

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 4 (67)



Харків
2011

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації
(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової
інформації. Серія КВ № 1254 від 17.02.95 р.)

Засновник — Президія Національної академії правових наук України,
Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.:
В. Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2011. – № 4 (67). – 296 с.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *Ю. В. Баулін*,
Ю. П. Битяк, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*,
С. В. Ківалов, *В. П. Колісник*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*,
О. Д. Крупчан, *Н. С. Кузнєцова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*,
М. І. Панов, *О. В. Петришин*, *В. Г. Пилипчук*, *С. М. Прилипка*, *М. Я. Сегай*,
М. М. Сібільов, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*,
Д. В. Табачник, *В. П. Тихий*, *Ю. С. Шемшученко*, *В. Ю. Шепітько*

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Адреса редакційної колегії: 61024, Харків, вул. Пушкінська, 70,
Національна академія правових наук України. Тел. (057) 704-19-01

© Національна академія правових наук
України, 2011

© «Право», 2011

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 340.12(075.8)

П. Рабінович, академік НАПрН України,
професор Львівського національного
університету імені Івана Франка

Загальнотеоретичне праводержавознавство в Україні: здобутки, проблеми, перспективи

Вступні зауваги. Як відомо, Національна академія правових наук України розпочала підготовку Національної доповіді з питань розвитку правової науки. Перша складова цього документа, вочевидь, має бути присвячена характеристиці стану та завдань загальної теорії права і держави як фундаменту всієї наукової юриспруденції. З огляду на це видалось доречним запропонувати для обговорення — як першу, початкову спробу — деякі міркування стосовно сучасного стану і перспектив цієї теорії. Їх сформульовано тут відповідно до тих основних питань, які передбачається висвітлити у згаданій Національній доповіді¹.

Принагідно зауважимо, що подані нижче положення аж ніяк не претендують на категоричність, беззаперечність, завершеність. Їх призначення — послугувати лише одним із імпульсів для подальших дискусій стосовно названого сюжету.

Насамперед слід відзначити, що в Україні дослідження з теорії права і держави останніми роками планувались та здійснювались відповідно до затверджених НАН України «Основних наукових напрямів та найважливіших проблем фундаментальних досліджень у галузі природничих, технічних і гуманітарних наук на 2009–2013 рр.», складовою яких є також і тематика державно-правова. У ній теорія права і держави подана за такими напрямками:

¹ Ці нотатки підготовлено з урахуванням, зокрема, систематичних звітів Відділення теорії та історії держави і права НАПрН України, а також Доповідей про її діяльність, виголошуваних останніми роками на її Загальних зборах Президентом НАПрН В. Я. Тацієм (див.: Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 1. – С. 3–14; 2010. – № 1. – С. 3–16; 2011. – № 1. – С. 3–13).

- правові механізми забезпечення й захисту прав і свобод людини та громадянина;
- проблеми формування національної правової системи України;
- правове забезпечення державного будівництва, розвитку політичної системи та місцевого самоврядування.

Отож спробуємо схарактеризувати стан досліджень і їх перспективи за кожним з цих напрямів.

1. Правові механізми забезпечення і захисту прав і свобод людини та громадянина.

1.1. Стан правових досліджень в Україні. Однією з неодмінних передумов ефективності трансформаційних процесів в Україні є входження її до європейського правового простору. Це вимагає втілення в її правопорядок європейських гуманітарних стандартів, насамперед — у галузі прав людини.

Дослідження певних аспектів проблеми, які належать до зазначеного напрямку дослідження, здійснюються у декількох вітчизняних наукових і навчальних закладах. А саме: вивчались природа й особливості юридичних гарантій соціально-економічних прав людини (Національний університет «Києво-Могилянська академія» (далі — КМА); особисті немайнові (приватні) права (НДІ приватного права і підприємства НАПрН України (далі — ІППП), Хмельницький університет управління і права); гендерні права (Національний університет «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого» (далі — НЮАУ), Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (далі — ІДП); конституційні гарантії прав і свобод людини і громадянина (Національна академія внутрішніх справ (далі — НАВС).

Та найбільш широко і ґрунтовно «праволюдінна» проблематика досліджується в НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України його Львівською лабораторією прав людини і громадянина (далі — Лабораторія). Значущість її наукових здобутків зумовлюється насамперед тим, що виконувані нею дослідження ґрунтуються на поглиблених розробках філософсько-правового (зокрема, антрополого-правового) й загальнотеоретичного аспектів означеної проблематики. Перш ніж безпосередньо аналізувати міжнародні, а саме європейські, стандарти з прав людини, нею було розроблено низку положень світоглядно-концептуального рівня, які відіграють методологічну роль у дослідженні таких стандартів та їх державно-юридичного забезпечення в Україні. Зокрема, уперше в сучасній загальній теорії прав людини виявлено герменевтичний механізм інтерпретації прав людини.

Особлива увага приділена природно-правовим засадам «праволюдності» проблематики. У такому широкому аспекті ці питання раніше не розглядалися у вітчизняній загальнотеоретичній юридичній науці. До власне методологічних проблем належить також розгорнута соціально-антропна характеристика основоположних прав людини.

Міжнародні стандарти прав людини аналізуються не тільки на базі відповідних всесвітніх та європейських міжнародно-правових актів, а й на основі дослідження міжнародно-правової практики їх застосування (насамперед практики Європейського суду з прав людини; далі — ЄСПЛ).

До вагомих результатів дослідження, яким притаманні певна наукова новизна і практична значущість, належать, зокрема, такі:

- схарактеризовано основні причини плюралізму праворозуміння взагалі, а отже, й інтерпретації прав людини зокрема;
- виявлено соціально-антропну сутність основоположних прав людини та обґрунтовано оновлене визначення їх загального поняття;
- проаналізовано окремі новітні тенденції розвитку інституту прав людини, що мають місце у сучасному міжнародному та внутрішньодержавному праві, зокрема схарактеризовано деякі закономірності процесу формування й співвідношення загальнолюдських і особливих (партикулярних) змістовних ознак прав людини;
- з'ясовано загальні закономірності процесу встановлення і забезпечення відповідності національного законодавства й юридичної практики держави вимогам міжнародних стандартів з прав людини;
- визначено загальні теоретико-методологічні засади національної імплементації міжнародних договорів щодо прав людини та схарактеризовано елементи механізму національної імплементації міжнародних договорів щодо прав людини в юридичну систему України;
- виявлено особливості юридичної природи рішень Європейського суду з прав людини.

