 1975 року. Окрема стаття Конституції

Греції (ст. 105) присвячена статусу Святої гори Афон [10, с. 13-17]. Крім того, що статус державної релігії закріплено на конституційному рівні, це простежується і в наступному: 1) хрещення і вінчання у цій країні юридично прирівнюються до цивільних актів реєстрації народження та шлюбу; 2) православні священнослужителі отримують зарплату із державного бюджету, маючи при цьому ряд пільг (наприклад, звільнення від воєнної служби); 3) при вступі на посаду державні чиновники, зокрема уряд і президент, складають присягу на Біблії в присутності духовенства; 4) у державних загальноосвітніх навчальних закладах викладається Закон Божий. Статистика показує, що 40% населення Греції підтримують ідею відокремлення держави від церкви, 33% — проти, інші — не визначились [11]. Також в Конституції Греції 1975 р. міститься цілий ряд статей, які регламентують відношення до монастирських земель і майна [3].

Щодо України, то на думку Л. Филипович, найпопулярнішим стереотипом є уява про Україну як православну державу, хоча жоден законодавчий акт не фіксує державний статус православної церкви; сама церква також не заявляє про те, що православ'я є державною релігією (але деякі ідеологи і партійні лідери, що підтримують цю церкву, озвучують такі думки) [12, с. 422]. Загалом ситуація стосовно релігійного життя в Україні бажала б бути кращою, оскільки в нашій державі немає офіційно-визнаної Української Помісної ПЦ, а є фактично розкол між трьома гілками: між Українською ПЦ (яка фактично є в складі Російської ПЦ), Українською Автокефальною ПЦ та Українською ПЦ Київського Патріархату. Також необхідно згадати і про те, що в євхаристійному єднанні і юрисдикції Константинопольського Патріарха є Українська ПЦ США і Канади [13, с. 321]. Деякі вчені вважають, що православ'я в Україні не може претендувати на роль не тільки державної, але й загальнонаціональної ідеології, оскільки Україна є поліконфесійною країною [14, с. 131].

Хоча цього року Верховна Рада України звернулася до Патріарха Константинопольського Варфоломія з проханням про надання автокефалії православної церкві в Україні, в якому зазначила, що в Україні «Московський Патріархат сприймається багатьма громадянами нашої держави як моральний співучасник російської агресії та гібридної війни проти України ... і лише автокефальний статус може стати основою для подолання існуючого нині в нашій країні церковного поділу» [15]. Щоправда УПЦ (МП) таке звернення вважає порушенням норм чинного законодавства України, оскільки церква відокремлена від держави [16].

Принципами, на основі яких повинні будуватися взаємовідносини держави і церкви, на думку деяких науковців, є, зокрема: 1) відокрем-

лення релігійних об'єднань від держави; 2) однакове (рівне) відношення держави до всіх конфесій; 3) підкорення релігійних об'єднань приписам закону; 4) недопустимість наділення релігійних об'єднань державними повноваженнями; 5) невтручання держави у справи церкви і церкви у справи держави; 6) світськість державної освіти [17, с. 51].

В українській юриспруденції вважається, що коли держава визнає себе відокремленою від церкви, тоді при вирішенні проблеми офіційного державного ставлення до тієї чи іншої релігії, необхідно враховувати наступні положення: 1) держава має бути світською; 2) держава мусить у законодавстві чітко окреслити межі свого втручання (межі впливу, сприяння, протидії та ін.) у сповідування будь-якої віри, у діяльність релігійних та атеїстичних організацій, виходячи із загальнолюдських цінностей і прав людини; 3) держава не повинна надавати матеріальної підтримки або в іншій формі активно виявляти свою прихильність до будь-яких релігійних організацій, а також до організацій атеїстичного спрямування; 4) позитивна діяльність держави щодо різних конфесій має бути обмежена: а) обліково-реєстраційною діяльністю на основі повідомного (заявницького) принципу; б) нейтральним арбітруванням у разі виникнення міжконфесійних суперечок, конфліктів з майнових та деяких інших неідеологічних питань — за умови звернення цих організацій до відповідних юрисдикційних державних органів і беззастережного визнання обов'язковості рішень останніх; 5) держава має законодавчо визначити межі діяльності, фізичної поведінки (проте аж ніяк не думок, не віри), поза які не можуть виходити прихильники будь-якої релігії або іншої віри, відповідно до міжнародних стандартів цих меж; 6) держава повинна здійснювати контроль за додержанням законності (законів) з боку віруючих усіх конфесій, усіх релігійних і атеїстичних організацій, та притягувати до юридичної відповідальності тих із них, хто порушив чинне законодавство [18, с. 448].

Деякі науковці стверджують, що держава не повинна ставити перед собою завдання подолати міжконфесійні суперечки [1, с. 49-50; 19, с. 186; 20]. Інші — говорять про те, що світський характер не сприяє запровадженню взаємовідносин «симфонії влад» між церквою (православною) і державою, що передбачає взаємне визнання, повагу і згоду [21, с. 14-15], адже саме така симфонія є гармонійною взаємодією між ними і, як вважається у православ'ї, «має бути покладеною в основу відносин Церкви й держави» [22, с. 164].

Також у літературі висловлюються думки про можливість надання розширеної правосуб'єктності деяким релігійним організаціям, ствер-

джуючи, що законодавство України говорить про рівність релігійних організацій перед законом (рівність вимог закону до всіх релігійних організацій), а не про рівноправ'я релігійних організацій (наділення рівним обсягом прав і обов'язків порівняно з іншими суб'єктами) [23, с. 113].

Справедливо вважає О. Вовк, що принцип світськості держави вимагає обмеженого впливу церкви на державні органи. Тобто церква повинна залучатись, проте обмежитись фактично «дорадчим голосом», при формулюванні законодавчих положень щодо свободи совісті, діяльності релігійних організацій, релігійної освіти, соціальних функцій церкви чи правозастосовної діяльності у цій сфері [19, с. 111-112]. Наприклад, у Греції в 2008 році було проведено опитування і 88,7% респондентів відповіли, що хочуть, щоб настоятель Елладської ПЦ вирішував питання соціальної нерівності; питання наркоманії (88,6%), здоров'я (82%), освіти та навколишнього середовища (77,4%), безробіття (72,8%) і корупції (60%) [24].

Секулярний характер української держави проявляється, зокрема, через: конституційне закріплення відокремлення держави від церкви і школи від церкви; державну реєстрацію релігійних організацій із наданням їм статусу юридичної особи; відсутність державної релігії; державний контроль за дотриманням законодавства про свободу совісті та релігійні організації; не отождолення себе з жодною релігійною організацією; не підтримання будь-якої сторони у міжрелігійних конфліктах; держава не втручається і не фінансує діяльність будь-яких релігійних організацій. Тобто ні владні органи не обтяжують себе зобов'язаннями релігійного характеру, ні церква не бере на себе державних функцій.

У будь-якому разі держави, з метою збереження стабільності та добробуту в суспільстві, зобов'язані встановити специфічний механізм регулювання діяльності релігійних організацій.

Отже, держави, частина населення яких сповідує православ'я, на власний розсуд вирішують питання про місце церкви у суспільстві та взаємодію цього інституту із державними органами влади. Звичайно, і держава, і церква мають відповідні сфери впливу на людину, формують її свідомість та поведінку. У зв'язку з цим державі варто враховувати рекомендації церкви щодо деяких питань (зокрема, щодо свободи совісті чи соціальних функцій держави). А для цього Україні варто налагодити взаємодію (співпрацю) між державою і церквою, можливо, шляхом укладення двосторонніх чи багатосторонніх договорів на державному рівні чи шляхом створення концепції державно-церковних відносин.

Також Україні, вирішуючи питання державно-церковних відносин варто враховувати і норми міжнародних актів, в яких йдеться про

те, що реалізація свободи совісті та віросповідання полягає у вільному обранні людиною світоглядних орієнтирів свого життя: у міжнародних стандартах цей вибір надається кожній людині, крім того, дозволяється змінювати релігійні погляди. Також міжнародні стандарти забороняють примусове нав'язування будь-яких переконань, закріплюючи принцип ідеологічної багатоманітності та надаючи людині свободу вибору власного світогляду чи віросповідання. Відповідно до міжнародних стандартів взаємовідносини держави з церквою повинні будуватися на принципі нейтралітету держави щодо релігії та рівності перед законом усіх конфесій, тобто на міжнародному рівні визнано, що держава зобов'язана зареєструвати будь-які релігійні організації, котрі відповідають встановленим законодавчим вимогам.

Це дуже важливо, щоб статути релігійних організацій відповідали вимогам законодавства тієї країни де вони хочуть бути зареєстрованими. Наприклад, нещодавно голова Департаменту у справах релігії та національностей при Міністерстві культури Андрій Юраш дав роз'яснення щодо звинувачень у тому, що Міністерство «не реєструє і створює перешкоди для повноцінної діяльності новоутворених чи перереєстрованих підрозділів Української православної церкви, яка перебуває в єдності з Московським патріархатом», звернувши увагу на те, що статути таких організацій в деяких своїх положеннях не відповідають українському законодавству [25].

Крім того, держава, закріплюючи у національному законодавстві право на свободу совісті, повинна обов'язково гарантувати дотримання принципів законності та взаємного невтручання держави і релігійних організацій у справи один одного, а православні церкви, даючи моральну оцінку тим чи іншим подіям та ситуаціям, не мають вдаватись до штучного розпалювання будь-якої ворожнечі чи порушення прав людини. За жодних обставин владі не варто ні де-факто, ні де-юре спеціально виводити одну з релігійних організацій на рівень «державної церкви» та відкрито надавати їй перевагу на протигагу іншим релігійним організаціям.

Список використаних джерел

1. Ярмол Л. В. Свобода віросповідання: юридичне забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження) / Л. В. Ярмол // Праці Львів. лабораторії прав людини і громадянина Наук.-дослід. ін-ту держ. будівництва та місцевого самоврядування Акад. правових наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) [та ін.].— Львів, 2006.—192 с.— (Сер. I. Дослідження та реферати; вип. 8).

2. Бабій М. Свобода совісті та свобода релігії: сучасна парадигма / М. Бабій // Релігійна свобода: наук. щоріч. відділення релігієзнавства ін-ту філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України: зб. наук. ст. з теми «Свобода релігії і демократія — старі і нові виклики» / за заг. ред. д-ра філос. наук А. Колодного. — К.: УАР, 2010. — № 15. — С. 10-16.
3. Понкин И. В. Правовой статус традиционных религий. Мировой опыт [Электронный ресурс] / И. В. Понкин. — Режим доступа: <http://orthodoxia.org/lib/1/1/5/20.aspx>.
4. Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення у справі «Святий Синод Православної Церкви Болгарії»: від 22 січня 2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO5622.html.
5. Церковь — столп и утверждение сербского народа [Электронный ресурс]: (интервью корреспондента газеты Сербской Патриархии «Православие» с президентом Республики Сербской (Босния и Герцеговина) господином Драганом Чавичем; 23 сент. 2005 г.). — Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/41073.htm>.
6. Интервью с Высокопреосвященнейшим Христофором, Архиепископом Пражским и Чешских земель [Электронный ресурс]: (13 окт. 2001 г.) — Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/39877.htm>.
7. Конституционное соглашение между грузинским государством и Грузинской Апостольской Автокефальной Православной Церковью: от 14 октября 2002 года // Поместные Православные Церкви. — СПб-М.: Изд-во Стретенского Монастыря, 2004. — С. 221-226.
8. Румынская Церковь отказывается от статуса национальной [Электронный ресурс]: (13 июня 2006 г.). — Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/40317.htm>.
9. В Болгарии принят закон закрепляющий особый статус Православной церкви [Электронный ресурс]: (3 янв. 2003 г.). — Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/40277.htm>.
10. Лафитский В. И. Религия и право в современном мире / В. И. Лафитский // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2009. — № 4. — С. 13-17.
11. Элладская Православная Церковь протестует против запрета исповеди в школах [Электронный ресурс]: (Афины, 7 сент. 2006 г.) — Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/41263.htm>.
12. Филипович Л. О. Стереотипи в релігійній сфері: різноманітність змістів і одноманітність форм / Л. О. Филипович // Українські наукові записки. — 2009. — № 3 (31). — с. 419-423.
13. Бурмило І. Історія Церкви. / І. Бурмило, протоіерей. — Чернівці: Книги — XXI, 2007. — 424 с.

14. Андрієнко О. В. Православ'я як об'єкт та фактор соціальних трансформацій у посткомуністичній Україні / О. В. Андрієнко // Наука. Релігія. Суспільство.— 2004.— № 4.— С. 129-136.
15. Про звернення Верховної Ради України до Його Всесвятості Варфоломія, Архієпископа Константинополя і Нового Риму, Вселенського Патріарха щодо надання автокефалії Православній Церкві в Україні: Постанова Верховної Ради України від 16 черв. 2016 р. [Електронний ресурс].— Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1422-19>
16. Зібрання окремих православних церков не стане великим і святим всеправославним собором — його рішення не матимуть все православного значення: інтерв'ю Митрополита Онуфрія; 15 черв. 2016 р. [Електронний ресурс].— Режим доступу: http://risu.org.ua/ua/index/monitoring/society_digest/63694/
17. Дворникова О. А. Религия и закон: проблемы взаимодействия / О. А. Дворникова // Журнал российского права.— 2009.— № 7.— С. 45-58.
18. Рабінович П. Чинне і проєктоване законодавство України про свободу світогляду і віровизнання у світлі положень статті 9 Конвенції про захист прав людини та основних свобод / П. Рабінович // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст; за ред. О. Л. Жуковської.— К.: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004.— С. 445-458.
19. Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення: монографія / Д. О. Вовк.— Х.: Право, 2009.— 224 с.
20. Малюська В. Трансформаційна парадигма державно-церковних відносин в Україні [Електронний ресурс] / В. Малюська // Державне управління та місцеве самоврядування: зб. наук. пр.— 2011.— № 1 (8).— Режим доступу до журн.: http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Dums/2011_1/11mvacvu.pdf.
21. Бальжик І. А. Відносини держави і церкви: «симфонія влад»: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Бальжик Ірена Анатоліївна.— Одеса, 2007.— 19 с.
22. Оборотов Ю. М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти: дис. ... д-ра юрид. наук / Оборотов Юрій Миколайович.— Одеса, 2003.— 380 с.
23. Кривенко Ю. В. Види релігійних організацій [Електронний ресурс] / Ю. В. Кривенко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]; відпов. за вип. Ю. М. Оборотов — Одеса: Юрид. л-ра, 2009.— Вип. 51.— С. 109-114.— Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Apdip/2009_51.pdf.

