

М. В. ОНІЩУК

Микола Васильович Оніщук, доктор юридичних наук, президент Інституту правової політики

УКРАЇНА ЯК ПРАВОВА ДЕРЖАВА: РЕАЛІЇ І ПРОБЛЕМИ

Протягом 20 років Україна робить спроби провести реформи, відмовитися від пострадянської архаїки та провести європейську модернізацію країни. Втім ці спроби раз за разом виявляються невдалими. Країна продовжує чіплятися за стару радянську правову систему, в якій всі реформаторські наміри потрапляють у глухі кути застарілої доктрини права і праворозуміння. Як наслідок в Україні досі, по суті, не проведена демаркація між старим радянським правом та концептуально-ною національною правовою системою. Залишається нерозвинутим і світоглядне розуміння правових явищ у сучасному українському суспільстві. До того ж, саме правлячий клас зацікавлений у підтримуванні існуючого правового нігілізму, правової невизначеності, оскільки це дає йому певні економічні вигоди та статусні привілеї. У подібних умовах інституційно-деформованими виглядають і українське судочинство, і система державного управління, і місцеве самоврядування. Якщо правосуддя не є справедливим, а право не має відношення до правди та справедливості, то проблема полягає у глибокій корозії ціннісного підґрунтя системи права, без якого не можуть успішно існувати ані сучасне суспільство, ані модернова держава. Без розвинутої системи права є вельми проблематичним будівництво ефективно працюючих публічних інститутів, формування суспільного договору, що визнає формальні та неформальні правила гри для всіх членів суспільства.

Право універсальне vs право інструментальне

Коли мова йде про європейську модернізацію та європейську правову систему, то це не може зводитися лише до приведення та упорядкування законодавства згідно європейських правових норм та їх імплементації (*aci community*). Адже правова норма в сучасному розумінні закріплює вже існуюче право як інтеграційний елемент культури. Водночас саме *право* як – *правосфера*, в якій живуть та взаємодіють члени суспільства, виконують певні обов'язки по відношенню до себе та інших членів, в Україні досі не сформована. Право як сфера правовідносин, що сформована громадянським запитом на «правовий сервіс», не працює, а право більшою мірою використовується як засіб проведення адміністративної політики, перерозподілу економічних благ, охорони адміністративного статусу та дарування окремих вибіркових прав. Право як загально-використовуваний універсальний інструмент не стало в нашій державі універсальним, оскільки не є виключним та єдиним критерієм, засобом і виміром організації суспільного життя в країні.

Якщо говорити про право у європейському розумінні, то легальне та легітимне визнання за кожною окремою людиною як природних, так і набутих прав зробило її громадянином. Громадянин у правовому сенсі з'являється як суб'єкт суспільного договору, метою якого є вирішення проблеми справедливості. Іншими словами, всі члени суспільства мають рівні права і люди в сфері права є рівними. Це фундаментальний принцип, в основі якого лежить ліберально-правовий консенсус, на якому саме і побудовані європейські суспільства. Адже рівність в праві дає можливість для ефективного функціонування несправедливої за своєю соціальною суттю капіталістичної економіки, оскільки забезпечує захист індивідуальних або колективних прав представниками різних верств суспільства. Саме це правове підґрунтя та політичний імператив мають лежати в основі стратегії модернізації держави та проведення реформ. Право – це та ціннісна платформа, яка може об'єднати людей різних поглядів та ідеологій та зробити суспільство справедливим.