Зазначені результати наукової роботи сприятимуть подальшим дослідженням та дискусіям з проблематики прав людини як у загальнотеоретичній, так і в галузевих юридичних науках, а головне — розробці пропозицій з удосконалення юридичних гарантій їх реалізації та захисту.

1.2. Перспективи і напрями подальшого розвитку юридичної науки. У зазначеній площині існує низка проблем, недостатньо опрацьованих або ж таких, які ще взагалі не були предметом загальнотеоретичних та філософсько-правових досліджень. Цим і зумовлюється необхідність проведення наступних досліджень у таких напрямках:

- подальший розвиток загальної теорії прав і свобод людини та громадянина відповідно до потреб їх реалізації й захисту в Україні (включаючи, зокрема, дослідження діалектики універсального і конкретно-історичного у правах людини та в їх реалізації, природи міжнародних «праволюдних» стандартів та критеріїв відповідності їм національної юридичної практики);

- удосконалення методології виявлення соціальної сутності прав людини з використанням евристичних можливостей таких концептуальних дослідницьких підходів, як-от: соціально-антропологічний, потребовий, герменевтичний;

- виявлення й аналіз проблем, що існують у правовій системі України із застосування у ній практики ЄСПЛ, та вироблення пропозицій, спрямованих на їх розв'язання;

- дослідження реального стану здійснення та захищеності основоположних прав людини й інших суб'єктів за посередництвом саме конкретно-соціологічних методів і методик. Адже та інформація з цих питань, що подається, наприклад, у доповідях Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, у матеріалах вітчизняних і зарубіжних громадських правозахисних організацій, а також відомчою та загальнодержавною статистикою, досить часто не збігається. Тому розробки згаданої методики й обґрунтування її евристичних можливостей у праволюдних дослідженнях становлять одне з актуальних завдань юридичної науки.

Істотною прогалиною у таких дослідженнях є й недостатня розробленість проблеми ефективності юридичних гарантій прав і свобод людини та громадянина. Ця проблема також має бути виведена на рівень конкретно-соціологічних досліджень, які ґрунтуватимуться на науково обґрунтованих критеріях та методиці її виявлення.

2. Проблеми формування національної правової системи України.

2.1. Стан розвитку правових досліджень в Україні. У загально-теоретичному аспекті цей напрям ґрунтовно — на монографічному рівні — досліджується протягом тривалого періоду, зокрема, науковцями відділу теорії держави і права ІДП. Ними було уточнено термінопоняттєвий апарат дослідження, дефініцію загального поняття правової системи, її склад, функції, тенденції в сучасний період, можливості удосконалення.

Знаковою подією у цьому аспекті стало видання НАПрН України у 2008 р. 1-го тому кількатомної праці «Правова система України: історія, стан та перспективи», котра в удосконаленому варіанті була вдруге опублікована у 2011 р. (російською мовою).

Фахівцями вітчизняних навчальних і наукових закладів досить широко досліджені й основні елементи правової системи України. А саме:

– правоутворення, джерела права (ІДП, Київський національний університет ім. Т. Шевченка; далі — КНУ), Львівський національний університет ім. І. Франка (далі — ЛНУ), Національний університет «Одеська юридична академія» (далі — ОНЮА);

– принципи права (НЮАУ, КМА);

– законодавча та інша нормотворча діяльність, ефективність її результатів, прогнозування соціальних наслідків реалізації законів, правові засоби адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу (Інститут законодавства Верховної Ради України (далі — ІЗ), ІДП, ЛНУ);

– реалізація права та юридична відповідальність (ІДП, КНУ);

– правосвідомість, правова культура і правове виховання в сучасних умовах (НЮАУ).

Правова система України є також одним із об'єктів дослідження сучасного порівняльного правознавства (ІДП, ОНЮА, ІЗ, НЮАУ, ЛНУ). Такі дослідження дають корисний матеріал для з'ясування загальних тенденцій розвитку правових систем світу в сучасних умовах регіоналізації та глобалізації, а отже — і для прогнозних пропозицій з питань розвитку вітчизняної правової системи.

Дослідження правової системи, будь-яких її елементів завжди ґрунтуються, так чи інакше, на певних вихідних засадах, положеннях *філософсько-правового* ґатунку і мають здійснюватися за посередництвом належної, адекватної *методології*. Цим зумовлюється підвищення актуальності у вітчизняному правознавстві спеціальних філософсько-правових та методологічних напрацювань. З огляду на це останнім часом в Україні досить плідно досліджено такі філософсько-правові сюжети, як: а) праворозуміння — його поняття, класифікації, причини плюралізму, тенденції розвитку та б) верховенство права — його поняття, принципи, вимоги, складові (КМА, ЛНУ, НЮАУ, ІДП).

Оскільки філософсько-правові положення явно чи латентно використовуються як фундамент методології будь-яких праводержавознавчих досліджень, то цілком виправданим видається комплексний аналіз проблем як філософії права, так і методології загальнотеоретичної юриспруденції. Узагальнення результатів наукових досліджень з цієї проблематики дає змогу сформулювати такі основні висновки.