24. Большинство греков желают продолжения церковного курса покойного Архиепископа Христодула [Электронный ресурс]: (Афины, 5 февр. 2008 г.).— Режим доступа: <http://www.pravoslavie.ru/orthodoxchurches/41468.htm>.
25. Юраш А. УПЦ (МП) не хоче йти на співпрацю з нами [Електронний ресурс]: (08 серп. 2016 р.).— Режим доступа: http://www.ukrinform.ua/rubric-other_news/2063569-upc-mp-ne-hoce-jti-na-spivpracu-z-nami.html

К ПРОБЛЕМЕ ИЗУЧЕНИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ

С. Шевцов

*Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
м. Одеса, вул. Дворянська, 2, e-mail: sergiishevtsov@gmail.com*

Действительно ли право бывает разным, при условии, что оно остается при этом правом? М. Герхардт, американская исследовательница, в своем анализе цикла сказок «1001 ночи» [1] рассматривает среди прочих сюжеты, связанные с правом. Большую их часть составляют плутовские истории и истории о разбойниках (самая известная из которых — «Али Баба и сорок разбойников»). Для анализа представленного в сказках правового мышления значительно интереснее детективные истории или истории о расследовании преступлений (их всего три) и «рассказы очевидцев» о преступлениях. К последним отнесены два схожих между собой цикла — «Ал-Малик ан-Насир и три начальника стражи», «Ал-Малик аз-Захир Рукн ад-Дин Байбарс ал-Бундукдари¹ и шестнадцать начальников стражи». Образ права, представленный в этих сказках, и формы отношения к нему чрезвычайно интересны и разительно отличаются от принятого в европейской традиции. Статья посвящена попытке раскрыть черты права и правового сознания, представленных в повествовании. В силу рамок, накладываемых объемом статьи, мы сосредоточим внимание на анализе только одной, но, как представляется, наиболее показательной сказки — историей одиннадцатого начальника стражи из второго цикла, сокращенно именуемого обычно «Байбарсом (Бейбарсом)». В русском издании «1001 ночи» эта сказка, как и весь цикл, в который она помещена, отсутствует, поэтому буду опираться на текст, представленный в «Искусстве повествования» [1, с. 154]².

¹ Так его транслитерирует в тексте М. Герхардт переводчик А. И. Матвеев. В современной русской транскрипции это имя принято писать иначе, приведем полный вариант имени — аль-Малик аз-Захир Рукн ад-дунийя ва-д-дин Бейбарс аль-Бундукдари ас-Салих (1223/5-1277), более известный как Бейбарс I, один из организаторов захвата власти в Египте мамлюками в 1250 г., истинный основатель мамлюкского государства, с 1260 г. — мамлюкский султан Египта и Сирии, прозванный Абуль-Футух («Отец побед»). Ему посвящен анонимный эпос «Сират аз-Захир Бейбарс».

² Серия сказок «Байбарс и шестнадцать начальников стражи» отсутствует в основных первых изданиях сказок «1001 ночи» [2; 3; 4], он есть только в издании [5], дополненном, по словам редактора М. Хабихта, по

Предварительно отметим несколько деталей. Цикл «Байбарс и шестнадцать начальников стражи» считают расширенным продолжением другого цикла — «Ал-Малик ан-Насир и три начальника стражи», так как оба имеют одну и ту же рамочную конструкцию [1, с. 151]. Оба цикла относят к позднему египетскому периоду¹ [1, с. 151], что определяется не только именами султанов (султана Ал-Малика ан-Насира идентифицировать нет возможности, так как это имя носили несколько султанов), но косвенным, а иногда прямым указанием некоторых историй на то, что действие происходит в Египте, чаще всего — в Каире. Очевидно, образ султана Бейбарса в сказках создавался уже после его смерти (1277 г.), М. Герхард присоединяется к мнению, что сказки скорее всего сложились в Каире и несут отпечаток эпохи правления черкесских мамлюков (Бурджитов) (1382-1517) [1, с. 152]. В поддержку своего взгляда она ссылается на О. Решера, упоминающего данную сказку среди его примеров негативного отношения в «1001 ночи» к евреям, и характеризовавшего эпоху ее создания как время, «когда стали распространены коррупция, праздность и аморальность, особенно в исполнительных органах государственной власти (ausführenden Organen der öffentlichen Gewalt)» [7, с. 80]. Кроме того, хотя в собрании сказок «1001 ночи» специалисты различают несколько слоев (персидские сказки X века или ранее с заметным индийским влиянием, багдадские сказки X — XII веков, египетские сказки с XI по XIV) [1, с. 13], сборник в позднейшее время перерабатывался в Египте и заимствованные сказки наделялись чертами, знакомыми для египетских рассказчиков и слушателей. «Mille et une nuit» А. Галлана (двенадцать томов, изданных в 1704-1717 гг.), открывшая европейцам этот источник и сразу сделавшая его популярным настолько, что и современные издательства вынуждены с ним считаться, основывалась на рукописях египетской переработки и содержащих черты быта, знакомые аудитории мамлюкского Египта XV столетия [11, с. 141]. Таким

туниской рукописи [6, с. 743]. Эти дополнения не всегда включают в издания «1001 ночи». Он есть у Р. Бартона [8, с. 3-63], есть в переводе Литмана [9, т. 4, с. 810-865], в русском переводе М. Селье [10] и последующих его воспроизведениях этого цикла нет.

¹ Сказки «1001 ночи» создавались на протяжении длительного периода, начиная с IX века [6, с., 17]. Древнейшую известную рукописную запись датируют XV веком [6, с. 18], но сборник в XVIII в. еще модифицировался, его полного текстуального единства достичь так и не удалось, первые арабские издания его относятся к началу XIX века. «Поздний египетский период» — размытое понятие, охватывающее время с XIV века до XVIII.

образом мы можем говорить о попытке заглянуть в правосознание простого мусульманина XV — XVI веков в Египте под управлением мамлюкских султанов. Начальник стражи — это начальник отряда личной гвардии султана, в обязанности которых входило обеспечивать порядок в городе, то есть выполнять функции современной полиции.

Итак, текст сказки: «Не так давно жил один начальник стражи. Как-то он увидел еврея, несшего в руке корзинку, в которой было пять тысяч динаров. Тогда этот начальник стражи сказал своему невольнику: «Сумеешь ли ты добыть деньги из корзины этого еврея?» — «Да», — ответил тот и уже на следующий день принес корзину хозяину. «Тогда я сказал ему, — так рассказывал сам начальник стражи» — иди закопай эти деньги в таком-то месте». Невольник повиновался приказу, а потом вернулся и доложил мне. Не успел он закрыть рта, как послышался громкий шум и вошел еврей в сопровождении придворного и заявил, что деньги принадлежали султану и что он заставит нас за это ответить. Как принято, мы попросили срок три дня, и я сказал невольнику, принесшему деньги: «Иди положи еврею в дом что-нибудь такое, чтобы ему некогда было совать нос в чужие дела!» И он пошел и сыграл с ним шутку, ибо он положил в корзину руку мертвой женщины, окрашенную хной и с золотым кольцом с печаткой. Ион спрятал корзину под трубой в доме еврея. И мы отправились туда, обыскали дом, нашли корзину и тут же закопали еврея в кандалы за убийство женщины. Но когда истекал трехдневный срок, явился этот придворный и сказал: «Султан приказывает: распните еврея и найдите деньги, пять тысяч золотых монет не могли потеряться». И мы поняли, что незачем было придумывать трюк. Я вышел на улицу и, когда увидел юношу из Хаурана, присмотрелся к нему, арестовал, раздел и высек. И надел на него железные оковы и отвел его в дом начальника полиции; там я снова его высек и сказал людям: «Вот вор, укравший деньги!» Мы пытались заставить его признаться, но он ни в чем не признался» [1, с. 152].

Заключительную часть исследователь пересказывает своими словами: «Юный чужеземец, избитый до потери сознания, неожиданно говорит: «Я найду вам деньги»; он ведет начальника стражи и его подчиненных туда, где зарыты деньги и выкапывает их. Когда у него просят объяснений, он рассказывает, как накануне его прокляла набожная старуха-мать, которую он бил. Но, лежа в обмороке, он внезапно услышал голос, приказывавший ему пойти разыскать деньги и направивший его к указанному месту. (По-видимому, имеется в виду, что мать простила его и в награду за ее набожность ему было ниспослано нечто вроде чуда.)

Затем начальник стражи вылечивает его раны и просит у него прощения, «понимая, что он принадлежит к числу угодных богу»» [1, с. 153-154].

Чрезвычайно интересно, как комментирует события сказки сама Миа Герхардт. Полицейский, рассказывающий эту историю, по ее мнению, «по-видимому, даже не сознает, что все время сам играет преступную роль; а его рассказ с удовлетворением повторяют его коллеги, очевидно не опасаясь кого-либо шокировать» [1, с. 152]. «В скорее документальных и реалистических, чем придуманных, историях начальников стражи сообщается о преступлении как одной из форм бизнеса в большом городе... (...) В целом возникает довольно мрачная картина, однако начальники стражи рассказывают ее с великолепным бесстрашием. Их позиция не столько цинична, сколько проникнута безразличием к морали и ленью ума» [1, с. 151]. «Лень ума» возникает здесь, видимо, в силу того, что начальники стражи не предпринимают усилий для разыскания настоящих преступников, а ограничиваются формальными действиями. Это при том, что в принципе расследование возможно: «В двух незамысловатых сказках («Вор и купец» и «Али Хаваджа») представлена «совершенно определенная и относительно редкая тема — триумф чистой логики и здравого смысла в повседневной ситуации» [1, с. 150-151].

Далее делаются выводы более общего характера: «В большинстве сказок из рассмотренных здесь серий показано, что преступление и коррупция не пересекаются и не наказываются. Для современного читателя это делает их не только поразительными документами социальных условий, но и чем-то бессмысленными как сказки: они кажутся извращениями жанра, к которому принадлежат» [1, с. 153]. С этими утверждениями трудно согласиться. Во-первых, преступление и коррупция все-таки наказываются, что отмечает далее сама исследовательница, приписывая эту черту, судя по всему, общей человеческой природе: «Любопытно, однако отметить, что в этих нелепых аморальных историях порой проявляется потребность завершить все благополучно» [1, с. 153]. Во-вторых, хотя сказки, безусловно, являются свидетельствами своей эпохи, но свидетельства эти требуют особой осторожности. «Сборник повествований «Тысячи и одной ночи» как источник по социальной истории является проблематичным» [11, с. 139], — пишет автор, который как раз собирается использовать «1001 ночь» в качестве источника для рассмотрения повседневной жизни в период мамлюков. Мухсин Махди, ирано-американский арабист, разоблачитель Галлана и издатель «1001 ночи», сформулировал еще более категоричный взгляд, что истории сборника не могут быть использованы для знакомства с нравами и обычаями вос-

точных обществ, так как повествуют о действиях персонажей в экзотических местах в столь же отдаленные экзотические времена [12, т. III, с. 180]. Хотя такой взгляд все же чрезмерно ригористичен, и сказка какую-то информацию об эпохе, несомненно, сообщает читателю (слушателю), относиться к ней нужно чрезвычайно осторожно. В-третьих, совсем трудно согласиться с тезисом о бессмысленности и извращении жанра, но это остается во многом вопросом вкуса.

Больше всего М. Герхардт удивляет принятие такой концовки — «очевидно, как это ни странно, подобная развязка представлялась удовлетворительной. (...) Моменты, на которых рассказчик не останавливается более, — ненаказанный вороватый начальник стражи и дальнейшая судьба злополучного еврея, — очевидно, считались слишком незначительными, чтобы кого-либо волновать» [1, с. 154].

Мы так обстоятельно изложили взгляд американской исследовательницы, потому что он представляется весьма показательным и заслуживает сам стать предметом анализа. Рассматриваемый здесь сюжет и весь данный цикл не часто становились предметом анализа. Энциклопедия «1001 ночи» 2004 [6, с. 124] года упоминает лишь пять авторов, в том числе и М. Герхардт, упоминавших в своих исследованиях о цикле «Байбарс и шестнадцать начальников стражи»: [13, т. 7, с. 138(–147), ном. 408-426; 14, с. 369; 15; 16; 17, с. 81-83], и только одного [6, с. 157] в связи с рассказом одиннадцатого начальника стражи [13, с. 144, ном. 419] (при этом почему-то не упоминается М. Герхардт). Ни один из названных авторов не предлагает правового анализа данного сюжета, например, В. Шовен только кратко пересказывает его, а У. Клоустон предлагает комментарий, который стоит того, чтобы его привести целиком (речь идет обо всем цикле): «Мы должны, я думаю, отнести эту группу сказок к подлинным рассказам о подвигах египетских жуликов (sharpers). Со времен Геродота до настоящего времени Египет породил самых опытных воров в мире. Полицейские, как правило, не проявляют способность справляться с их фокусами, которые они так хорошо пересказывают; но ведь и наши домашние “бобби” не отличаются догадливостью» [14, с. 369]. Конечно, эти вопросы затронуты другими авторами в связи с другими сказками «1001 ночи», но ни одного правового анализа в буквальном смысле, тем более, анализа правосознания нам найти не удалось.