Чому право в Україні не відповідає критеріям справедливості? А держава, попри конституційну декларацію, не стала правовою? Гострий запит на рівність перед законом у суспільстві вже сформований. Але парадокс полягає в тому, що зростання та загострення запити на справедливість є зворотнім боком її відсутності з боку держави, яка зобов'язана функціонувати в просторі справедливості, тобто слідкувати за дотриманням законів усіма громадянами в рівній мірі, незалежно від їх привілейованого положення. Наразі держава має у своєму арсеналі відповідні засоби і ресурси для цього. Однак цей арсенал використовується не за

своїм призначенням. Зокрема, якщо політичний режим відхиляється від демократії та трансформується в авторитаристську версію режиму. При цьому право ігнорується, а закони використовуються для забезпечення пануючого статусу правлячої групи, а не правової захищеності та впевненості пересічних громадян. Правляча група для досягнення поставленої мети використовує всі засоби: внесення змін до Конституції через рішення Конституційного Суду, обмеження політичної та економічної конкуренції, введення механізмів контролю над громадянськими інститутами та ЗМІ, формування залежної судової системи, порушення конституційного суверенітету Верховного суду, включаючи створення судових вертикалей, з відповідною адміністративно-юридичною логікою функціонування, тощо.

В подібних умовах ще більш критичними стали відносини між державою та громадянином. Для того, щоб легітимізувати своє панівне становище і забезпечити багате існування еліта вимушена вторгтися в правове буття інших членів суспільства. Добра ілюстрація цього – прийняття нового Податкового кодексу, який став дискримінаційним по відношенню до середнього та малого бізнесу. Кодекс став дискримінаційним у праві громадян на ведення підприємницької діяльності і сплату податків. Коли Президент В. Янукович під час відповідей у прямому ефірі широко говорить, що не розуміє, чому підприємці виступають проти Податкового кодексу, адже податки зменшені, свідчить про те, що кодекс не розглядається як сфера правовідносин між підприємцями і державою, а є лише інструментом калькуляції податків. Причому цей інструмент порушує право, права і справедливість, оскільки податкове навантаження переноситься з великого на малий та середній бізнес.

Українська конституція vs радянський конституціоналізм

Прийняття Конституції у 1996 р., конституційних правок у 2004 р. та подальша вибіркова і суперечлива з правової точки зору де-реформа конституції залишає державу неререформованою. Необхідність та важливість змін до Конституції пояснюється в першу чергу необхідністю політико-інституційного дооформлення державності. Зараз оформлення зводиться до розбудови адміністративно-бюрократичної системи реалізації політичних рішень та силового примусу до виконання законів. Конституційні зміни спрямовані лише на постійний перегляд політичного режиму, але не стосуються трансформації пострадянської державності та суті відносин між державою та громадянами.

За таких умов юридична конституція як *I Lex Superior* набуває нечітких, аморфних, неконкретних форм, зокрема, щодо правового обмеження втручання держави в суспільне та приватне життя, оформлення системи відповідальності влади, механізму реалізації законодавчих актів, надання правових гарантій приватної власності та вибудови запобіжників монополізації з боку будь-яких груп впливу або політичних партій. На тлі такої політико-правової невизначеності досить симптоматичним виглядає декларація соціалістичних зобов'язань держави, серед яких «безкоштовні» медицина, освіта, право на працю, що не відповідає моделі сучасної соціальної держави. Іншими словами, зміна конституційних декорацій не призвела до зміни моделі конституційного дизайну – політико-правова модель української державності дотепер перебуває в просторі радянського розуміння конституціоналізму. Тому першочерговим завданням має бути проведення чіткої демаркаційної лінії між атавістичним (радянським) правовим спадком та сучасним національним правовим набуттям, між пострадянською державністю та вимогою втілення новітнього політико-правового бачення держави. Зокрема такої, в якій не лише формально присутні конституція, закони, підзаконний нормативний масив з відповідною ієрархією, чи то проголошений розподіл влад на судову, законодавчу і виконавчу. Сучасна правова держава – це насамперед такий політико-правовий режим функціонування суспільства, де держава в сукупності своїх складових і механізмів виступає середовищем, засобом і гарантом реалізації та захисту прав людини і громадянина.