В Україні філософсько-правова наука нині виходить на новий етап розвитку, оскільки її актуальність зростає як ніколи раніше. Це спри-

чинено насамперед тим, що за умов радикальної трансформації усіх сфер суспільного життя, у тому числі й сфери правової, стає вкрай необхідним сформулювати і використовувати таку світоглядно-філософську парадигму, яка могла б послужити надійним концептуальним фундаментом задля наукового обґрунтування і прогнозування правової практики у відповідній ділянці українського соціуму. З огляду на цілком виправдану відмову від соціально-філософської, так би мовити, «однопартійності» (тобто від неподільного панування у суспільствознавстві радянського періоду єдино «дозволеної» історико-матеріалістичної парадигми) у вітчизняній юридичній науці розгорнулись активні пошуки таких філософсько-правових засад, які були б адекватними реальним потребам і тенденціям розвитку правової системи України. Беззаперечними досягненнями у цій діяльності слід вважати, зокрема, досить активне використання українськими фахівцями певних здобутків західної філософії права, відповідної наукової спадщини «дореволюційних» вітчизняних учених, встановлення прямих контактів із фаховими міжнародними інституціями та зарубіжними авторитетами. Як наслідок, в Україні урізноманітнилися, плюралізувались філософсько-правові погляди та концепції. З 2003 р. друкується міжнародний часопис «Проблеми філософії права», який є органом, зокрема, Всеукраїнської асоціації філософії права і соціальної філософії — однієї з майже 50 національних секцій Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (*IVR*). Виконуються численні дисертаційні дослідження з філософсько-правової проблематики. У провідних юридичних ВНЗ викладається курс філософії права, забезпечений відповідними підручниками та посібниками. На базі НАВС систематично проводяться Всеукраїнські наукові конференції з філософсько-правової проблематики. Аналогічні заходи систематично відбуваються і в ЛНУ (з антропології права), а також в ОНЮА (з аксіології права, правової герменевтики тощо).

Разом із тим у цьому загалом позитивному процесі можна констатувати, як видається, й певні недоліки. А саме:

- іноді має місце некритичне запозичення деяких зарубіжних філософсько-правових підходів і концепцій та їх, так би мовити, «дзеркальне» перенесення у вітчизняну філософію права, їх механістичне застосування до вирішення проблем вітчизняного правового життя без урахування його історичних та сучасних особливостей;
- при виконанні деяких дисертаційних досліджень з філософії права іноді спостерігається ігнорування її предметної специфіки, вна-

слідок чого вони подекуди не мають філософсько-правового характеру, а отже, досить штучно «приписуються» до спеціальності 12.00.12 — філософія права;

- у вітчизняних філософсько-правових дослідженнях вкрай незначною є участь представників загальної філософії, через що низка правових аспектів соціальної філософії висвітлюється недостатньо і дещо однобічно.

Усунення означених недоліків у вітчизняній науці філософії права сприятиме оптимізації її розвитку, посиленню її впливу на інші галузі правознавства.

Що ж стосується методології юридичної науки, то тут певними досягненнями можна вважати насамперед те, що в сучасних умовах українські юристи-науковці вже не обмежуються тільки-но однією (раніше навіть адміністративно насаджуваною) методологією досліджень, а вдаються до використання досить різноманітних дослідницьких підходів та методів. Отже, і методологія правознавства набуває справді плюралістичного характеру, що не може не позначатись позитивно на ефективізації правових досліджень. Зокрема, визначено основні тенденції та напрями трансформації методології вітчизняного правознавства, зумовлені важливими видозмінами її предмета (які, у свою чергу, є «реакцією» на нові запити, потреби сучасної соціальної практики в Україні). Разом із тим й у методологічній ділянці юридичної науки можна констатувати певні вади. А саме:

- у виборі та застосуванні деяких дослідницьких методів і засобів подекуди має місце відхід від аксіоматичних постулатів наукового пізнання (насамперед таких, як обумовленість обраних методів дослідження його предметом; необхідність встановлення об'єктивної істини, вірогідність якої можна довести й перевірити, спираючись на соціальну практику як на її надійний об'єктивний критерій; виявлення соціальної сутності правових і державних явищ);

- хоча Національна академія правових наук України раніше вже двічі проводила наукові конференції, спеціально присвячені проблемам розвитку методології вітчизняного правознавства (1996 і 2002 рр.), проте стан виконання їхніх рекомендацій, які публікувалися у «Віснику» цієї Академії, не підлягав систематичному моніторингу. Так чи інакше, назріла потреба здійснити цей моніторинг і знову провести такого роду конференцію, зважаючи, зокрема, на необхідність проаналізувати й узагальнити як досягнення, так і прорахунки у методологічних пошуках українських юристів-науковців;

- набула поширення така практика суто методологічних напрацювань, коли їх автори обмежуються описовою характеристикою лише самих дослідницьких підходів і методів, але при цьому не демонструють їхніх евристичних можливостей у процесі власних предметно-правових досліджень. (Так, навіть у вивченні правових систем дослідницький системний підхід нерідко не стільки реалізується, скільки лише задекларується: їхні елементи аналізуються здебільше ізольовано);

- оскільки наукові праці вітчизняних фахівців вкрай рідко видаються мовами міжнародного наукового спілкування (зокрема, англійською, російською), вони зазвичай залишаються поза увагою зарубіжних фахівців, а тому майже не впливають на європейське правознавство, не «вписуються» у міжнародний правознавчий простір. (Втім це стосується й інших напрямів загальнотеоретичної юриспруденції).

Усунення означених вад сприяло б ефективізації застосування методології вітчизняного правознавства.

2.2. Перспективи і напрями подальшого розвитку юридичної науки.

Стосовно дослідження правової системи України вони зумовлюються насамперед тими проблемами, якими ускладнюється її ефективне функціонування. До них належать, зокрема: наявність певною мірою декларативних законодавчих актів, які майже не застосовуються, не реалізуються, оскільки не забезпечені необхідними юридичними гарантіями; суперечності та неузгодженості між деякими законодавчими й іншими нормативно-правовими актами; відсутність або недосконалість юридичних гарантій здійсненості деяких законодавчих актів; суперечливість окремих законодавчих актів (навіть кодифікованих) відповідним міжнародним стандартам; недостатній рівень правової свідомості, правової культури, особистої відповідальності державних службовців за виконання їхніх обов'язків. Пошукам шляхів і засобів усунення чи послаблення таких вад основних елементів правової системи України і покликані сприяти дослідження фахівців із загальної теорії права і держави.