Прежде чем переходить к анализу правосознания, выраженного в изложенной выше сказке (вопрос о том, соответствовало ли оно реальному отношению к праву рассказчика и слушателей, мы пока отложим), начнем с более легкой задачи — посмотрим, как следовало бы класси-

фицировать действия начальника стражи с точки зрения права его времени. Для европейской страны это была бы непростая задача, так как мы не знаем точно ни страны (Египет периода правления мамлюкских султанов — все же только гипотеза), ни времени. Но для мусульманского права это вполне осуществимо в силу особенностей этой правовой системы, о чем тоже следует предварительно кратко сказать.

Мусульманская правовая система — феномен уникальный в мировой культуре. Мусульманское право по-настоящему стало предметом изучения европейскими учеными во второй половине XIX века и к середине следующего, XX века, сформировалась господствующая парадигма его понимания. Основным источником мусульманского права (*шариата*, что буквально означает дорогу к источнику) является Коран. Эта правовая система направлена прежде всего на спасение верующего, его основная задача — указать ему праведный путь жизни. Поэтому часто говорят, что мусульманское право — это прежде всего религия, а у же затем — государство и культура [18, с. 11]. Коране можно найти только исходные принципы шариата [18, с. 11, 14; 19, с. 2-4; 20, с. 66], поэтому мусульманское право опирается еще на несколько источников, прежде всего на *сунну* — действиям и разъяснениям, данным Пророком Мухаммедом. Сунна зафиксирована и передана через *хадисы* — рассказы и свидетельства очевидцев того, что делал и говорил Пророк [21, с. 120-121]. Такого рода свидетельства требуют истолкования, что создало третий источник шариата — *иджму*, единогласие верующих по тому или иному вопросу. Относительно того, как достигается единогласие, существует расхождение между суннитами, которые считают основным инструментом *кийас*, суждение по аналогии, и шиитами, отдающими предпочтение *'альму* — разуму [21, с. 116]. В том или ином плане эти четыре источника признают все исследователи [22, с. 112; 19, с. 1-5; 18, с. 12-14; 20, с. 67-69; 23, с. 183-187; 24, с. 15-16; 25, с. 14-18].

В мусульманском праве традиционно выделяют два основных понятия — *шариат* и *фикх*, иногда их считают синонимами, но здесь мнения расходятся до противоположных [20, с. 32]. В данном случае под *фикхом* мы будем понимать осмысление Корана и сунны в правовых категориях (хотя практическое значение было его составной частью), а под шариатом сами нормы поведения для мусульман, но на самом деле между ними существует более тесная связь¹. Мусульманское право формиру-

¹ В целом *фикх* рассматривается как органичное продолжение положений *шариата* [27, с. 13].

валось как практическое осмысление религии ислама, в значительной мере оно было сформулировано теологами-правоведами, Д. Шахт считал мусульманское право замечательным примером «права юристов» [19, с. 5]. Согласно традиционной точке зрения, первые века после смерти Пророка были веками бурного развития *иджтихада* — свободно толкования судей (кадиев), после X века происходит «закрытие врат иджтихада» и постепенное окостенение мусульманского права. Различия в толкованиях сформировало правовые школы (*мазхабы*), к X веку уже завершается канонизация главных из них — четырех суннитских (ханафитской, маликитской, шафиитской и ханбалитской) и шиитской (джафаритской), которой придерживаются большинство шиитов. По мнению большинства исследователей, различия между школами не очень существенные, для не-мусульманина могут быть вовсе незаметными. Мусульманское право распространяется только на мусульман, хотя предписывает формы поведения по отношению к не-мусульманам. До конца XIX исключалась мысль о возможности национального права для мусульманского государства, право могло быть только общемусульманским. Более того, мусульманское право в целом рассматривалось как вечное, неизменное, противостоящее всяким влияниям извне. Эта модель мусульманского права нашла, наверное, наиболее полное свое воплощение в работе Д. Шахта [19, с. 76-85]¹. Только с середины XIX столетия началось взаимодействие мусульманского права с европейскими правовыми системами [26, с. 263] — процесс, продолжающийся до сих пор и идущий прерывисто и непрямо. Принципиальное отличие между этими правовыми системами заключается еще и в том, что государство (любая государственная власть) при традиционном подходе, не может создавать законодательство, ее постановления не превышают статуса административных предписаний [19, с. 84; 27, с. 262].

Этот традиционный взгляд на развитие исламского права обуславливал и устоявшуюся парадигму рассмотрения правовой ситуации в Египте при правлении мамлюкских султанов (1250-1517), предположительном времени возникновения и распространения интересующего нас повествования «1001 ночи». Традиция характеризует этот период как

¹ Д. Шахт в создании этой модели испытал существенное влияние М. Вебера. Конечно, здесь, эта модель представлена грубо: например, Шахт признавал наличие изменений, но считал, что они направлены на теорию и усложнение правовой структуры, а не на позитивные нормы законодательства [19, с. 74].

эпоху правового упадка и коррупции, обусловленный как раз жесткостью и неизменностью мусульманского права, ограничением свободы судей и невозможностью для государства влиять на юридические нормы, часто трактуемые муфтиями в своих интересах. Выше было отмечено, что подобная картина, изображенная О. Решером [7, с. 80], служит подтверждением для М. Герхардт в ее выводах. Й. Нильсен, исследуя в своей монографии 1985 года действия светского судопроизводства в исламском государстве, представил жесткость и непрактичность исламского права прямой причиной коррупции правовых институтов мамлюкского султана [См.: 28, с. 71]. Автор исходил из модели, представленной Д. Шахтом, основные элементы которой, впрочем, были выявлены задолго до него¹. Значительное количество исследователей разделяют его точку зрения. Идеальный исламский закон оказывался чрезвычайно далек от практики и неспособен противостоять произволу властителей, а коррупция судей еще более усугубляли проблемы исламского сообщества. К. Моримото при исследовании тщетности усилий замечательного мыслителя Ибн Халдуна (1332-1406), последний период жизни проведенного в Каире, где он периодически занимал пост судьи (*кади*), утверждает, что суды использовались как инструменты политической легитимности решений правящей верхушки, а не как юридические институты [29, с. 113]. Л. Фернандес фиксирует другую сторону того же процесса — использование гражданской властью муфтиев с целью узаконить свои действия и распоряжения [30, с. 108]. Суд султана (*мазалим*), задуманный как своеобразный аналог апелляционного суда, по мнению А. Фуеса на практике был направлен исключительно на повышение политической легитимности власти, и его деятельность едва ли может быть отнесена к юридической сфере [32, с. 121-147]. Все это и многое другое вело к своеобразному процессу «приватизации справедливости», что подтолкнуло ряд исследователей к сравнению ее со «справедливостью» Дона Корлеоне и других главарей мафии [33, с. 70].

Однако в последние десятилетия появились работы, очень высокого уровня методов анализа и документальной доказательности (с учетом обнаружения и публикаций новых документов²), представляющие совершенно иную картину юридической практики в мамлюкском Еги-

¹ Принцип неприятия изменений в мусульманском праве отмечал еще Н.Е. Торнау [31, с. 7].

² В 80-х годах были обнаружены и открыты для исследования архивы исламского суда Иерусалима XIV века [28, с. 73].

петском султанате. В. Халлак аргументировано показал, какие именно стратегии позволяли взаимодействовать исламской правовой системе и светской власти, с помощью каких правовых и культурных институтов это взаимодействие осуществлялось и насколько успешным оно было в мамлюкском Египте [34]. Эта, по выражению Д. Рапопорта, во многом новаторская работа [28, с. 73] соединила в себе целый ряд отдельных исследований (статей) представленных ранее в течении более чем двух десятилетий, а опыт этих исследований позволил автору предложить несколько иную культурную модель мусульманского права (хотя и сохраняющую ряд черт модели Д. Шахта, например, тезис о независимости идеального мусульманского права от государства), в которой никогда не имело место сокращение власти судей (что подтверждалось данными обнаруженного архива), «врата иджтихада никогда не запирались» [34; 25]. Этот подход получил поддержку и дальнейшее развитие у многих историков, историков права и юристов, позже он отразился на работах культурологов и экономистов (К. Силт, А. Удовича, С. Варда, Д. Айгли, Н. Харама, Д. Рапопорта и др.). В исследованиях сторонников этого подхода гражданская и духовная власть сосуществуют в определенной синергии, что находит свое отражение и в существовании всего общества [25, с. 57 и сл.; 28, с. 74], в котором существовала и существует тесная связь между судебной практикой и юридической литературой [35]. Государство принимало активное участие в приспособлении норм и правил священного закона к существующей социальной практике, с другой стороны, духовная власть способствовала привнесению принципов ислама в гражданскую и административную сферы¹.

Еще одним следствием этого подхода было изменение представлений о мамлюкском Египетском султанате — он предстает теперь как развивающаяся структура, гражданская власть которой может рассматриваться в чисто правовых рамках, хотя и понимаемых несколько иначе [36], где свидетельства указывают не на коррупцию идеального и жесткого мусульманского права, а в большей мере на такую правовую систему, в которой государство принимает активное участие в адаптации Священного закона [28, с. 75]. Ряд правовых институтов мамлюкского Египта

¹ Нельзя исключать, что более глубокой причиной изменения отношения к мусульманскому праву и восприятию его послужило не столько открытие новых документов и совершенствование методологии исследования, сколько начавшийся несколько ранее рост влияния исламских государств в мире.

послужил образцом или просто был унаследован Османской империи и присутствует в правовой системе современной Турции.

Теперь мы можем вернуться к правовому анализу сказки. Как квалифицировать с точки зрения права поступок начальника стражи? Я обращаюсь к пересказу норм мусульманского права в работе Н. Торнау. Он опирается на несколько источников, в частности, в разделе «О насильственном или неправильном завладении» опирается на пять источников, относящихся к разным суннитским *мазхабам* (школам) и французским изложением М. д'Оссона норм Оттоманской империи. Вот что написано в этом разделе: «*Ггсеб* есть действие, по которому кто-либо, *ггасиб* без соблюдения правил шар'э (шариата. — С.Ш.) относительно приобретения прав собственности (...) — присваивает чужое имущество». Двумя строками ниже: «Захват чужой собственности не должен быть тайным, скрытым действием: ибо тогда *ггсеб* обращается в воровство...». Далее следует: «Всякий мусульманин обязан имуществом имуществом *мяггсуб* (незаконно приобретенное. — С. Ш.), коль скоро в том удостоверится, передать действительному, законному владельцу» [37, с. 438]. Пользоваться таким имуществом незаконно. Правда, в ханифитском *мазхабе* (правовой школе) считается незаконным не пользование, а завладение. И далее общее для всех школ: «наказание за *ггсеб* другого не полагается, как возвращение неправильно приобретенного имущества хозяину и ответственность за целостность оно, и в случае утраты, за стоимость оно» [37, с. 439].

Подавляющее большинство мусульманского населения Египетского султаната составляли сунниты, ханафитская школа была среди них влиятельнее остальных. Применим эти положения к событиям повествования. Горшок с пятью тысячами динариев был отобран начальником стражи у еврея, во-первых, не подлежащему юрисдикции мусульманского права, во-вторых, этот горшок и деньги в нем принадлежали не ему, а султану, которому и были возвращены. Даже если мы признаем само насильственное завладение незаконным (как это толкует ханафитская школа), за это действие не предусмотрено наказание. Различие между школами, по сути, в том, что считать незаконным — насильственное завладение и хранение, или только хранение. Наказание в обоих случаях одно — возвращение владельцу. С этой точки зрения действия начальника стражи были всецело правильными и законными — ведь мы не знаем, и он не мог знать, как еврей получил эти деньги и что собирался с ними делать. У него была изъята не принадлежащая ему собственность и после выяснения ее хозяина, возвращена хозяину.

Что касается отношения начальника стражи к еврею (подбрасывание ему отрубленной руки и, вероятно, его казнь) и к юноше из Хаурана, то процессуального кодекса мусульманское право не предполагает, здесь есть только намек на обычное право («как принято, мы попросили срок три дня»), эти условия были выполнены, поэтому предъявить нечего. Напомним еще раз, что еврей вообще не подлежит юрисдикции мусульманского права как неверный, а распоряжение о распятии было отдано халифом. Что касается невинно выпоротого юноши из Хаурана (Хауран, Хоран, Хавран — город на территории нынешней Сирии), то здесь мы можем предъявить оскорбление личности действием, но в мусульманском праве эта часть очень мало разработана, что отмечается многими исследователями, например, В. В. Бартольд пишет: «Характерная черта законодательства Корана чрезмерная заботливость о правах собственности и явно недостаточное внимание к правам личности» [22, с. 101]. Собственно предусмотрены только случаи убийства и то, в том плане, чтобы по возможности предупредить межклановую войну. Здесь же — подверг физическому воздействию, потом сам вылечил. Упреки в том, что при расследовании применяют к подозреваемым физическое воздействие, вероятно, стоит отложить — нельзя сказать, что мы избавились от этого в XXI веке, для XIV такой упрек звучать будет кощунством и лицемерием. Способ расследования, который М. Герхардт характеризует как «леность ума» [1, с. 151], может показаться странным и не очень гуманным — но в конечном итоге это вопрос оценки. В повести египетского писателя Туфика аль-Хакима (1898-1987) «Записки провинциального следователя» [38] действие происходит в 30-х годах прошлого, XX века в египетской провинции. Повесть написана по воспоминаниям, ее автор до того как стать писателем, в молодости действительно работал следователем в египетской провинции, герой неоднократно замечает, что его регламент и характер его работы не только не требуют, но даже не оставляют возможность проводить расследование и искать виновного в тех случаях, когда нет очевидности или фигура виновного не обрисовывается в первых же свидетельских показаниях. Следствие продолжается, но оно не имеет отношения к поискам виновного. В повести дается описание преступлений, но раскрытия их так и не происходит, все время и силы уходят на самые разные виды работ следователя, но расследования в традиционном для Запада стиле там нет. Изучение литературных обзоров и истории арабской и персидской литературы в XX веке, консультации с арабистами и литературоведами не дали результатов — произведений в жанре детектива в арабской и персидской литературе

я не нашел, хотя выяснил, что на западные детективы в мусульманских странах есть спрос, и их много переводят. Если сложить все сказанное, что мы получаем в чисто правовом измерении в отношении начальника стражи? Одно только возвращение денег хозяину — безупречное выполнение своих прямых обязанностей.