Коли держава і державне функціонують як домінуючі явища, що підпорядковують собі суспільство і його членів, формуючи і виокремлюючи свій власний корпоративно-бюрократичний (а не суспільно-корисний) інтерес, неминує виникати умови, як для авторитаризму, так і для засилля державної бюрократії, знищення або суттєвого звуження конкурентності (політичної, економічної, соціальної), як рушіїв суспільного прогресу. Саме за таких умов конкурентність та багатоманітність замінюється клановістю та фаворитністю, а ліберальність і плюралізм поступається адмініструванню та монополії. Видається, що саме таке розуміння природи і завдань правової держави, демократії та конституціоналізму поставлено під сумнів правлячою політичною елітою та державною бюрократією.

Між тим існуючі і ефективно працюючі моделі конституціоналізму (американська, європейська) розглядають демократію не стільки як певну політико-правову систему, скільки як конституційний механізм функціонального наповнення інститутів та розвитку суспільства. Завданням демократії стає відтворення законів, що діють в межах юридичної конституції, тобто законів, що не обмежують свободу, проте обмежують владу (державу).

На жаль, сучасний український конституціоналізм не спрямований ані на демократію як суверенітет народу, ані на відтворення свободи та, відповідно, налагоджування ефективної діяльності політичних інститутів, що здатні забезпечити функціонування демократії як нормативно-правової системи. Українська держава має у своєму активі лише так звані класичні свободи – свободу слова, віросповідання та зібрань, і ті останнім часом були поставлені під сумнів. Але держава не має правових, політичних та, як виявилось, і стабільних інституційних механізмів укорінення демократії та непорушення принципу свободи.

Це, зокрема, проявляється в правовому послабленні всіх політичних інститутів за винятком інституту президента, що стало можливим внаслідок зсуву та роздроблення системи стримувань та противаг. Усталені політичні інститути поступово втрачають власні конституюючі ролі, перетворюючись у фасадну розширку політичного режиму, а на їх зміну приходять субститути, що штучно «прив'язуються» до президента як символічного власника політичних акцій. Саме на подібні субститути покладається основне завдання як з розробки практичних політичних рішень, так і неформального контролю за «традиційними» інститутами. Серед вже існуючих – Національний антикорупційний комітет, Комітет з економічних реформ, Рада регіонів, Громадська гуманітарна рада, Конституційна Асамблея, які, не зважаючи на їх дорадчо-консультаційний статус, по-суті, отримують право політичної і навіть квазізаконодавчої ініціативи. Фактично це означає, що система виконавчої влади концентрується не навколо конституційно-визначених органів – Кабінету міністрів та обласних і місцевих державних адміністрацій, а навколо названих субститутів, яким і передаються владні повноваження.

Відчуває на собі зміну політико-правової та конституційної ролей й парламент України – Верховна Рада, яка перестає бути представницьким інститутом. Наново перекодовується і вся політична система, яка де-факто перестає бути політичною:

- по-перше, втрачається легітимність інститутів, що обиралися за однією – коаліційною логікою, але вимушені діяти в межах іншої – адміністративно-командної;

- по-друге, демократичні інститути перестають функціонувати в «нормальному» конституційному режимі, а тому діють або через пряме президентське (а відтак – поза-правове) правління, або за допомогою поза-інституційних механізмів. «Вертикаль влади» поступово стає конституюючим елементом політичного режиму, що послідовно «мішкує» під себе політичну систему за межами політичних інститутів;

- по-третє, партії втрачають функції політичного представництва, що провокує реанімацію класичних олігархічних впливів початку 2000-х. Але якщо в 2006–2010 рр. в умовах парламентсько-президентської республіки клани трансформувалися в партії з відповідним ідеологічним, соціальним, електоральним бекграундом, то після конституційного реверсу 2010 р. потреба в політичних партіях практично була знівельована. Відповідно, за конституційним реверсом відбувається і реверс політичний – центри влади змістилися з парламентського в президентсько-адміністративне поле, в межах якого і відбувається конкурентна боротьба.