Отож основними напрямками цих досліджень мали бути насамперед такі:

- виявлення та конкретизація соціальної обумовленості реального стану практики функціонування й розвитку правової системи України в цілому та кожного з її складових елементів;

- аналіз тенденцій модифікації формальних джерел позитивного права України, їх співвідношення та взаємодії;

- вплив всесвітніх і регіональних правових стандартів на функціонування та розвиток вітчизняної правової системи й її основних елементів;

- проблеми типологізації та напрями розвитку внутрішньодержавних правових систем за умов одночасно триваючих процесів: а) збереження й захисту національно-культурної самобутності правових систем; б) інтенсифікації їхніх міжетнічних і міждержавних взаємовпливів та в) сучасних глобалізаційних тенденцій;
- вивчення сучасних тенденцій у тлумаченні юридичних норм;
- виявлення й усунення (спираючись на системний підхід, методологію системного дослідження) структурно-функціональних вад, аномалій, неузгодженостей між окремими елементами правової системи;
- удосконалення методики виявлення соціальної ефективності функціонування кожного з основних правосистемних елементів та її застосування у відповідних соціально-правових дослідженнях;
- виявлення причин деформації правосвідомості державних службовців, інших видів суб'єктів та проектування дієвих засобів послаблення чи усунення таких причин;
- вивчення позитивного зарубіжного досвіду подолання тих чи інших дефектів національної правової системи та його врахування в наукових рекомендаціях і пропозиціях;
- узагальнення сучасних інтерпретацій верховенства права та засад соціально-природного права, а також можливостей і шляхів їх імплементації у правову систему України;
- аналіз сучасних зарубіжних загальнотеоретичних концепцій і вчень про право, про правове регулювання суспільних відносин.

3. Правове забезпечення державного будівництва, розвитку політичної системи та місцевого самоврядування.

3.1. Стан правових досліджень в Україні. З названого напрямку найбільш вагомими здобутками загальнотеоретичного праводержавознавства слід вважати те, що вперше у вітчизняній юридичній науці було піддано ґрунтовному дослідженню проблематику правової та соціальної держави. Зокрема, у працях фахівців практично усіх провідних навчальних і наукових юридичних закладів були розроблені такі фундаментальні питання, як-от: дефініції понять правової держави і соціальної держави, суттєві ознаки й особливості останніх, принципи їх формування та діяльності, функції, напрями і, головне, шляхи формування правової і соціальної держави в Україні.

З оновлених методологічних позицій опрацьовано проблеми демократії, взаємозв'язків держави і громадянського суспільства (ІППП, ОНЮА), форм державного правління, міждержавних стосунків, а також проблематику місцевого самоврядування. Загалом же дослідження за

означеним напрямом дозволили зробити вагомі висновки. (Основні з них викладені, зокрема, у виданій під егідою НАПрН України колективній двотомній праці «Політична система: сучасні проблеми розвитку громадянського суспільства і держави». — К., 2010, а також у колективній праці «Влада в Україні: шляхи до ефективності». — К., 2010).

У першій з них досліджено, зокрема, такі питання, як-от: теоретичні й методологічні проблеми аналізу політичних систем перехідного типу; принципи та інститути правової держави у процесі забезпечення її взаємодії зі суспільством; проблеми синхронізації розвитку правової держави і громадянського суспільства та розвитку інститутів громадянського суспільства у демократичній, правовій, соціальній державі. Як наслідок, доведено існування складних кореляцій та взаємних залежностей між процесами правового і політичного розвитку України та необхідність їх дослідження як одного з важливих завдань сучасної юридичної науки.

У другій же з названих праць на сучасному досвіді України показано, що питання про владу залишається одним із найактуальніших і затребуваних як у суспільній науці, так і практиці. Конкретизація дослідниками цього питання дозволила сформулювати такі положення.

- Нинішня ситуація у владі України робить очевидним фундаментальне призначення влади в реалізації об'єктивно необхідної функції — врегулювання відносин у суспільстві, без чого воно просто зруйнується під впливом його внутрішніх суперечностей.

- Положення про належність влади народу є засадничим для всіх можливих ідей та концепцій демократії, а остання завжди — більшою або меншою мірою — означає народовладдя, тобто визнання суверенітету народу та його вирішальну участь у політичному житті. Невідчужуваність народного суверенітету виключає розуміння установчої влади народу лише як одноразового акту, після якого він нібито втрачає свій суверенітет. Тому ніхто, у тому числі й держава, не може узурпувати народний суверенітет.

- У ході історичного розвитку в демократії виокремились два блоки найважливіших проблем її сучасного розуміння та функціонування: а) конституційна держава та права людини і народу; б) форма держави. Конституційність означає перш за все узаконення організації та здійснення державної влади, а також її обмеження позитивним правом задля забезпечення автономності громадянського суспільства. Правовий характер демократичної держави відображається насамперед у тому, що вона заснована на суб'єктивних правах: праві народу бути

єдиним джерелом державної влади та невідчужуваних правах і свободах людини й громадянина. Відповідно права людини та народний суверенітет виступають основними критеріями, що зумовлюють легітимність законодавчого процесу та якість законодавства у демократичній, правовій державі.

- Демократія є основою соціальної держави і стає, таким чином, соціальною демократією, оскільки вона дає змогу вирішувати не лише політичні проблеми суспільства, а й питання соціальної та економічної рівності.

- Українське суспільство увійшло до нового конституційного порядку, не маючи чіткого усвідомлення щодо змістовного наповнення категорії «конституційний лад», яка законодавцем використана для характеристики принципу народовладдя. Утім сучасний етап розвитку українського суспільства, що надав поштовх до впровадження демократичних принципів народовладдя, не повинен створювати зайвих ілюзій щодо можливості їх безпосередньої реалізації, при цьому не позбавляючи народ права самостійно вирішувати власну долю у ситуації неможливості влади власноруч розв'язувати кризові стани у державі та суспільстві.

- Що ж до оптимізації форми державного правління в Україні, то слід виходити з такого: а) суспільство в країні сьогодні не організоване, перебуває у стані хвилювання, що, в свою чергу, зумовлює відсутність у ньому єдності та злагодженості; б) у суспільстві відсутні сталі, з чітко визначеними програмами, політичні партії, асоціації, об'єднання, які б підтримувалися переважною більшістю народу, домінує багато-партійна роздрібненість; в) пропорційна система виборів, яка існувала раніше, фактично обмежила право громадян бути обраними до представницьких органів влади.

- Змішана форма державного правління є більш гнучкою, оскільки об'єднує елементи як президентської, так і парламентської форм правління; вона є своєрідним синтезом кількох форм правління, враховує історичний досвід французького бонапартизму, американського президентціалізму й британської концепції сильного прем'єр-міністра. Отже, у сучасних умовах модель змішаної форми державного правління є найбільш придатною для нашої країни.