Иначе обстоит дело с точки зрения правосознания, которое мы будем понимать, как «осознание собственной природы (своей сущности) через механизмы ее реализации в социуме» [39, с. 361]. В данном случае мы можем предположить две линии идентификации своей природы начальником стражи — как мусульманина (это недвусмысленно выражено в сказке) и как государственного служащего, задача которого — обеспечение порядка. Что может увидеть он в этой ситуации такого, о чем стоит рассказать? Возвращение денег хозяину при таком угле зрения — мелочь, они и так бы вернулись к нему. А вот поступок по отношению к юноше из сирийского города — совсем другое дело. Да, начальник стражи не отрицает, что он преследовал чисто корыстный интерес — отнять горшок с золотом у еврея, но это действие в прямом смысле осталось безрезультатным для него, а вот косвенным образом — напротив, он примирил мать с сыном. Сын бил набожную мать и довел ее до того, что она его прокляла, видимо, после этого он был вынужден покинуть Хауран. Начальник стражи наказывает его «невинного» и тем самым возвращает на истинный путь, исправляет, мать, явившаяся ему, явно связана с потусторонним, божественным миром, так как обладает неземным знанием, знает, где спрятаны деньги. Начальник стражи своими действиями, преследующими совсем другие цели, все же возвращает уклонившегося верующего на праведный путь, примиряет его, во-первых, с матерью чисто по-человечески, во-вторых, с небесными силами, чему получает явное подтверждение. Он помимо своей воли оказывается вовлечен в чудо богоявления, своего рода епифанию, при этом его власть порядкустроителя дотягивается до Сирии (входившей при Бейбарсе в состав Египетского султаната). И здесь он выступает именно в роли установителя порядка — восстанавливает мир через наказание провинившегося (хотя поначалу не подозревает об этом). Но когда перед его глазами открывается вся картина, как ему не поразиться мудрости божественного устройства мира? Понятно, почему он благодарит юношу, и лечит его — не из раскаяния, а из ясного понимания того, что тот «принадлежит к числу угодных богу» [1, с. 154]. Можно добавить к этому, что для слушателей, вероятно, было важно, что таким же образом начальник стражи разорвал связь халифа с

А можно ли это понять иначе? Даже в европейской прагматической традиции нечто подобное предполагалось в концепции «невидимой руки» у Адама Смита (все люди стремятся каждый к своей цели, и эти их устремления он рассматривает как совокупность составляющих единого вектора прогресса и роста благополучия общества, что обеспечивается как раз «невидимой рукой»). Очень близка к этому и гегелевская концепция «хитрости мирового духа», когда мировой дух осуществляет свои разумные цели посредством страстей отдельных людей, стремящихся к совершенно иным целям.

Вернемся к сказке. В ней выражена совершенно иная, странная для нас, но все же доступная для понимания правовая система и форма правосознания. То, что кажется случайностью, предстает необходимым элементом огромной мозаики устроенного Аллахом порядка. Самое поразительное, что М. Герхардт подошла к этому вплотную, но стереотип ее собственного представления о праве не дает ей увидеть целостность того, что она видит как набор нелепостей. Вот ее слова, заключающие параграф: «Несколько сказок из этих двух серий ((«Ал-Малик ан-Насир и три начальника стражи», «Байбарс и шестнадцать начальников стражи»). — С. Ш.) предназначены продемонстрировать, что высшее правосудие загадочным образом направляет ход земного правосудия, каким бы беспорядочным оно ни казалось. Так, десятый начальник стражи из «Байбарса» рассказывает, что во время розыска вора его избил мельник; из чистой злобы он обвинил мельника в воровстве. Впоследствии украденные ценности обнаружили во дворе у мельника. В «Ал-Малик ан-Насире» начальник стражи Старого Каира рассказывает о краже тела с виселицы: стражники, чтобы избежать наказания, просто хватают случайно проходившего мимо крестьянина и взамен вешают его. Потом выясняется, что в походном сундуке крестьянина находится труп: он был убийцей и заслужил виселицу. Такие неожиданные удачные повороты показывают, что даже это странное ответвление криминальных историй не игнорирует полностью наиболее характерную и имеющую самые глубокие корни тенденцию жанра в целом: страстное стремление заставить порядок, несмотря ни на что, одержать победу над беспорядком и тем самым достигнуть удовлетворительной развязки» [1, с. 154].

Да нет, все наоборот: согласно мусульманскому пониманию устройства мира (и, прямо скажем, не только мусульманскому), никаких усилий человека и даже многих людей (а все никогда не согласятся) не хватит, чтобы упорядочить мироустройство или даже хотя бы общество в целом. Эта задача по силам только устройтелю мира, никому другому, соответ-

ственно, несложно сделать вывод, что главные усилия человека должны быть направлены на служение богу, на выполнение его требований и заветов, в этом случае Он, если будет на то Его воля, может привести в гармонию и согласие самые разные элементы.

Действительно ли стоит удивляться, что эта традиция так устойчива и способна развиваться? И действительно ли мы так далеки от нее?

Список использованных источников

1. Герхардт М. Искусство повествования. Литературное наследие «1001 ночи». Пер. с англ. А. И. Матвеева, предисл. И. М. Фильштинского. — М.: Главная редакция восточной литературы издательства «Наука», 1984. — 456 с.
2. The Arabian Nights Entertainments; In the Original Arabic, published under the Patronage of the College of Fort William; By Shuekh Uhmud bin Moohummud Shirwanee ul Yumunee. — Calcutta, vol. I 1814; vol. II 1818.
3. Alif Laila wa-Laila. The Book of a Thousand and One Nights. Reprint of the original copy of the Bûlâq edition of 1252 A. H./ Alif laila wa-laila. Al-Tab' al-ûla. Muqâbala [wa] tashih al-Shaykh Muhammad Qitta al-'Adawî. 2 vols. — Baghdad: Maktabat al-Muthannâ ca. 1965.
4. The Alif Laila or the Book of the Thousand Nights and one Night, Commonly known as «The Arabian Nights Entertainments», now, for the first time, published complete in the original Arabic, from an Egyptian manuscript brought to India by the late Major Turner, editor of the Shah-Nameh. Edited by W. H. Macnaghten, Esq. In 4 vol. — Calcutta, 1839-1842.
5. Tausend und Eine Nacht Arabisch. Nach einer Handschrift aus Tunis herausgegeben von Dr. Maximilian Habicht, Professor an der Kniglichen Universitaet zu Breslau (etc.), nach seinem Tode fortgesetzt von M. Heinrich Leberecht Fleischer, ordentlichem Prof. der morgenlaendischen Sprachen an der Universitaet Leipzig. — Breslau, 1825-43.
6. The Arabian Nights: An Encyclopedia. 1-2 vol. By U. Marzolph and R. van Leeuwen with H. Wassouf. — ABC-CLIO, 2004. — 921 p.
7. Rescher O. Studien über den Inhalt von 1001 Nacht / Der Islam: Journal of the History and Culture of the Middle East. — 1918. — № 9 (1). — S. 1-94.
8. Supplemental Nights to the Book of the Thousand and One Night with Notes Anthropological and Explanatory by Richard F. Burton. — Vol. II. — London, 1886. — 392 p.
9. Die Erzählungen aus den Tausendundein Nächten: vollständige deutsche Ausgabe in sechs Bänden/zum ersten Mal nach dem arabischen Urtext der Calcuttaer Ausgabe vom Jahre 1839 übertragen von Enno Littmann. — 6

- Bd. — Leipzig: Insel-Verlag, 1921-1928.
10. Книга тысячи и одной ночи. Т. 1-8. Пер. с араб. М. Селье. — М., 1958-1959.
 11. Perho I. The Arabian Nights as a Source for Daily Life in the Mamluk Period / *Studia Orientalia*. — 1999. — Vol. 85. — Pp. 139-162.
 12. Mahdi M. From History to Fiction: The Tale Told by the King's Steward / In: Mahdi M. The Thousand and One Nights (Alf Layla wa-Layla) from the Earliest Known Sources. — Leiden: Brill, 1984-1994. — Vol. 3. — 1994. — Pp. 164-180.
 13. Chauvin V. Bibliographie des ouvrages arabes ou relatifs aux arabes. 12 vols. — Liège: Vaillant-Carmanne, 1892-1922. (vol. 4-7, published in 1900, 1901, 1902, 1903, treat the Arabian Nights).
 14. Clouston W. A. Variants and Analogues of Some of the Tales in Vols. XI and XII / In: Supplemental Nights to the Book of the Thousand and One Night with Notes Anthropological and Explanatory by Richard F. Burton. — Vol. II. — London, 1886. — 392 p. — Pp. 291-383.
 15. Elbendary A. A. The Sultan, the Tyrant, and the Hero: Changing Medieval Perceptions of al-Zâhir Baybars. — *Mamlûk Studies Review*. — 2001. — № 5. — Pp. 141-157.
 16. Gerhardt M. I. The Art of Story-telling: A Literary Study of the Thousand and One Nights. — Leiden: Brill, 1963.
 17. Grotzfeld H. Neglected Conclusions of the Arabian Nights: Gleanings in Forgotten and Overlooked Recensions. — *Journal of Arabic Literature*. — 1985. — 16. — Pp. 73-87.
 18. Шарль Р. Мусульманское право. — М.: Инстранныя литература, 1959. — 121 с.
 19. Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Reprint edition (1964). — N.Y.: Oxford University Press, Clarendon Press, 1983. — 312 p.
 20. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. — М.: Наука, Главн. ред. вост. лит-ры, 1986. — 256 с.
 21. Мурата С., Читтик У. К. Мироззрение ислама. — М.: Научно-издательский центр «Ладомир», 2014. — 640 с.
 22. Бартольд В. В. Ислам / Бартольд В. В. Сочинения. Т. VI. Работы по истории ислама и Арабского халифата. — М.: Наука, Главн. ред. вост. лит-ры, 1966. — Сс. 79-139.
 23. Glenn H. P. An Islamic Legal Tradition: The Law of a Later Revelation / Glenn H. P. Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law. 4th ed. — N.Y.: Oxford University Press, 2010. — Pp. 181-236.
 24. Лубська М. Мусульманське право: Сутність, джерела, структура: монографія. — К.: Академвидав, 2009. — 256 с.
 25. Hallaq W. B. An Introduction to Islamic Law. — N.Y.: Cambridge University Press, 2009. — 206 p.

26. Рашковский Е. Б., Журавский А. В. Мусульманское правосознание в контексте современного города: проблема восприятия закрытых политико-правовых норм / Города на Востоке: хранители традиций и катализаторы перемен.— М.: Наука, Главн. ред. вост. лит-ры, 1990.— Сс. 258-270.
27. Мусульманское право: библиографический указатель по мусульманскому праву и обычному праву народов, исповедующих ислам, на русском языке.— М.: Издательский дом Марджани, 2010.— 320 с.
28. Rapoport Y. Royal Justice and Religious Law: *Siyāsah* and *Shari'ah* under Mamluks.— *Mamlūk Studies Review*.— 16 (2012).— Pp. 71-102.
29. Morimoto K. What Ibn Khaldūn Saw: The Judiciary of Mamluk Egypt.— *Mamlūk Studies Review*.— 6 (2002).— Pp. 109-133.
30. Fernandes L. E. Between *Qadis* and *Muftis*: To Whom Does the Mamluk Sultan Listen?— *Mamlūk Studies Review*.— 6 (2002).— Pp. 95-108.
31. Торнау Н. Е. Особенности мусульманского права.— СПб., 1892.— 87 с.
32. Fuess A. *Zulm by Mazālim?* The Political Implications of the Use of *Mazālim* Jurisdiction by the Mamluk Sultans.— *Mamlūk Studies Review*.— 13, no. 1 (2009).— Pp. 121-47.
33. Irwin R. The Privatization of 'Justice' under the Circassian Mamluks.— *Mamlūk Studies Review*.— 6 (2002).— Pp. 63-70.
34. Hallaq W. B. *Sharī'a: Theory, Practice, Transformations*.— N.Y.: Cambridge University Press, 2009.— 626 p.
35. Muller C. A Legal Instrument in the Service of People and Institutions: Endowments in Mamluk Jerusalem as Mirrored in the *Haram* Documents.— *Mamlūk Studies Review*.— 12, no. 1(2008).— Pp.173-191.
36. Stilt K. *Islamic Law in Action: Authority, Discretion, and Everyday Experiences in Mamluk Egypt*.— N.Y.: Oxford University Press, 2011.— 336 p.
37. Торнау Н. Е. Изложение начал мусульманского права.— СПб., 1850.— 475 с.
38. Тауфик аль-Хаким. Записки провинциального следователя. Пер. с араб. А. Городецкой и Н. Усманова.— М.: Государственное издательство художественной литературы, 1959.— 135 с.
39. Шевцов С. П. *Метаморфозы права. Право и правовая традиция*.— М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014.— 408 с.