Підміна класичних політичних інститутів субститутами означає водночас відчутну слабкість права та основного закону як конституюючого елементу держави. Саме нівелювання конституційних приписів через прийняття ординарних законів веде до ерозії основоположних засад конституювання держави та розмивання конституційного правового кола. На цьому тлі залишається аксіоматичним, що успішні і заможні суспільства, принаймні на європейському просторі, не можуть бути побудованими, якщо вони не спираються на принципи правової держави та верховенства Конституції, політичного плюралізму, конкурентну економіку, демократію.

Україна не змогла виробити й ефективні утримувачі запобігання ризиків відходу від усталених критеріїв демократичного, вільного, відкритого, справедливого суспільства. В першу чергу це стосується існування незалежних медіа та свободи слова, функціонування парламенту як повноцінного плюралістичного представницького органу, проведення чесних та прозорих загальнонаціональних виборів (і президентських, і парламентських), розгалуженої мережі недержавних громадських організацій як джерела незалежної інформації в сфері публічної політики, а також функціонування незалежного суду. Засади правової держави та верховенства Конституції все більше набувають декоративного характеру.

Правоохоронні органи vs силові структури

Силові відомства – з успадкованою плановою системою звітності залишалися не реформованими протягом всього двадцятиріччя незалежності. Покишені сам на сам з пострадянською реальністю вони не отримали зрозумілої суспільної місії. Міліція, СБУ, прокуратура так і не здійснили остаточного і безповоротного переходу від радянської силової до нової правоохоронної моделі. Для українських силовиків так і залишається невизначеним імператив діяльності – захист прав громадянина чи захист інтересів держави, за якими стоять привілеї правлячого класу.

Невизначеність концептуальної доктрини діяльності силових структур в Україні слугувала причиною їх поступової депрофесіоналізації, поглибленої, з одного боку, традиційним негативним суспільним ставленням до них, з іншого боку – низьким рівнем їхнього матеріально-технічного і фінансового забезпечення. У пострадянських країнах і в Україні, зокрема, поширився феномен корупційного «силового підприємництва» – використання службового становища з метою втілення власних бізнес-проектів. Відбулася поступова комерціалізація відносин між правоохоронними органами та суспільством, внаслідок чого «право» на права громадянина вимушені купувати з допомогою хабарів або інших добровільно-примусових внесків. Таким чином, суспільство і держава в обличчі силового апарату окреслили певні сфери припустимого беззаконня, у межах яких діють корупційні практики як компенсаторні механізми, що допомагають порозумітися громадянам і державі.

Проблемною стороною діяльності правоохоронних органів є те, що вони продовжують діяти за силовою логікою, тоді як давно вже сформований громадянський запит на охорону та захист прав, честі і гідності. Ви-

нагородження правоохоронців все ще переважно залежить від кількісних показників їхньої роботи. У підсумку корумпованість силових структур, та робота на планові показники поглибили їх відірваність від суспільства. За рівнем довіри згідно лютневого дослідження TNS¹, міліція (17,4 %), прокуратура (17 %) та суди (14,3 %) займають останні позиції серед інших інститутів держави. Силові відомства опинилися по інший бік від безправних громадян. Так, за даними моніторингу, проведеного Харківським інститутом соціальних досліджень та Харківською правозахисною групою, кількість випадків смерті в міліції в 2010 р. збільшилася більше ніж в два рази порівняно з даними 2009 р. Поряд з цим значно зросла кількість людей, що постраждали від незаконного насилля в міліції з 609 тис. до 780–790 тис.² Результати цих досліджень сигналізують про загострення системної кризи, спричиненої поступовим утвердженням «силового» формату взаємовідносин між державою та суспільством.

На сьогоднішній день в силових структурах одночасно зі зміною керівництва відбувся природний процес самоналаштування, self-tuning цих відомств під нову суспільно-політичну матрицю. Викликає тривогу те, що правоохоронні органи вмонтовуються в новий політичний режим і трансформуються за російським чи білоруським зразком.