3.2. Перспективи і напрями подальшого розвитку правової науки. Такі напрями зумовлюються необхідністю послабити чи усунути певні недоліки, які ще притаманні означеним дослідженням. Такими недоліками можна вважати, зокрема, таке.

- З предмета державознавчих досліджень зазвичай випадає проблема соціальної сутності сучасних держав (зокрема й України).
 - Недостатньо практикуються порівняльно-державознавчі дослідження (зокрема, в регіоні СНД) — особливо в аспекті, знову ж таки, соціальної сутності держав.
 - Незначна увага приділяється з'ясуванню взаємодії, взаємовпливів в Україні держави та недержавних об'єднань — особливо в умовах, коли кількість і розмаїття останніх збільшились як ніколи раніше.
 - Деякі дослідження держави, які виконуються науковцями-юристами, майже не відрізняються від суто політологічних розвідок. Цьому сприяють, зокрема, ідеї про необхідність «розподілу» юридичної науки загальної теорії права і держави (чи то держави і права) на дві окремішні, самостійні науки: теорію права й теорію держави.
 - Деінде спостерігається підміна власне загальнотеоретичних державознавчих досліджень конституційно-правовими напрацюваннями. Це знову ж таки свідчить про необхідність поглиблення уявлень щодо специфіки предмета праводержавознавчих досліджень у рамках загальнотеоретичної юриспруденції.
 - Недостатньо активно з'ясовується вплив глобалізаційних та інших світових і регіональних процесів на розвиток Української держави.
 - Майже не приділяється увага аналізу новітніх зарубіжних вчень про сутність і тенденції розвитку сучасних держав.
- Отож, актуальними основними напрямками державознавчих досліджень у загальнотеоретичній юридичній науці можна вважати такі:
- конкретизація взаємообумовленості, взаємозалежності держави та права (причому за інтерпретації останнього не тільки у позитивістському, а й в юснатуралістському аспекті);
 - включення до предмета державознавчих досліджень проблематики соціальної сутності сучасних держав (у тому числі України);
 - виявлення взаємозалежності держави, її політики із соціальною структурою суспільства;
 - з'ясування тенденцій і механізмів соціалізації сучасної демократичної держави;
 - вивчення правових форм взаємозалежності внутрішньої і зовнішньої політики держав, зокрема з огляду на регіональні й глобалізаційні процеси та сучасні міждержавні відносини;
 - аналіз проблем трансформації суверенітету держави та його інтерпретацій в умовах одночасно триваючих процесів: а) збереження і захисту національно-культурної самобутності держав; б) інтенсифікації

їхніх міжетнічних і міждержавних взаємовпливів та в) сучасних регіональних і глобалізаційних тенденцій;

– дослідження змісту і напрямів модернізації, трансформації функцій держави у сучасних умовах;

– активізація порівняльно-державознавчих досліджень (при цьому не зводячи їх до зіставлення лише окремих інститутів, органів чи окремих галузей права порівнюваних держав, яке мають здійснювати не загальнотеоретичні, а галузеві юридичні науки);

– прогнозування розвитку Української та інших держав;

– поглиблення уявлень про взаємодію, взаємовідносини сучасної держави з громадськими об'єднаннями, зокрема політичними партіями, у політичній системі суспільства, а також про співвідношення, взаємозв'язки держави, її органів із місцевим самоврядуванням, його структурами й інституціями, вивчення правових форм і засобів взаємодії основних суб'єктів громадянського суспільства з державою в особі її органів;

– аналіз напрямів, правових форм та інструментів національно-етнічної політики держави;

– розширення міждисциплінарних досліджень сучасних держав (залучаючи положення політології, економічної теорії, соціології, інших суспільних наук), але не втрачаючи при цьому юридичної профілізації державознавчих досліджень;

– з'ясування сучасних теоретичних засад і практики реалізації принципу відокремленості держави від церкви і державної освіти від релігії;

– теоретико-правові засади оптимізації розподілу повноважень між різними гілками державної влади, а також між ними й органами місцевого самоврядування;

– аналіз теоретичних засад оптимізації структури й ефективізації діяльності державного апарату;

– розширення вивчення зарубіжних вчень про сучасну державу (концепції інформаційної держави, мережевої держави, держави юристократії тощо).

Реалізація означених напрямів передбачає, зокрема, проведення конференцій та виконання дисертаційних досліджень із відповідної тематики (втім, останніми роками їхня питома вага помітно зменшилась).

Підсумовуючи, зауважимо, що лише узагальнююче-системний (невибірковий) аналітичний огляд загальнотеоретичних праводержавознавчих досліджень в Україні дозволяє представити адекватну картину їх сучасного стану й тенденцій розвитку.

Надати певний матеріал для цього — такою була мета нашої статті. Що ж стосується таких аспектів, як вплив означеної юридичної науки на законодавчу, правозастосовну й навчальну юридичну практику, а також на виокремлення наукових шкіл, які утвердились у цій науці, то інформація щодо цього теж висвітлюватиметься у Національній доповіді з питань розвитку правової науки в Україні.

Рабинович П. Общетеоретическое правовогосударствоведение в Украине: достижения, проблемы, перспективы

В статье характеризуются современное состояние и возможности развития общей теории права и государства, а также философии права. Используются материалы ежегодных отчетов Отделения теории и истории государства и права НАПрН Украины и другие источники.

Ключевые слова: теория прав человека, теория права, философия права, теория государства.

Rabinovych P. The general legal and state theory in Ukraine: advancements, problems, prospects

The article characterizes current conditions and the possibilities of the development of general theory of state and law as well as philosophy of law. The materials of annual reports of the department of theory and history of state and law of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine and other sources are being explored.

Keywords: theory of human rights, theory of law, philosophy of law, theory of state.

УДК 340.111+340.149

С. Погребняк, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Договір: загальнотеоретичне розуміння

Договір як соціальний інститут відомий уже на ранніх етапах розвитку суспільства, що знаходить своє відображення в міфології, релігії та інших нормативних і аксіологічних системах. Проте ідея договору далеко не просто утверджувала себе у правовій свідомості й юридичному мисленні¹.