АНАЛІЗ НАЦІОНАЛЬНИХ ТА МІЖНАРОДНИХ РІШЕНЬ, ЯКІ МАЮТЬ ПОТЕНЦІЙНИЙ ПОЗИТИВНИЙ ВПЛИВ НА РІВЕНЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (НА ПРИКЛАДІ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЖІНОК)

А. Шестопалова

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
м. Львів, вул. Університетська, 1, e-mail: aliona.shestopalova@gmail.com*

Права людини — це не стійка субстанція, яка лишається незмінною з часом. Звісно, ступінь дотримання прав людини може утримуватися на одному рівні протягом століть, однак рано чи пізно ситуація зміниться. Цими точками, які ознаменують зміну статусу-кво, є рішення, що стосуються прав людини. Такі рішення можуть регулювати економічну, політичну, культурну складову життя соціуму та індивіда, єдина стійка спільна риса — вплив на рівність між людьми, забезпечення прав і свобод кожного.

Оскільки людство, на загал, прагне до цивілізованості, може скластися враження, що права людини порушуються доти, доки певні суспільно-політичні інститути не цікавляться цим. Щоправда, це не завжди так. Дуже часто суспільні практики, які порушують честь та гідність Людини, не вирішуються після закріплення формальних норм.

Відповідно до документації ООН, найбільш поширеними є приклади негативної дискримінації за расовою, статевою, мовною та релігійною ознаками [1]. Ми обрали одну з цих ознак — статеву та проаналізували окремі приклади рішень. Основна мета — дослідити вірогідний позитивний вплив цих рішень на рівень забезпечення прав людини а також те, наскільки ці рішення здатні змінити статус-кво.

Сьогодні, на початку XXI століття, ситуація із забезпеченням прав жінок у світі значно краща, ніж донедавна. У більшості країн світу жінки можуть навчатися і працювати, водити машину, самостійно вирішувати за кого виходити заміж, чи розлучатися. У більшості країн, але не скрізь. Щоправда, серед майже 200 країн світу є лише декілька країн, у яких приблизно рівна частка жінок і чоловіків на керівних посадах та у політичних інститутах.

Ми наведемо приклад п'яти сучасних резонансних рішень, які мають потенційний позитивний вплив на забезпечення прав жінок (принаймні у тому, що не погіршують ситуацію тоді, коли це могло би відбутися). Проаналізуємо наскільки можливе поліпшення ситуації внаслідок конкретних рішень та виділимо загальні рекомендації до кожного з кейсів.

1. Жовтень 2016. Польський Сейм відмовився від повної заборони та криміналізації абортів.

Суть проблеми: наприкінці вересня, Сейм у першому читанні прийняв закон, який робить безпечальційним і без того жорстке антиабортне законодавство Польщі. Депутати висловилися за те, аби заборонити і криміналізувати аборти навіть у випадку, якщо вагітність настала внаслідок зґвалтування чи інцесту, загрози життю матері або при несумісних із життям патологіях плоду. Після цього десятки тисяч польок і поляків вийшли на протести проти законопроекту.

Суть рішення: 352 депутати Сейму відхилили законопроект про повну заборону абортів, який порушує, у першу чергу, особисті (у т. числі репродуктивні) права жінок.

Очікувані позитивні зміни у сфері забезпечення прав жінок: лишити жінкам та дівчатам право приймати рішення про аборт у критичних випадках (коли вагітність настала внаслідок зґвалтування або інцесту, коли вагітність загрожує життю жінки, право жінки переривати вагітність при важких патологіях плоду ще уточнюється), утвердити право жінки розпоряджатися власним тілом хоча б у критичних ситуаціях. **Ефективність рішення:** рішення є не дуже ефективним, адже для того, аби отримати право розпоряджатися власним тілом жінка має потрапити у кризові ситуації, одна з яких (зґвалтування) так само є порушенням прав жінок. Складається ситуація, коли жінці для активізації одного права необхідно обов'язково стати жертвою порушення іншого.

Прикметно, що у вересні 2016 Патріарх УПЦ МП (прихожанами якої є велика частка українців) теж ініціював заборону абортів, без виключень.

2. Липень 2016. Державна Дума Російської Федерації не підтримала ініціативу декриміналізації побоїв близьких родичів.

Суть проблеми: у Росії щорічно зростає кількість засуджених за нетяжкі злочини, до прикладу фізичне домашнє насилля, яке не мало значних негативних наслідків. На початку 2016 виникла та була зареєстрована у ДержДумі ініціатива, яка мала б декриміналізувати подібні злочини, для розвантаження в'язниць та економії бюджету. Це рішення було прийняте у першому читанні, та вже у другому депутати відмовилися від того, аби встановити виключно адміністративне покарання за домашнє насилля.

Суть рішення: відмова від декриміналізації рукоприкладства, від якого, згідно зі статистичними даними переважно страждають жінки.

Очікувані позитивні зміни у сфері забезпечення прав жінок: зберегти статус-кво, закріпити норму, яка передбачає кримінальне пока-

рання за насилля над жінкою-близькою родичкою, продемонструвати антигуманність домашнього насилля. **Ефективність рішення:** рішення не є ефективним, адже криміналізації домашніх побоїв недостатньо для того, аби убезпечити жінок від порушення їх прав. При дії такої ж норми, за статистикою у РФ щороку від домашнього насилля гине від 10 до 14 тис жінок.

3. Липень 2016. Відповідно до рішення Президента Малаві Пете-ра Мутарика ВІЛ-позитивний Ерік Аніва був заарештований правоохо-ронцями [2].

Суть проблеми: у деяких африканських країнах(зокрема Малаві) дівчат, що досягли статевої зрілості змушують вступати у статеві сто-сунки з т. зв. «гієною» — чоловіком, який протягом трьох днів гвалтує дівчину і отримує за цей обряд «очищення» плату від її батьків. Кон-кретний «гієна» — Ерік Аніва був ВІЛ-позитивним, та не говорив про це батькам дівчат, а якщо вони й дізнавалися, не придавали цьому значення. Зі слів самого Аніви, він за гроші згвалтував більше сотні дівчат. Нещо-давно кореспондент ВВС зробив журналістський матеріал про Аніву.

Суть рішення: Президент Малаві наказав ув'язнити Еріка Аніву, бо за його словами обряд «очищення» ганьбить Малаві перед усім світом, до того ж у державі чи не найшвидші в світі темпи поширенні ВІЛ-СНІДу.

Очікувані позитивні зміни у сфері забезпечення прав жінок: дівчата того регіону, де жив Аніва більше не будуть згвалтовані кон-кретним чоловіком, який мав ВІЛ. **Ефективність рішення:** рішення може (принаймні тимчасово) припинити згвалтування дівчат кон-кретним чоловіком, та не має впливу на поширені у Малаві практики. Зі слів Аніви, у районі їх поселення працює близько десяти «гієн», інформації про те, чи здорові вони немає.

4. Червень 2016 Спецкомісія ООН визнала дії Ісламської Держави (ІД) — геноцидом проти езидів [3].

Суть проблеми: після розширення території, підконтрольної теро-ристичному угрупованню ІД та захоплення місць проживання езидів, терористи розпочали масові вбивства представників цієї групи, сотні жінок та дівчат-езидок перебувають у сексуальному рабстві у бойовиків.

Суть рішення: ООН визнала дії ІД стосовно езидів геноцидом. При цьому, за свідченням слідчих ООН найбільше від дій бойовиків потер-пають дівчата та жінки, яких гвалтують, утримують у сексуальному раб-стві та перепродають.

Очікувані позитивні зміни у сфері забезпечення прав жінок: при-вернути увагу до проблеми масштабного сексуального рабства у сучас-

ному світі таким чином актуалізувавши проблему порушення прав жінок. **Ефективність рішення:** таке рішення є ефективним для привернення уваги, однак прямо це припиняє практику.

5. Листопад 2015. Президент Республіки Гамбії Яйя Джамеме заборонив жіноче обрізання на території Гамбії.

Суть проблеми: За даними UNICEF три чверті (76%) жінок цієї країни пережили насильницьке видалення статевих ознак і вижили [4], незважаючи на високий ризик кровотечі, заражень, інфекцій одразу після процедури, травм при статевих контактах та ускладнень при пологах. Останнім часом кількість випадків жіночого обрізання у цій країні зменшувалася, тим не менш, понад половина дівчат до 14 років пережили цю процедуру.

Суть рішення: Президент Гамбії офіційно заборонив жіноче обрізання.

Очікувані позитивні зміни у сфері забезпечення прав жінок: у даному випадку варто говорити радше про вірогідні зміни. Прийняте рішення формально забороняє практику жіночого обрізання. **Ефективність рішення:** без додаткової просвітницької та роз'яснювальної роботи рішення не буде мати достатнього ефекту.

ООН теж виступила проти жіночого обрізання, ще у 2012 році. Та досі сотні дівчат щодня калічать під час цієї процедури. Прикметно, що наприкінці серпня 2016 муфтії Північного Кавказу запропонував ввести практику жіночого обрізання на території «усієї Росії, а ще краще — світу». На думку священнослужителя, це допомогло б подолати розбрат.

Усі згадані приклади хоч і мають очевидні відмінності, однак все ж подібні тим, що у кожному випадку стосуються прав жінок. Більш того, у кожному випадку, інститути чи особи, які прийняли рішення не можуть забезпечити дотримання цих прав, які є невід'ємною частиною загальнолюдських прав. Найкраща ситуація, здавалося б, має бути у Польщі, де відмова від криміналізації абортів має забезпечити право жінки отримати необхідну їй медичну допомогу у вигляді переривання вагітності (принаймні у трьох згаданих випадках), без загрози опинитися за ґратами. Однак свідчення польок та численні матеріали у ЗМІ свідчать про те, що часто, навіть до відміни заборони, релігійні лікарі не тільки відмовлялися робити аборт власноруч, але і намагалися переконати жінку, здоров'я і життя якої у небезпеці через вагітність, не переривати вагітність мотивуючи неправдивими медичними свідченнями. Такі випадки є поширеними. Тобто неефективність рішення лежить в особистій та суспільній площині, а відсутність роз'яснювальної роботи серед громадян

уможливило випадки, коли одні особи через свої релігійні погляди не тільки обмежують права жінок, але і наражають їх здоров'я та життя на реальну небезпеку.

Додаткова проблема, яка робить усі згадані рішення мало- чи неефективними — у відсутності з боку суб'єктів прийняття рішень можливостей, або бажання прямо впливати на джерело проблеми. Скажімо, російська влада, за свідченнями фахівців, не звертає достатньо уваги на профілактику домашнього насилля, і навіть ставить під сумнів кримінальну складову цього злочину. Польська молодь має недостатній рівень обізнаності у питаннях інтимного життя, а через високу релігійність, частина громадян не схвалює контрацепції. Проблема жіночого обрізання у Гамбії навряд чи зникне після рішення Президента, адже частина суспільства неосвічена у питаннях статевого і репродуктивного здоров'я, має столітні традиції насилля за статевою ознакою, прагне зменшувати рівень сексуальної активності жінок, для того, аби викоринити практику обрізання варто, у першу чергу, працювати саме над цими системними проблемами, а не обмежуватися заборонаю. Аналогічна ситуація і у Малаві, потрібно підвищити рівень обізнаності місцевого населення з психо-фізіологічними наслідками для дівчаток такого обряду «очищення». ООН, хоч і приймає рішення називати дії ІД стосовно езидів геноцидом, відкрито говорить про те, що сотні жінок та дівчат стали секс рабинями, однак організація не має прямого впливу на ситуацію, а отже і змінити нічого не може.

Список використаних джерел

1. Глобальные вопросы повестки дня ООН. Женщины [Електронний ресурс] // Официальный сайт ООН — Режим доступу до ресурсу: <http://www.un.org/ru/globalissues/women/>.
2. В Малави арестован мужчина-«гиена», которому суверенные родители платили деньги за изнасилования их детей [Електронний ресурс]. — 2016. — Режим доступу до ресурсу: <http://m.newsru.com/crime/26jul2016/arestnyenamalawi.html>.
3. ООН впервые признала геноцид езидов со стороны ИГ [Електронний ресурс] // Интерфакс. — 2016. — Режим доступу до ресурсу: <http://www.interfax.ru/world/513885>.
4. Президент Гамбии запретил женское обрезание [Електронний ресурс] // Лівий Берег. — 2015. — Режим доступу до ресурсу: http://ukr.lb.ua/world/2015/11/25/321880_prezident_gambii_zaboroniv_zhinoche.html.

ОБЩЕСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ НАД РОССИЙСКИМИ СПЕЦСЛУЖБАМИ: НЕОБХОДИМОСТЬ И ПРЕДПОСЫЛКИ

Р. Шульга

*Московский государственный институт международных отношений
(университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации,
г. Москва, пр. Вернадского, 76, e-mail: ruslan.shulga@gmail.com*

В тоталитарных странах спонтанная политическая активность гражданского общества носит маргинальный характер и, в целом, стагнирует, а конституции являются не более чем декоративной правовой оболочкой порядка. Ведь тоталитаризм структурно близок порядку и основывается на презумпции единственной правды в политике, прилагаемой обычно ко всем областям жизни [39, р. 2].

Принятая на референдуме 12 декабря 1993 года в результате конституционной революции Конституция РФ представляет собой документ нового социального выбора российского общества в пользу демократии, либеральных ценностей и прав человека. Главной целью Конституции РФ было установление нового властного механизма, значительно усилившего президентскую власть, и в целом, исполнительную ветвь. Но в сфере взаимодействия государства и гражданского общества конституционные положения вполне чётко определили важнейшие демократические принципы. В Конституции РФ предусмотрено политическое многообразие и многопартийность, равенство общественных объединений перед законом, свобода массовой информации, запрет на цензуру, свобода собраний, право на объединение, включая право создавать профсоюзы для защиты своих интересов, свобода деятельности общественных объединений, право на свободу мирных собраний [13].