Розпочата судова реформа засвідчила половинчатість у підходах та відсутність прозорості реформ, користь яких була б доведена суспільству. Державна реформістська повістка опиняється в колі симулякрів стабільності і порядку, що відповідає інтересам політичних еліт, однак йде в розріз з громадянським запитом на право. Тому судова реформа, яка мала б зробити суди більш незалежними та доступними для пересічних громадян, перетворилася на реформу судового адміністрування, ключовим здобутком якої стала ще більша залежність судів від вертикалі влади, а то й окремих осіб. Кидається в очі і відсутність реального зв'язку між заявами щодо розуміння суті і завдань судової реформи на тлі критичних оцінок Європейських інститутів (комісії ПАРЕ «За демократію через право» більш відомої, як Венеціанської комісії то Європарламенту) та реальними законодавчими рішеннями та практичними кроками.

Якщо керуватися логікою побудови правової, а не адміністративної держави, то справу необхідно починати з підвищення рівня довіри громадян до судової системи, введення в публічний дискурсивний простір питань судочинства і судоустрою. Про це свідчить і постійне збільшення кількості звернень до Європейського суду з прав людини.

Необхідно зрозуміти, що європейський шлях реформування силових структур не повинен обмежуватися декларативними і декоративними законодавчими новаціями, подібними до перейменування міліції на поліцію. Яким би прогресивним не було законодавство в сфері забезпечення верховенства права, його практичний зміст завжди буде визначатися тими, хто і як його застосовує. Тому необхідно докласти максимум зусиль для створення нових підвалин довіри громадян до правоохоронних інститутів. В основі цієї довіри має бути покладений новий суспільний контракт між громадянином та державою, згідно з яким збільшення фінансового забезпечення силових структур пов'язане з введенням дієвих інструментів суспільного контролю за принципом – «ми вам податки – ви нам захист прав». Наступним кроком має стати подолання негативного впливу силових відомств на представників малого та середнього бізнесу. Для цього останні мають отримати реальну можливість захисту своїх прав у незалежних судах. Не викликає сумніву й те, що реформа силових відомств повинна передбачати розробку комплексної прозорої стратегії їх реформування і завдання влади – долучити суспільство до цього процесу.

Україна зараз стоїть перед критичним вибором – або пробуксування в пострадянській ностальгічній державності з її правовим безправ'ям, позаправовим конституціоналізмом, силовими правоохоронними структурами, або екзистенційний стрибок у нову національну правову державу з дієвим європейським конституціоналізмом та системою правового захисту. Питання полягає в тому, чи зможе правлячий клас зробити цей стрибок – вийти за рамки постійного переключення державності для еліти та почати будувати правову державу для всіх громадян.

¹ Результати соціологічного опитування (2-0 лютого 2011 року) щодо громадської довіри до влади здійсненого на замовлення Лабораторії законодавчих ініціатив компанією TNS Україна. Опитано 1200 респондентів віком від 16 до 75 років. – http://parlament.org.ua/index.php?action=news&ar_id=2246&as=0

² *Примаченко А.* Права человека: новые тенденции // Зеркало недели. Украина. – 2011. – № 8 (04 марта 2011). – <http://www.zn.ua/newspaper/articles/76828#article>

Резюме

Автором проаналізовано та охарактеризовано основні тенденції щодо стану політико-правових інститутів в країні та тенденції їх розвитку в сучасних умовах, необхідність реформування правоохоронних органів та змін у сфері судоустрою. У статті розглянуто необхідність проведення чіткої демаркаційної лінії між пострадянською державністю та вимогою втілення новітнього політико-правового бачення держави.

Ключові слова: М. Онішук, правова держава, судова реформа, субститути, конституційна реформа, інститут правової політики, верховенство права.

Резюме

Автором проанализировано и охарактеризовано состояние политико-правовых институтов в стране и тенденции их развития в современных условиях, необходимость реформирования правоохранительных органов и изменений в сфере судострой-

ства. В статті розглянуто необхідність проведення чіткої демаркаційної лінії між постсоветською державністю і вимогами втілення сучасного політико-правового бачення держави.