Видатний англійський історик права ХІХ ст. Г. Мейн зазначав, що серед усіх загальних положень, які стосуються нашого сучасного суспільного устрою, жодне не визнається з більшою здатністю, ніж те, що наше суспільство від суспільного устрою попередніх поколінь розширенням сфери договору². Якщо в традиційних суспільствах права та обов'язки індивіда залежать передусім від соціального статусу, то в сучасних суспільствах їх визначає сам індивід і через договірні відносини. Хоча етнографічні, антропологічні дані, отримані у ХХ ст., дозволяють стверджувати, що різною мірою будь-якому суспільству притаманні як статусні, так і договірні відносини, втім перехід від субординації й підпорядкування до договорів вважається загальною лінією розвитку³. Отже, сьогодні договір виступає одним із головних і таким, що найчастіше зустрічається, втіленням права⁴.

Договір (*contractus*) як юридична категорія починає розроблятися в давньоримському праві. Для позначення угод у ці часи також нерідко використовувалися терміни *convention* та *actum*⁵. Усі вони, у прин-

¹ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М., 2006. – С. 12.

² Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям / Г. С. Мэйн ; пер. с англ. ; изд. 2-е. – М., 2011. – С. 238–239.

³ Примаков Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примаков. – М., 2008. – С. 15.

⁴ Иванов В. В. Общая теория договора / В. В. Иванов. – М., 2006. – С. 7.

⁵ Перетворення *actum* у договір залежало головним чином від того, чи приєднував до нього закон якесь зобов'язання – «окови», якими закон зв'язував разом осіб унаслідок певних добровільних дій. Договором вважалася угода (*actum*) з приєднанням до неї зобов'язання. Без такого приєднання *actum* іменувався «голим», або простим (*nudum*) і не міг отримати судовий захист (див.: Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. – С. 253). Проте поступово преторське право проголошує принцип захищеності всіх *acta*, які не суперечать законам і моральності (див.: Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 16).

ципі, є самостійними поняттями; жодне з них не охоплювало всіх явищ, які мали договірну природу, і не виступало як родова категорія¹.

Так, для римських юристів класичного часу договір полягає в угоді або згоді сторін. У Кодексі Юстиніана договір визначається як угода двох чи кількох сторін про виникнення, перенесення, припинення, збереження, зміну будь-якого права (I. 1. § 2. D. de pact. 2, 14). Договір використовується в усіх галузях права (I. § 3. D. de pact. 2, 14): у праві приватному — як речовий, зобов'язальний, сімейний договір чи договір про спадщину; у праві публічному — як державний договір, конкордат та ін.²

Важливе значення для створення вчення про договір мала діяльність глосаторів (XI–XIII ст.), які зосередили увагу на дослідженні римської юридичної спадщини. Незважаючи на відсутність загального визначення пакту, глосатори в цілому розуміли його як згоду сторін (*consensus*), що досягається за допомогою обміну обіцянками передати майно або вчинити певні дії (*dare vel faceré*) на взаємовигідній основі (*in vicem*), що породжує натуральне зобов'язання. Контракт, відповідно до доктрини глосаторів, — це пакт із власним найменуванням, здатний породжувати позови³. Таким чином, вони повністю усувають різницю між простою, неформальною угодою та угодою, яка має певну форму, визнавши, що обидві вони можуть породжувати відносини зобов'язального характеру, які мають рівну юридичну силу⁴.

Схожих висновків дійшли й каноністи, які поступово починають надавати своїм поглядам на договір більш широкого й загального значення: будь-яке слово зобов'язує незалежно від того, чи є воно присяганням або простою обіцянкою, і будь-яке порушення слова має розглядатися як гріхове. Крім того, вони дійшли висновку, що позовне право сторони, яка постраждала внаслідок порушення, морально виправдане. Грунтуючись на уявленні про те, що договори мають бути юридично зобов'язуючими, якщо вони служать досягненню розумної і справедливої мети, каноністи висунули низку принципів, які були покладені в основу договірного права на наступні століття: *pacta sunt*

¹ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 16.

² Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Ю. Барон : пер. с нем. – СПб., 2005. – С. 156.

³ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dissercat.com/content/kontrakt-i-pakt-v-doktrine-glossatorov-xii-xiii-vv>.

⁴ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 30.

servanda, можливість тлумачення мовчання як знаку згоди, допустимість виправлення договорів, неприпустимість примусу до виконання договору, укладеного під впливом загроз, обману чи помилки, а також недобросовісних договорів¹.

У найширшому значенні інститут договору являє собою узгоджену поведінку, тобто організаційні форми діяльності, зовнішні прояви яких мають багатозначний характер і велике коло застосування в соціальній, економічній, політичній, правовій та інших сферах. Договір виступає як необхідний елемент інтеграції людей у групи, інші колективні утворення, є формою узгодженої взаємодії, яку слід розглядати як життєво необхідну потребу, як здатність до об'єднання, як процес, спрямований на спільну діяльність, встановлення і підтримку відносин, що визначає властивість індивідів співіснувати на основі всіх видів домовленостей².

У сучасній юридичній літературі термін «договір» вживається в найрізноманітніших значеннях: у приватноправовому аспекті — як двосторонній юридичний правочин і правовідносини³; у публічноправовому — як джерело права⁴, у філософсько-правовому — як універсальний, природний саморегулятор суспільства⁵. Разом з тим наука, як правило, вивчає договір тільки в межах окремо взятої галузі. У такому випадку слід погодитись з тим, що підхід до розробки теорії договору як загальноправової конструкції є досить актуальним у зв'язку із зростаючим значенням договору як регулятора суспільних відносин⁶.

¹ Иванов В. В. Общая теория договора. – С. 52.

² Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы. – С. 10.

³ Договір традиційно розглядається в межах теорії правовідносин, зокрема, як різновид юридичних фактів (актів) – правомірних дій суб'єктів права, що здійснюються з наміром установити конкретні правовідносини (див.: Ракова Е. Г. Договор как форма и процедурный институт позитивного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. Г. Ракова. – СПб., 2004. – С. 11).

⁴ У даному випадку йдеться про договір як формальне джерело права, тобто як один із способів формування права, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права.