Подвергшаяся за последние 15 лет существенному пересмотру Конституция РФ (без своего формального изменения) изменили её смысл и назначение — произошёл переход от договорного федерализма к конституционному; создано новое административно-территориальное деление; изменён статус субъектов Федерации; пересмотрен порядок формирования Совета Федерации Федерального Собрания; введён не предусмотренный Конституцией новый орган — Государственный совет; судебная власть, органы прокуратуры и внутренних дел подверглись радикальному реформированию; расширены полномочия Президента; изменён статус политических партий и неправительственных организаций, средств

массовой информации (далее — СМИ); резко изменена избирательная система [15].

По существу все изменения, принятые за последние годы, ориентированы на ограничение народного волеизъявления и субъектности общества, что противоречит духу и букве Конституции. Действующая власть постоянно нарушает конституционные нормы, уводя практику в сферу неформальных правил.

В России за последние годы сформировался сверхкоррупцированный капитализм, превратившийся в механизм обогащения высокопоставленных чиновников и их друзей, управляемый непубличными, но влиятельными кланами, без одобрения которых ни одно серьёзное экономическое или политическое решение не может быть принято или реализовано. В недрах этих кланов сосредоточилась вся административная, финансовая и законодательная власть, а также юридические механизмы, что позволяет формировать нужный им правовой режим [8, с. 4]. Сложилось своеобразное параллельное псевдогосударство с фактически «параллельной» конституцией.

Современная ситуация в России характеризуется противоречием между юридически закреплёнными конституционными нормами и политической реальностью. Такую ситуацию можно обозначить как существование мнимого конституционализма, где конституционные нормы вообще не действуют на практике. Теоретически Конституция закрепила новые принципы легитимности и авторитарный институт правления.

Созданный авторитарный режим принял институциональные формы демократии, включающий регулярное голосование, а не демократические выборы, подконтрольные власти СМИ, видимость наличия оппозиционных партий в парламенте, формальное провозглашение в Конституции примата прав человека и приверженности идеям правового государства. Власти удаётся манипулировать политическим процессом и политической свободой в той степени, когда власти ничего угрожать не будет.

Существующая реальность показывает, как за годы правления нынешнего Президента РФ, парадигма мнимой безопасности вытеснила заложенную в Конституцию идею о высшей ценности человека, его прав и свобод; когда у власти находятся бывшие и действующие сотрудники спецслужб, а принимаемое «охранительное» законодательство является свидетельством того, что Россия взяла курс на приближение к Северной Корее в целях осуществления тотального контроля государства за гражданами [22]. В этой связи в существующих условиях особое значе-

ние приобретает необходимость осуществления гражданского контроля над властными органами. Способность граждан получать информацию и контролировать своё правительство является ключевым элементом и гарантом демократии. Такой контроль может быть действенным только при наличии прозрачных законодательных механизмов.

Общественный (или гражданский) контроль¹, основывающийся на конституционных принципах непосредственного осуществления народом своей власти и свободы деятельности общественных объединений, призван обеспечить прозрачность всех уровней и институтов публичной власти, повысить эффективность работы государственных и муниципальных органов, противостоять злоупотреблениям, коррупции и произволу и тем самым служить гармонизации отношений между гражданским обществом и государством.

Как отмечает С. А. Пашин, говоря о гражданском контроле деятельности правоохранительных органов, «гражданский контроль ... выступает, с одной стороны, важным профилактическим средством, ограждающим общество от произвола государства, а с другой стороны, служит символом зависимости этого последнего от суверенной воли народа» [17, с. 66-70; 18, с. 212].

Эффективность контроля напрямую связана с независимостью контролирующих органов, то есть такого их правового статуса, который позволяет им устранять недостатки и отступления от закона в полном объёме [3, с. 63]. В этой связи действенный контроль возможен только при наличии эффективно действующих независимых от государства институтов. Гражданский контроль — это добровольная деятельность граждан и институтов гражданского общества. При этом условием функционирования гражданского контроля является демократичность и открытость органов власти, зрелость гражданского общества, созданные в обществе условия для получения доступа к информации о работе органов власти, независимость СМИ [1, с. 6-8].

Первой попыткой институционализации гражданского контроля и реального участия в его проведении представителей правозащитных организаций стало принятие Федерального закона РФ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания» [4; 27].

¹ В настоящей статье термины «общественный» и «гражданский» используются как равноценные.

Однако несмотря на то, что Федеральный закон действует почти десять лет ситуация с соблюдением прав человека в местах лишения свободы кардинальным образом не изменилась (до сих пор не соблюдаются международные нормы по жилой площади на одного заключённого; продолжают умирать осуждённые и лица, находящиеся в следственных изоляторах из-за неоказания медицинской помощи; не прекращаются пытки; лица, находящиеся в местах лишения свободы, лишены возможности обратиться с жалобами в судебные органы).

Возможность проведения гражданского контроля также предусматривается в избирательном законодательстве и законодательстве об охране окружающей среды [28] (ст. 68 Федерального закона «Об охране окружающей среды»), однако не с достаточной полнотой. Специфика контроля общественных объединений за соблюдением прав и законных интересов граждан при оказании психиатрической помощи отражена в Законе Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при её оказании» [6] (ст. 46).

Принятый в 2016 году в России так называемый «пакет Яровой», предоставивший ФСБ осуществлять тотальный контроль за гражданами стал угрозой для нарушений права на неприкосновенность частной жизни и принципа недискриминации и в связи с этим актуализировал вопрос о необходимости выстраивания действенных механизмов для гражданского контроля над спецслужбами¹. Национальная безопасность и соблюдение конституционных прав и свобод человека возможны только в том случае, если спецслужбы, которые в соответствии с Федеральным законом «О Федеральной службе безопасности» (далее — ФЗ «О ФСБ») наделены широким кругом полномочий в сфере обеспечения безопасности России, будут находиться под усиленным контролем со стороны гражданского общества [33].

В настоящее время органы службы безопасности являются одной из самых закрытых государственных структур с непрозрачным бюджетом и фактически неподконтрольной обществу. Российские спецслужбы сохранили с советских времён практику внедрения своих сотрудников в общественные и государственные организации, нарушение прав человека, внесудебные расправы, издевательства. В России органы службы

¹ В настоящей статье термин «спецслужбы» используется наравне с терминами «органы службы безопасности», «разведка», «разведывательные подразделения» или «службы» и означает службы, действующие в других и/или своих странах.

безопасности фактически осуществляют функции не национальной безопасности, а занимаются охранительной деятельностью авторитарной власти от собственного народа. Национальная безопасность, как раз наоборот, должна быть связана с защитой прав отдельных граждан государства [37].

Ошибкой стал отказ принятия (в начале 90-х годов XX века) после слома советской тоталитарной системы закона о люстрации с запретом сотрудникам бывшего КГБ занимать любые должности в органах государственной власти; это способствовало бы очищению новой структуры спецслужб от людей, участвовавших в преступлениях советского режима.

В самом общем виде можно выделить четыре основополагающие функции, которые должны выполнять спецслужбы:

- 1) предупреждение непрогнозируемых стратегических угроз;
- 2) осуществление долгосрочных стратегических оценок;
- 3) помощь в принятии решений по разработке государственной политики;
- 4) обеспечение секретности информации, её источников, методов и средств её получения [38, р. 2-5].

Согласно статье 5 ФЗ «О ФСБ» деятельность федеральной службы безопасности должна осуществляться на основе принципов законности; уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина; гуманизма и ряда других. Однако на протяжении всех лет существования органов службы безопасности, как в советском обществе, так и в новой России их деятельность тесно переплетается с политической властью страны, что подчёркивает излишнюю политизацию органов безопасности и ограниченные ресурсы для проведения действенного общественного контроля.

Как отмечает Г. Борн, политизация разведывательной службы может иметь место, если:

- разведка служит интересам политиков, а не интересам политических решений;
- власть имеет возможность вносить коррективы в данные разведки;
- разведывательные подразделения организовываются для преследования определённых политических целей;
- руководители спецслужб назначаются политическими силами или являются членами определённых политических партий;
- отсутствует или слабо развита система противовесов между различными ветвями власти, что может привести к тому, что одна из них осуществляет полное руководство деятельностью спецслужб [2; 36, р. 3].

Таким образом, анализируя обстоятельства, описанные Г. Борном, которые могут способствовать политизации, надо признать, что россий-

ские спецслужбы чрезмерно связаны с властью и следствием этой связанности политическая власть и гражданское общество не могут получать объективную информацию при решении вопросов национальной безопасности (в этой связи достаточно вспомнить отсутствие объективного расследования террористических актов в школе в Беслане, при захвате театрального центра на Дубровке в Москве, взрывов жилых домов в Буйнакске, Москве, Волгодонске и многих других, а также участия российских спецслужб при дестабилизации ситуации в Украине).

Как отмечается, наиболее действенными механизмами государственного и общественного контроля над работой спецслужб являются:

- контроль со стороны исполнительной власти;
- парламентский контроль;
- контроль со стороны судебной власти;
- внутренний контроль;
- независимый контроль [2; 36, р. 4].

Однако в существующих политических условиях механизмы государственного контроля деятельности спецслужб не работают. Исполнительная власть не заинтересована в проведении какого-либо контроля органов безопасности, связывая своё существование именно за счёт их бесконтрольности. В правовом государстве контроль над спецслужбами можно до некоторой степени обеспечить с помощью тщательно сформулированного законодательства, регулирующего их действия [10; 21, с. 14]. Однако законодательная деятельность Государственной Думы и Совета Федерации направлена на сужение возможностей для контроля над властью со стороны институтов гражданского общества и создание механизмов для ограничения провозглашённых Конституцией России прав и свобод человека.

Парламентский контроль над деятельностью спецслужб существует во многих странах мира. Например, в США — сенате и палате представителей — существуют постоянные комиссии со штатом исследователей, способных не только контролировать, но и в ряде случаев давать согласие на проведение тех или иных специальных операций. На таких постоянных комиссиях, куда входят 15 членов сената и почти 30 членов палаты представителей и которые проводятся не один-два раза в год, а один раз (и иногда два-три раза) в неделю заслушиваются отчёты как руководителей различных подразделений органов безопасности, так и рядовые сотрудники, чтобы можно было понимать наиболее приближённую к реальности картину с целью содействия и помощи исполнительной власти в укреплении безопасности и контроля за законностью

проводимых спецслужбами операций и расходования бюджетных средств [11; 14, с. 29].

Как отмечает И. Хлебников, специфичность проблемы организации контроля за деятельностью спецслужб состоит в противоречии между преимущественно негласным характером их действий и необходимостью их публичной оценки [34, с. 54-57]. Главная роль парламентского контроля работы спецслужб состоит, прежде всего, в обеспечении системы сдержек и противовесов между исполнительной властью и законодательной в целях создания гарантий невозможности давления одной ветви власти на другую в ходе работы спецслужб. В качестве форм парламентского контроля работы спецслужб выступают отчёты руководителей спецслужб перед парламентариями о своей работе, а также отчёты о расходовании бюджетных средств. Кроме того, если говорить в общем о парламенте, то он является органом через который народ осуществляет свою власть, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Таким образом, роль парламента в осуществлении контроля над органами безопасности в демократических странах является одной из ключевых среди других механизмов государственного и общественного контроля.

Помимо парламентского контроля особую роль в проведении гражданского контроля над службами безопасности играют СМИ. Отдельные виды СМИ по своему влиянию на российского гражданина, на формирование общественного мнения стали серьёзно различаться: в частности, тенденциями последнего времени стала массивированная пропаганда российского телевидения, которая негативным образом отражается на получении гражданами объективной информации о происходящих событиях в стране и мире, учитывая устранение с рынка независимых телеканалов.

Следует отметить, что только независимость позволяет СМИ выступать на равных с органами государственной власти; независимость даёт возможность СМИ освещать проблемы, существующие в обществе, без оглядки на власть; контролировать властные органы. Надо признать, что в настоящее время в России, СМИ находятся преимущественно либо в руках государства, либо во владении крупных финансово-промышленных групп. Это ставит под угрозу важнейший для демократии принцип независимости СМИ. Такая ситуация не может не сказаться на объективности и разнообразии информации, отражении в СМИ всего спектра общественных интересов.

Между тем, получение информации — конституционное право граждан (ст. 29 Конституции РФ). Именно поэтому деятельность жур-

налистов находится в центре внимания общества; они, как социальные посредники, выполняют важную для гражданских институтов и государства функцию.

СМИ являются важнейшим каналом общественных коммуникаций. От их многообразия, возможностей получать и передавать информацию зависят направленность и динамика общественного развития. Эффективность влияния различных институтов гражданского общества на все сферы общественной жизни в значительной степени определяется количеством и качеством информационного ресурса, которым располагает гражданское общество, то есть количеством и качеством средств коммуникации, пользуясь которыми гражданское общество может доносить свои интересы, ожидания, идеи до власти, бизнеса, населения.

Но за последние годы происходит размывание одной из основных функций СМИ, реализация которой должно обеспечивать необходимое согласие в плюралистическом обществе, где конфликты признаются и регулируются публично, — функции посредника. Выступая в качестве посредника, СМИ содействуют соглашению между сторонами, придерживающимися разных, и часто полярных взглядов. Передавая гласности позиции сторон, привлекая экспертов, независимых арбитров, предоставляя слово всем заинтересованным сторонам, СМИ становятся площадкой, форумом, на котором обсуждаются разные позиции и вырабатывается новое знание о целях и способах дальнейшего взаимодействия.