Ключевые слова: Н. Онишчук, правове государство, судебная реформа, субституты, конституционная реформа, институт правовой политики, верховенство права.

Summary

The author analyzed and described the main trends on the state of political and legal institutions in the country and their development trends in modern terms, the need to reform law enforcement and changes in the judicial system. The article reviews the need for a clear demarcation line between post-Soviet statehood and demand of realization of modern political and legal vision of the state.

Key words: M. Onishchuk, legal state, judicial reform, substitution, constitutional reform, the Institute of Legal Policy, the rule of law.

Отримано 6.04.2011

В. В. СУХОНОС

Віктор Володимирович Сухонос, доктор юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету ДВНЗ «Українська академія банківської справи НБУ», почесний працівник прокуратури, державний радник юстиції 3 класу

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СТАТУСУ ПРОКУРОРА ОБЛАСТІ: ПОГЛЯД НА РЕФОРМУВАННЯ

Питання кадрового забезпечення органів прокуратури України завжди було і залишається одним з найважливіших. Чи не основною внутрішньою проблемою прокурорської діяльності в сучасних умовах є удосконалення управління кадрами. Аналіз правових норм, що визначають правовий статус прокурорських працівників, свідчить про те, що значна їх частина, яка регулює порядок проходження служби в органах прокуратури, міститься у відомчих нормативних актах з окремих питань прийому, переміщення, проходження, звільнення зі служби. При цьому існуючі методи формування кадрового складу органів прокуратури не повною мірою відповідають вимогам сьогодення, а тому потребують перегляду, оскільки не розроблені чіткі й достатні вимоги до прокурорських працівників, а на їх основі – критерії, яким повинен відповідати прокурор області при його переміщенні, звільненні або залишенні на місці. У цьому сенсі залишається відкритою проблема створення та адекватного нормативного закріплення оптимальної системи підбору кадрів для посад обласних прокурорів. Відомо, що після проголошення незалежності в Україні непоодинокими були випадки, коли призначенню на дані посади сприяли «чистка» кадрів, протекціонізм, особиста відданість певній політичній силі, земляцтво або поверховий підхід до проведення підбору кандидатів на посаду прокурора області (Львівська, Івано-Франківська, Тернопільська, Житомирська, Сумська, Кіровоградська, Харківська та ін. області).

Перераховані явища негативно впливають на загальний стан підбору і розстановки кадрів прокурорів області і безпосередньо на стан законності в Україні. Тому перед прокуратурою сьогодні стоїть нагальна потреба добитися реальної незалежності, особливо при призначенні на посаду прокурорів областей, підвищення фахових вимог до кандидатів на ці посади, актуалізується подальший розвиток правових основ, організаційних форм та методів ведення кадрової політики в даній сфері.

Питання кадрового забезпечення органів прокуратури України досліджувалися різними науковцями¹ та практиками². При цьому акцент на вищеописаних проблемах зазвичай не ставиться. Здебільшого науковому аналізу піддається в цілому проблематика формування прокурорсько-слідчого корпусу прокуратури без спроби перегляду підходів до формування резерву її керівного складу. Крім того, наукові дискусії з приводу розв'язання проблем кадрового забезпечення прокурорських органів часто фокусуються тільки на потребах реформування юридичної освіти в державі³.

Загалом, розділяючи позиції вчених з ряду питань кадрового забезпечення органів прокуратури, вважаю, що варто зосередити увагу на окремих його аспектах. Метою цієї статті є аналіз організаційно-правових проблем правового статусу прокурора області в сучасних умовах і формулювання науково обґрунтованих та зумовлених потребами практики шляхів їх вирішення.

Питання призначення на посади прокурорів областей, а також подальше проходження служби на них фрагментарно регулюється різними за юридичною силою нормативно-правовими актами. Так, відповідно до ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» прокурорів областей призначає Генеральний прокурор України. Строк їх повноважень становить 5 років (ч. 2 ст. 2 Закону).