⁵ У філософсько-правовому аспекті ідея суспільного договору, яка лежить в основі всіх суспільних угод та виконує роль засадничої легітимації, розглядається як загальноєвропейська спадщина. Договірна теорія пов'язує політичну легітимацію зі згодою кожного, тобто не просто колективною, а з дистрибутивною вигодою (див.: Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу / О. Гьофе : пер. з нім. – К., 2003. – С. 204–206).

⁶ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 10–11.

Характеризуючи договір, слід виходити з того, що він являє собою *один із засобів правового регулювання*. Як відомо, категорія «правові засоби» використовується для позначення правових явищ, що втілюються в інструментах (установах) та діях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей¹.

Договір є унікальним правовим засобом, який дозволяє здійснювати як *нормативне, так і індивідуальне правове регулювання*. У першому випадку він встановлює *норми права* — правила поведінки загального характеру, які характеризуються неперсоніфікованістю і невичерпністю. У другому — *індивідуальні правила*, які зазвичай є персоніфікованими і вичерпними; у такій ситуації договір є ніби законом у мініатюрі².

Водночас договір виступає як *засіб координаційного правового регулювання*, тобто регулювання, яке має двосторонній або багатосторонній характер і полягає у встановленні правил поведінки на основі консенсусу³. У загальному випадку договірне правове регулювання включає три стадії: 1) стадію укладання (формування) договору; 2) стадію виникнення і дії (розвитку) договірних правовідносин, 3) стадію реалізації договірних прав та обов'язків⁴.

Особливого значення договірне правове регулювання набуває у *приватному праві*. Завдяки принципу *приватної автономії* фізичні та юридичні особи — в обмеженому обсязі — самі регулюють власні взаємні правові відносини і безпосередньо впливають на конкретне оформлення своїх обов'язків та прав⁵. Суб'єкти мають право самостійно оформлювати свої правовідносини, оскільки вони здатні до «самозаконодавства» у кантівському розумінні. Правопорядок визнає здатність людини до розумного бажання та дії⁶. Завдяки договору вільні люди самі творять право для себе. Саме право, що твориться фізичними та юридичними особами своєю волею і у своєму інтересі

¹ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько ; 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2003. – С. 17.

² Фуллер Лон Л. Анатомія права / Лон Л. Фуллер : пер. з англ. – К., 1999. – С. 87.

³ Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 219.

⁴ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 24.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус : пер. з нім. – К., 2000. – С. 222.

⁶ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп : пер. с нем. – М., 2006. – С. 201.

шляхом укладання між собою договорів, — це в повній мірі приватне право¹. Отже, здатність до реалізації інтересів під власну відповідальність є основою договору, а зв'язаність договором і відповідальність являють собою його неминучі наслідки. Крім того, подібне правове регулювання в умовах приватного права є оптимальним: у даному випадку структурування відносин, що відбувається внаслідок взаємодії індивідів шляхом досягнення угод, дозволяє швидко реагувати на зміну суспільних відносин, веде до появи найбільш адаптованих до реальності правил поведінки².

Приватне право в централізованому порядку (шляхом нормотворчості) пропонує суб'єктам права лише надійний рамковий устрій, який визначає зовнішні межі автономії, створює нормативні програми врегулювання конфліктів, піддає оцінці індивідуальні інтереси щодо захисту та забезпечення, створює особливі захисні зони на користь окремих суб'єктів (наприклад, споживачів). Рамковий характер норми повинен забезпечувати правові умови вільної комунікації суб'єктів приватного права та надавати обов'язкової сили її результатам (договорам). Він найбільш виразно виявляється там, де сторони договору можуть відхилитися від законодавчих приписів та застосовувати їх як диспозитивні правила³.

Особливі регулятивні завдання *публічного права* не дозволяють, аби воно обмежувалося рамковим регулюванням, характерним для приватного права. Для публічного права регулювання має бути програмним, яке здійснюється через законодавчі норми. Тому воно віддає перевагу централізованому, односторонньому регулюванню, яке водночас повинне бути легітимним, доводячи особливий зв'язок своїх рішень із загальним благом⁴. Природно, що в таких умовах договір не може виступати основним засобом публічно-правового регулювання, а використовується лише як субсидіарний інструмент.

Певний виняток тут становить міжнародне публічне право, в якому провідне місце договорів як джерела права пояснюється *суверенністю держав* як основних суб'єктів міжнародного права. Як відомо, суве-

¹ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. – С. 21.

² Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы. – С. 12.

³ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / Е. Шмідт-Ассманн ; пер. з нім. – К., 2009. – С. 326–327.

⁴ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права. – С. 328–329.

ренітет означає незалежність держав на міжнародній арені, автономність їх влади, рівноправність з іншими державами, підкорення лише міжнародному праву¹. Слід також взяти до уваги принцип взаємності, який вимагає від держав взаємного додержання суверенітету. У таких умовах встановлення норм міжнародного права імпліцитно передбачає згоду держав. Одним із ефективних засобів підтвердження такої згоди виступає інститут договору.

Договір являє собою *різновид правового акта*. Як відомо, термін «правовий акт» є багатозначним². У цьому дослідженні ми розуміємо правові акти як зовнішні юридичні форми, що є носіями змістовних елементів правової системи (норм права, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб та ін.) і спрямовані на досягнення певних юридичних наслідків.

Для теорії права важливе значення має поділ правових актів на нормативні та індивідуальні, а також на нормативно-правові акти, інтерпретаційні акти нормативного чи індивідуального характеру, акти застосування права і акти реалізації прав та обов'язків³.

Цікаво зауважити, що договір може конституювати, вводити до правової системи та зовнішньо фіксувати як норми права, так і індивідуальні автономні рішення суб'єктів права. Саме на цьому ґрунтується відоме розрізнення між нормативними й індивідуальними договорами; отже, договір може належати як до нормативних, так і до індивідуальних актів. У першому випадку він може бути визначений як *особливий різновид нормативно-правового акта*, у другому — як *різновид акта реалізації прав та обов'язків*. Це дозволяє характеризувати договір як *правочин* у філософсько-правовому сенсі.

Основними характеристиками договору як правового акта є його суб'єктний склад, зміст, форма, юридична конструкція і правовий режим.