Отсутствие независимого от государственного влияния телевидения вынуждает граждан искать объективную информацию в других источниках и, прежде всего, в глобальной сети интернет — менее всего подверженного цензуре (хотя уже и отдельные оппозиционные Кремлю ресурсы блокируются властями якобы за «призывы к противоправной деятельности и участию в массовых мероприятиях, проводимых с нарушением установленного порядка» — gran1.ru, ej.ru, kasparov.ru и другие).

В последнее время со стороны властей предприняты агрессивные шаги по ограничению конституционно гарантированной свободы искать, получать, передавать и распространять информацию, в частности, в глобальной сети интернет. Так, с 1 августа 2014 года вступил в силу Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей» [29], в соответствии с которым вводится в правовой оборот понятие «блогер» — «владелец сайта и (или) страни-

цы сайта в сети «Интернет», на которых размещается общедоступная информация и доступ к которым в течение суток составляет более трёх тысяч пользователей сети «Интернет»» (пункт 1 статьи 10.2 указанного закона), при этом закон не даёт понятия кого следует понимать «владельцем сайта и (или) страницы в сети «Интернет»», то есть если буквально толковать указанную норму закона под блогерами можно понимать любое физическое или юридическое лицо независимо от его (их) географической локализации. В законе также отсутствует методика расчёта посетителей того или иного сайта и (или) страницы блогера.

Кроме того, на блогеров возлагаются обязанности по соблюдению законодательства о выборах и референдуме, проверять достоверность размещаемой информации, порядок распространения массовой информации и другие. При этом права, которыми пользуются редакции СМИ и журналисты, предусмотренные законодательством о СМИ, на блогеров не распространяются. Таким образом, необходимо признать, что принятый закон изобилует противоречиями, закреплённые нормы закона имеют высокую степень правовой неопределённости, «расширяют поле для произвольных действий должностных лиц государственных органов в отношении граждан и юридических лиц, чьим правам и законным интересам может быть нанесён серьёзный ущерб» [6].

Ограничения прав граждан на пользование глобальной сетью интернет через введения запретительных барьеров нарушает баланс интересов личности, общества и государства. Интернет выступает одновременно и как мощное СМИ, предоставляющее в распоряжение пользователя онлайн-версии всех сколько-нибудь значимых печатных и электронных СМИ, и как коммуникационная среда, обеспечивающая межгрупповые и межличностные контакты. Именно здесь возникают виртуальные сообщества, которые в ряде случаев становятся реальной гражданской силой.

Немногочисленные каналы воздействия на власть через независимые СМИ (оставшиеся в ограниченном количестве) и через глобальную сеть Интернет не дают полноценно осуществлять контроль за властными органами, тем более, если говорить о контроле над закрытыми службами безопасности.

В России цензура присутствует не только в СМИ и интернете — за последние годы наметилась тенденция цензурирования в книгоиздании, если это затрагивает интересы власти (достаточно вспомнить внесудебное изъятие тиражей и запрет распространения книг А. Литвиненко «ЛПП (Лубянская Преступная Группировка)» и «ФСБ взрывает Россию» (написанной совместно с Ю. Фельштинским)).

Таким образом, в России осуществлять контроль за спецслужбами посредством СМИ в последние годы становится всё труднее из-за введения законодательных ограничений на реализацию свободы слова, использования внесудебных механизмов давления на СМИ, закрытия неугодных СМИ, необоснованных увольнений неугодных журналистов, убийств.

Признавая важность парламентского контроля, а также учитывая фактически отсутствие эффективно работающего парламента в России, цель которого была бы направлена на создание условий для реализации конституционно закреплённых прав и свобод человека, необходимо развитие независимых механизмов гражданского контроля через деятельность неправительственных правозащитных организаций.

Правозащитные организации обладают тем уникальным экспертным знанием в сфере защиты прав человека, что позволяет им эффективно и независимо проводить общественный контроль. Общественный контроль выступает как один из важных институтов влияния граждан и независимых гражданских организаций на органы власти. В настоящее время общественный контроль, в том числе, общественная экспертиза законодательства, получил своё дальнейшее развитие и распространение среди многих неправительственных правозащитных организаций. Однако в области контроля за спецслужбами лишь немногие правозащитные организации занимаются именно этими проблемами, в частности, Санкт-Петербургская общественная правозащитная организация «Гражданский контроль», Мемориал.

Важно подчеркнуть, что в действующем законодательстве о государственной службе (Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» [30]) не закреплён один из важных принципов государственной службы — принцип её открытости и доступности общественному контролю.

В сложившихся современных условиях требуется совершенствование законодательной базы, регулирующей деятельность неправительственных организаций в сфере возможности осуществления ими гражданского контроля, в том числе выделения в качестве отдельной формы гражданского контроля — проведения общественной экспертизы законодательства, а также нормативного регулирования проведения общественной экспертизы законодательных актов.

Действующий порядок проведения общественной экспертизы законодательства в качестве одной из форм гражданского контроля имеет ряд существенных недостатков.

Во-первых, в настоящее время в качестве заказчиков общественной экспертизы законодательства выступают в основном иностранные организации (фонды, международные межправительственные и неправительственные организации), то есть фактически отсутствует заказчик и потребитель внутри страны. Кроме того, такая односторонняя ориентация иногда приводит к негативному отношению к правозащитным организациям со стороны властей, учитывая также законодательство о регулировании деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции «иностранного агента», согласно которому резко ограничивается и подпадает под жёсткий государственный контроль деятельность некоммерческих организаций, в случае получения ими иностранной помощи в размере, равной или превышающей сумму в 100 тысяч рублей или её эквивалент и которая участвует, в том числе в интересах иностранных источников, в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации [31; 32]. При этом неопределённая формулировка в законе, что понимается под «политической деятельностью» некоммерческой организации приводит к тому, что любая деятельность, по мнению контролирующих органов, по защите прав человека может быть приравнена к политической, хотя в действующем российском законодательстве можно найти формулировку, что понимать под политической деятельностью — например, в подпункте 2 пункта 3 статьи 3 Закона РФ «О статусе судей в РФ» законодатель говорит о запрете судье заниматься политической деятельностью: «судья не вправе принадлежать к политическим партиям, материально поддерживать указанные партии и принимать участие в их политических акциях и иной политической деятельности», то есть говоря о политической деятельности законодатель определённо связывает это понятие с участием и поддержкой политических партий [7]. Конституционный Суд России, призванный защищать Конституцию, не нашёл оснований для признания принятых поправок в законодательство о некоммерческих организациях, регулирующего деятельность «иностранных агентов» не соответствующих Конституции России. Как отмечается в постановлении Конституционного Суда России, «в словосочетании «иностранный агент» ... отрицательные контексты лишены каких-либо конституционно-правовых оснований», принятые законодательные нормы «направлены на обеспечение прозрачности (открытости) деятельности некоммерческих организаций, получающих денежные средства и иное имущество от иностранных источников и участвующих в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, в целях

оказания воздействия — прямого или опосредованного (путём формирования общественного мнения) — на принимаемые государственными органами решения и проводимую ими государственную политику» [19].

Так, по данным информационного портала Министерства юстиции России по состоянию на 2 октября 2016 года 144 некоммерческих организации признаны иностранными агентами, и в основном правозащитные, среди прочих ассоциация «В защиту прав избирателей «ГОЛОС»», «Юристы за конституционные права и свободы», «Экозащита! — Женсовет», «АГОРА», правозащитный центр «Мемориал» [9], при этом основной деятельностью всех перечисленных организаций является защита прав и свобод человека.

Во-вторых, для проведения качественной экспертизы законодательства требуется обеспечить высокий профессиональный уровень экспертов. К сожалению, немногие отечественные правозащитные организации имеют в своих рядах специалистов, обладающих высоким профессиональным уровнем подготовки и большим опытом работы в экспертной деятельности. Среди организаций, обладающих большим экспертным ресурсом, необходимо назвать Московскую Хельсинкскую группу, Центр содействия международной защите (Российское отделение Международной комиссии юристов — International Commission of Jurists), Независимый экспертно-правовой совет, общественное объединение «Сутяжник» (Екатеринбург) и ряд других.

Как показывает практика, обладание экспертными ресурсами, то есть реальным знанием о положении дел в определённом сегменте общественных интересов, — одно из главных средств, с помощью которых неправительственная организация может утвердить свою общественную значимость. Этот вид ресурсов имеет разное происхождение. Неправительственные организации, возникшие в традиционных «сегментах общественных интересов», оказались зачастую главными «держателями» горизонтальных связей в этом «сегменте» после распада ведомственных структур, курировавшими данный «сегмент» в прошлом. С совершенствованием такого важного института как проведение общественной экспертизы законодательства стали создаваться экспертные институты (по типу научно-исследовательских), например экспертный институт при Московской Хельсинкской группе (М. Ф. Полякова, С. А. Пашин); в качестве сообщества экспертов выступает Независимый экспертно-правовой совет (Москва). Следует признать, что в новых «сегментах общественных интересов» экспертные ресурсы создавались «на пустом месте», но при этом быстрее и раньше, чем в государственных орга-

нах. В качестве примера следует привести экспертные ресурсы Общественного Центра содействия реформе уголовного правосудия в сфере общественного инспектирования тюрем и экспертизы действующего уголовно-исполнительного законодательства. Экспертных ресурсов в данной сфере в советское время практически не было из-за формально не существовавших хотя бы на официальном уровне проблем в тогда ещё исправительно-трудовой сфере.

«Эксклюзивное обладание» экспертными ресурсами весьма важно для проведения качественной и действенной общественной экспертизы, но наряду с этим оно обеспечивает ряду неправительственных организаций такое положение, что без сотрудничества с ними соответствующие органы государственной власти просто не смогут нормально выполнять присущие им изначально функции. Во многих случаях именно экспертные ресурсы неправительственных организаций служат интеллектуальным «капиталом» в процессе формирования гражданского общества. В ряде случаев для решения задачи требовалось объединение экспертных ресурсов правозащитных и иных неправительственных организаций, например обществ потребителей, профессиональных союзов и адвокатуры и тому подобное.

Необходимо сказать, что требование высокого профессионального уровня общественного контроля ставит также под сомнение возможность исключительно волонтерского характера его реализации, а также поднимает проблему серьёзного обучения тех активистов независимых гражданских структур, которые хотят серьёзно участвовать в проведении контроля над органами власти. Особенно это касается контроля над спецслужбами, где работа связана в большей степени с закрытой для общественности информацией.

В-третьих, общей проблемой для развития института общественного контроля является отсутствие должного взаимопонимания между правозащитными организациями и органами власти.

Кроме того, властные структуры в большей степени не проявляют какой-либо заинтересованности в необходимости проведения общественного контроля. Результаты исследования, проведённого в трёх российских городах, посвящённого проблемам взаимодействия властных органов и некоммерческих организаций — Санкт-Петербурге, Екатеринбурге и Мурманске — показали, что региональная власть, выстраивая свои отношения с некоммерческими организациями, рассматривает себя как субъекта, обладающего монополией на информацию, компетентность и лучшее видение стратегии государства в области социаль-

ной политики. Около половины опрошенных государственных служащих считают пустой тратой времени усилия, направленные на налаживание диалога с некоммерческими организациями и гражданами вообще [16]. Исследователи отмечают важный факт расхождения в оценках основных трудностей в восприятии государственных служащих и сотрудников некоммерческих организаций. Так, представители последних среди препятствий для установления продуктивного диалога выделяют прежде всего отсутствие нормативно-правовой базы взаимодействия (61%), что позволяет чиновникам излишне администрировать (46%), принимать единоличные решения (48%). Одновременно представители некоммерческих организаций указывают на боязнь открытости и гласности у государственных служащих (41%), а также неумение выстраивать партнёрские отношения (41%). Свои же возможности для установления диалога с властью они оценивают достаточно высоко. Лишь 17% считают, что именно личные амбиции мешают некоммерческим организациям в налаживании взаимодействия, и только 22% указали на недостаточную компетентность их сотрудников как помехи в развитии партнёрства с властью [35, с. 223-224].

Это свидетельствует о необходимости находить точки взаимодействия между неправительственным сектором и властными структурами в тех областях, где между ними есть общие интересы и цели.

К сожалению, практика показывает, что в настоящее время в обществе преобладают негативные тенденции к деятельности правозащитных организаций. Одной из причин такого отношения является, прежде всего, отсутствие полной и достоверной информации о деятельности подобного рода организаций. Переломить подобные тенденции возможно через большую открытость правозащитных организаций и властных структур, информирование о положительных примерах взаимодействия неправительственных организаций и органов государственной власти, вовлечение наиболее авторитетных в обществе правозащитных организаций к экспертной деятельности во властных органах.

Резюмируя, необходимо сказать, что было бы ошибкой говорить, что какой-либо орган государственной власти заинтересован созданием или развитием института общественного контроля. Необходимо нормативно закрепить обязанность органов государственной власти создавать условия и возможности для заинтересованных неправительственных организаций осуществлять общественный контроль, а также создать возможности диалога между властными органами и правозащитными организациями.

Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» [25] пока что не реализовал принцип открытости органов государственной власти; реальность скорее говорит об отсутствии какого-либо конструктивного диалога власти с правозащитниками.

Помимо перечисленных предпосылок для успешного функционирования института общественного контроля важное значение в процессе становления указанного института имеет создание и функционирование общественных и(или) консультативных советов при федеральных и региональных органах государственной власти.

Создание общественных советов при федеральных органах исполнительной власти предусматривается Указом Президента РФ от 4 августа 2006 года № 842 [24], согласно которому инициатива с предложением о создании Общественного совета исходит от совета Общественной палаты РФ, при этом для руководителя соответствующего федерального органа исполнительной власти это предложение носит рекомендательный характер. Тем не менее, Общественные советы при федеральных органах исполнительной власти созданы при многих министерствах и федеральных службах, в том числе при ФСБ.

Согласно Положению об Общественном совете при ФСБ России [20] Общественный совет при ФСБ России обеспечивает взаимодействие граждан России с органами ФСБ в целях осуществления общественного контроля за деятельностью органов безопасности. В качестве одних из основных задач Общественного совета являются проведение общественной экспертизы проектов федеральных законов, разрабатываемых ФСБ России; осуществление общественного контроля за деятельностью органов безопасности в части, касающейся соблюдения органами безопасности конституционных прав и свобод граждан. При этом члены Общественного совета не обладают достаточными полномочиями для реализации поставленных перед Общественным советом задач. Так, единственным из механизмов для решения поставленных задач является право Общественного совета запрашивать и получать от органов безопасности разъяснения и материалы, однако это касается только тех разъяснений и материалов, которые не содержат сведения, составляющих государственную тайну и не являются информацией для служебного пользования.

Хотя в состав Общественного совета при ФСБ входят, в том числе и представители гражданских структур (например, академическая общественность и творческая интеллигенция) обращает на себя внимание

отсутствие в составе совета представителей правозащитных организаций для возможности реализации поставленных перед советом задач с участием независимых представителей гражданского общества.

Перед консультативными общественными советами, создаваемыми органами власти, ставится задача согласования интересов государства либо местных сообществ и различных социальных групп посредством консультирования органов власти относительно проводимой ими публичной политики. Поэтому данные общественные советы призваны принимать совещательные решения. Как правило, задачей советов является также выполнение определённого рода мобилизационной функции — обеспечение участия различных социальных групп в реализации официально проводимой политики. Так, Экономический и Социальный Совет во Франции «способствует сотрудничеству между различными профессиональными категориями и обеспечивает их участие в социальной и экономической политике правительства» (Постановление № 58-1360 от 29 декабря 1958 г., излагающее органический закон об экономическом и социальном совете (ст. 1)) [23]. Совет национальных меньшинств Чехии наряду с консультативной функцией обязан решать задачи практического применения политики правительства по этническим вопросам (Решение Правительства Чешской Республики № 259 от 11 мая 1994 г. — «Акт о Совете национальных меньшинств при Правительстве Чешской Республики». ст. III/3.5-6) [23]. Схожими являются и задачи, стоящие перед общественными палатами в России.

Согласно Федеральному закону «Об Общественной палате Российской Федерации» Общественная палата создаётся для выработки рекомендаций органам государственной власти при определении приоритетов в сфере развития гражданского общества, выдвижения и поддержки гражданских инициатив, имеющих общероссийское значение, для проведения общественных экспертиз законопроектов, проектов нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, нормативных правовых актов органов местного самоуправления и др. (ст. 2 Федерального закона). При этом Общественная палата Российской Федерации рассматривается не только как совещательный, но и как мобилизующий орган. Согласно закону, она осуществляет «привлечение граждан и организаций к реализации государственной политики» (пункт 1 ст. 2 Федерального закона). За Общественной палатой закреплена также функция общественного контроля за деятельностью Правительства Российской Федерации, федеральных органов исполнительной

власти, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, за соблюдением свободы слова в СМИ (пункт 4 ст. 2 Федерального закона) [26].

Принятый российским законодателем подход формирования консультативных и (или) общественных советов, а также общественных палат при главенствующей роли государства, только усиливает этатистскую составляющую их деятельности и позволяет рассматривать их как инструмент проведения публичной политики органами власти.

Участие общественности в управлении делами государства — это реальная потребность современного государства. «Совершенствование доступа к информации и участие общественности в процессе принятия решений повышает качество принятия решений и процесса их осуществления, способствует улучшению информированности общественности о ... проблемах, предоставляет общественности выражать свою озабоченность и позволяет государственным органам [осуществлять] должный учёт таких интересов» [12, с. 7-66].

В заключение важно отметить, что несмотря на возрастающую и полезную роль общественных (консультативных) советов, накопленный опыт создания и деятельности консультативных структур при различных российских органах власти показал одну существенную опасность, которую всячески следует избегать. При некорректном подходе к формированию и организации работы таких структур происходит их самовыврождение, что наблюдается за большей частью общественных советов или общественных палат. Подобные ситуации возникают либо при стремлении сделать их абсолютно управляемыми, либо при формальном подходе к ним, как к декоративному элементу административной структуры. В результате достаточно быстро выявляется неспособность подобным образом организованных консультативных структур выполнять поставленные задачи и теряется смысл их существования как для представителей власти, так и для представителей институтов гражданского общества.

Резюмируя изложенное, необходимо сказать, что эффективность общественного (или гражданского) контроля возможно только в том случае, если само гражданское общество выработает механизмы, которые могли бы действенным образом использоваться заинтересованными институтами гражданского общества в целях проведения гражданского контроля. Необходимо развивать правовые нормы, которые бы гарантировали для неправительственных организаций возможности для проведения гражданского (общественного) контроля в наиболее проблемных сферах жизни. При этом стоит учитывать, что в сфере проведения гражд-

данского контроля действенными оказываются только те политические и правовые инструменты, которые обладают хотя бы какой-то самостоятельностью.

Список использованных источников

1. Бойко, Ю. А. Гражданский контроль за работой органов власти / Ю. А. Бойко, Е. А. Смирнова, А. В. Соколов.— Ярославль: Ярославская региональная общественная организация «Центр социального партнёрства», 2003.— 120 с.
2. Борн, Г. На пути эффективного демократического контроля над деятельностью спецслужб: сравнительное изучение опыта работы различных государств / Г. Борн.— Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2005.— 18 с.
3. Буланов, Н. И. Социальный контроль деятельности властных структур / Н. И. Буланов // Гуманитарные и социальные науки.— 2012.— № 4.— С. 55-66.
4. Доклад Правительству Российской Федерации, подготовленный Европейским Комитетом по предотвращению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания по итогам посещения Северо-Кавказского региона Российской Федерации с 27 апреля по 6 мая 2011 года [Электронный ресурс].— Режим доступа: <http://www.spt.coe.int/documents/rus/2013-01-inf-rus.pdf>.— Дата доступа: 2 октября 2016 год.
5. Заключение Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека на проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей» [Электронный ресурс] // Совет при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека.— Режим доступа: <http://www.president-sovet.ru/files/89/d1/89d140676b1db48036ea33015a5b9ab0.pdf>.— Дата доступа: 2 октября 2016 год.
6. Закон Российской Федерации от 2 июля 1992 года № 3185-1 (в редакции от 3 июля 2016 года) «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при её оказании». // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».— Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.— Дата доступа: 2 октября 2016 год.
7. Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 года № 3132-1 (в редакции от 3 июля 2016 года) «О статусе судей в Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант-

- Плюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
8. Злобин, Н. Сядем и договоримся / Н. Злобин // Ведомости. — 2011. — 4 июля. — С. 4.
 9. Информационный портал Министерства юстиции Российской Федерации. Сведения реестра НКО, выполняющих функции иностранного агента [Электронный ресурс] // Министерство юстиции Российской Федерации. — Режим доступа: <http://unro.minjust.ru/NKOForeignAgent.aspx>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
 10. КГБ: вчера, сегодня, завтра. Сборник. — М.: Знак-СП, Гендальф, 1993. — 224 с.
 11. КГБ: вчера, сегодня, завтра, 3-й сборник. — М.: Знак-СП, общественный фонд «Гласность», 1994. — 260 с.
 12. Конвенция Европейской Экономической Комиссии ООН «О доступе к информации, участию общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды», Орхус, Дания, 23-25 июня 1998 года // Практика Комитета по соблюдению Орхусской конвенции (2004-2008) / Под ред. А. Андрусевич, Т. Алге, К. Клеменс, З. Козак. — Львов, 2008. — 78 с.
 13. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 года) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 года № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 года № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 года № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 года № 11-ФКЗ). // Собрание законодательства РФ. — 2014. — № 31. — ст. 4398.
 14. Мартин, К. Проблемы контроля за службами безопасности / К. Мартин // КГБ: вчера, сегодня, завтра, 3-й сборник. — М.: Знак-СП, общественный фонд «Гласность», 1994.
 15. Медушевский А. Н. Конституция России: пределы гибкости и возможные интерпретации в будущем. // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. No 2. С. 11-21.
 16. Никовская, Л., Якимец, В. Проблемные точки взаимодействия органов государственной власти и «третьего сектора» / Л. Никовская, В. Якимец // Государственное управление в XXI веке: традиции и новации. — М.: Издательство МГУ им. М. В. Ломоносова, 2006. — С. 528-537.
 17. Пашин, С. Авторитаризм и гражданский контроль / С. Пашин // Индекс / Досье на цензуру. — 2007. — No 27. — С. 66-70.
 18. Пашин, С. А. Становление правосудия / С. А. Пашин. — М.: Р. Валент, 2011. — 456 с.
 19. Постановление Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2014 года № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 6

- статьи 2 и пункта 7 статьи 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», части шестой статьи 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и части 1 статьи 19.34 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, фонда «Костромской центр поддержки общественных инициатив», граждан Л. Г. Кузьминой, С. М. Смиренского и В. П. Юкечева» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2014. — № 4.
20. Приказ ФСБ России от 12 мая 2007 года № 235 «Об утверждении Положения об Общественном совете при Федеральной службе безопасности России» [Электронный ресурс] // Общественный совет при ФСБ России. — Режим доступа: <http://www.osfsb.ru/about/off/65/default.aspx>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
 21. Пустынцев, Б. Контроль над службой безопасности. Путь к правовому государству / Б. Пустынцев // КГБ: вчера, сегодня, завтра. Сборник. — М.: Знак-СП, Гендальф, 1993.
 22. Путилов, И. Тотальный контроль: как «пакет Яровой» изменит жизнь крымчан [Электронный ресурс] // Крым. Реалии. — Режим доступа: <http://ru.krymr.com/a/27852441.html>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
 23. Руденко, В. Н. Консультативные общественные советы: особенности организации и деятельности / В. Н. Руденко // ПОЛИТЭКС. — 2006. — № 3. — С. 143-155.
 24. Указ Президента РФ от 4 августа 2006 года № 842 (в редакции от 23 мая 2013 года) «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
 25. Федеральный закон от 9 февраля 2009 года № 8-ФЗ (в редакции от 9 марта 2016 года) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
 26. Федеральный закон от 4 апреля 2005 года № 32-ФЗ (в редакции от 28 ноября 2015 года) «Об Общественной палате Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.

27. Федеральный закон Российской Федерации от 10 июня 2008 года № 76-ФЗ (в редакции от 28 ноября 2015 года) «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
28. Федеральный закон Российской Федерации от 10 января 2002 года № 7-ФЗ (в редакции от 3 июля 2016 года) «Об охране окружающей среды» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
29. Федеральный закон от 5 мая 2014 года № 97-ФЗ (в редакции от 21 июля 2014 года) «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
30. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ (в редакции от 3 июля 2016 года) «О государственной гражданской службе Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
31. Федеральный закон от 12 января 1996 года № 7-ФЗ (в редакции от 3 июля 2016 года) «О некоммерческих организациях» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
32. Федеральный закон от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ (в редакции от 6 июля 2016 года) «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
33. Федеральный закон Российской Федерации от 3 апреля 1995 года № 40-ФЗ (в редакции от 6 июля 2016 года) «О Федеральной службе безопасности» [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: <http://www.consultant.ru>. — Дата доступа: 2 октября 2016 год.
34. Хлебников, И. Общественный контроль за спецслужбами: история во-

- проса и правовые основы / И. Хлебников // Обозреватель — Observer. — 2002. — No 5-6 (148-149). — С. 54-57.
35. Чирикова, А. Е. Социальная политика в современной России: субъекты и региональные практики / А. Е. Чирикова. — Saarbrucken, Germany, LAP Lambert Academic Publishing AG& Co. KG, 2011. — 264 p.
 36. Born, Hans. Towards Effective Democratic Oversight of Intelligence Services: Lessons Learned from Comparing National Practices / Hans Born // Connections: The Quarterly Journal. — 2004. — Vol. III. — No 4. — P. 1-12.
 37. Council of Europe — Venice Commission, Internal security services in Europe (Strasbourg: Council of Europe, 1998) (CDL-INF [1998] 6e).
 38. Lowenthal, Mark. Intelligence: From Secrets to Policy. Fifth Edition / Mark M. Lowenthal — Washington, D.C.: CQ Press, 2012. — Pp. 440.
 39. Talmon, J. The Origins of Totalitarian Democracy / J. Talmon. — London: Secker and Warburg, 1952. — Pp. XI, 366.

Для нотаток

Наукове видання

**Права людини:
філософські, теоретико-юридичні
та політологічні виміри**

**Статті учасників
I Міжнародного круглого столу
(м. Львів, 28-29 жовтня 2016 року)**

Статті друкуються в авторській редакції

Відповідальний за випуск — П. М. Рабінович
Комп'ютерний набір і коректування — В. В. Гончаров, Д. А. Гудима
Комп'ютерна верстка, інші види робіт — Г. Л. Кундельський

Підписано до друку 7.06.2017. Папір офсетний.
Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 20.8.
Формат 60x84/16. Гарнітура Times New Roman.
Умовн. друк. арк. 22,08. Тираж 100 прим.

Видавництво ЛОБФ «Медицина і право»
Свідоцтво держреєстрації серія ЛВ № 43.
79007. Львів, вул. Фурманська, 10/17.
Тел.: (032) 225-95-80.

Друк: ФОП Кундельська В. О.
79037, м. Львів, вул. Студинського, 4.
Виписка з ЄДР серія АА № 543619 від 22.10.2007 р.
Тел.: 096 270 62 87; 050 227 91 39.
e-mail: genaprint@gmail.com