¹ Слід також звернути увагу на те, що суверенітет є своєрідним аналогом автономії волі в міжнародному публічному праві (див.: Васечко А. А. Международный договор как источник внутригосударственного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Васечко. – М., 2008. – С. 17).

² Цим терміном нерідко позначають: а) дію (поведінку), як правило, правомірну, тобто юридичний факт, що є підставою тих чи інших правових наслідків; б) результат правомірної поведінки, тобто юридично значущий змістовний елемент правової системи (юридична норма, індивідуальний припис, акт «автономного» регулювання), що ввійшов у правову тканину внаслідок правотворчої, владної індивідуально-правової чи автономної діяльності суб'єктів; в) юридичний документ, тобто зовнішній словесно-документально оформлений вираз волі, в якому закріплюється правомірна поведінка чи її результат (див.: Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – С. 427).

³ Алексеев С. С. Общая теория права. – С. 433.

Так, *суб'єктний склад договору* утворюють сторони договору, а в окремих випадках також особи, що виступають на стороні договору. *Зміст договору* є вольовою моделлю регульованих договором відносин (поведінки), утвореною вираженими в договорі умовами (первинними логічно завершеними елементами змісту договору). *Форму договору* можна визначити як форму (засоби, способи) виразу або посвідчення волі сторін укласти договір і його змісту. *Юридична конструкція договору* є побудовою змісту договору, яка визначається складом і взаємозв'язком елементів змісту договору і обумовлює, поряд з іншими факторами, належність договору до певного виду (типу). У свою чергу, *правовий режим договору* є сукупністю правових положень, установлених щодо договору, зокрема положень, що визначають порядок його укладення, дії, зміни, припинення, а також форму і зміст договору (договірних правовідносин). Правовий режим конкретного договору може бути визначений як однією, так і двома чи більше галузями права¹.

Важливою особливістю договору як правового акта є його **двосторонній** або **багатосторонній характер**. Інакше кажучи, на відміну від інших правових актів, що можуть бути одноособовим продуктом, утілюють волю лише одного суб'єкта, договір є актом, для створення якого необхідна участь, як мінімум, двох суб'єктів права.

Фундаментальною категорією для сучасного поняття договору є **згода (consensus)**. Р. Потье першим розклав згоду на оферту та акцепт, після чого договір почали розглядати як вираз двох зустрічних волевиявлень сторін, як взаємну згоду, як згоду двох чи більше волей². В основі будь-якого договору лежать розрізнення інтересів сторін, індивідуальність, відокремленість. Узгодження індивідуальних волевиявлень сторін договору передбачає три основні етапи: ініціювання процесу формування згоди, згоду, а також закріплення й реалізацію узгоджених дій у договірному акті³.

Характеризуючи договір, слід зауважити, що він укладається сторонами для досягнення певної **правової мети**, яка визначає загальну спрямованість угоди⁴. Договір породжує певні правові наслідки, настан-

¹ Див.: Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования / М. Ф. Казанцев. – С. 16–18.

² Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – С. 57.

³ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность / Т. А. Парфенова. – С. 11.

⁴ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – С. 58.

ня яких обумовлено тим фактом, що ці наслідки узгоджені й бажаються кількома суб'єктами¹. Природно, що ці наслідки задовольняють інтереси і потреби учасників договору, є корисними для них; у свою чергу, основою інтересу чи користі є мотив, яким керуються сторони, вступаючи в договірні правовідносини, узгоджуючи умови договору, тощо².

Правова мета договору залежить від виду договору. Так, індивідуальний договір спрямований на *встановлення, зміну чи припинення правовідносин*, тоді як метою нормативного договору є *встановлення, зміна чи скасування норм права*.

Слід також звернути увагу на той факт, що воля сторін, яка спрямована до досягнення бажаного для сторін правового результату, має отримати **визнання з боку правопорядку**³. Іншими словами, правопорядок має визнати факт належного узгодження волевиявлень сторін, їх здатність до укладання договору, а також оцінити правомірність мети. В іншому випадку з точки зору права договір не спроможний породити ті правові результати, на настання яких він спрямований.

Крім того, договір має таку рису, як **обов'язковість**. Як зазначається в юридичній літературі, ідея договору полягає в тому, що узгоджені в ньому умови є обов'язковими для партнерів, оскільки кожний із них добровільно підтвердив іншому, що саме їх слід вважати вірними⁴. Слід зауважити, що моральна вимога дотримуватися договору ґрунтується на двох принципах: *на принципі автономії та принципі захисті довіри*. Автономія означає, що гідність того, хто обіцяє, його вимога поважання його як самостійної дієздатної особи вимагає, щоб він виконував зобов'язання, які перебрав на себе у вільному самовиявленні. У свою чергу, захист довіри найтісніше пов'язаний із вимогою орієнтаційної впевненості й послідовності: впорядковане суспільне життя може функціонувати лише тоді, коли можна покластися; договір повинен бути таким надійним принципом відносин між людьми⁵. Крім того, в основі принципу захисту довіри знаходиться ідея *bona fide*. Вона пояснює той факт, що договір здатний обґрунтувати виникнення зобов'язання; укладання договору зобов'язує сторін, тому що кожний іншому довіряє і претендує на зустрічну довіру⁶.

¹ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 200.

² Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность / Т. А. Парфенова. – С. 12.

³ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 200–201.

⁴ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. – М., 1998. – Т. 2. – С. 8.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус. – С. 223.

⁶ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 208.

Цікавою також є проблема перенесення обов'язковості договору на інших осіб. Відповідно до класичної традиції правила договору є обов'язковими для осіб, які його уклали (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)¹, і не мають загального характеру². Відповідно до відомого формулювання ст. 1134 ЦК Франції «правомірні договори стають законом для осіб, які їх уклали»³. Поширення договірних правил на третіх осіб при укладанні нормативного договору пояснюється специфічними відносинами, які існують між стороною договору та третіми особами. Найбільш зрозумілими в даному випадку є стосунки між державою і фізичними та юридичними особами: необхідність підкорення правовим нормам, санкціонованим державою (у тому числі — шляхом укладання договору), обумовлено територіальним і особистим верховенством державної влади. Підкорення може мати інше обґрунтування — наприклад, відносини членства в певній організації (колективі) можуть породжувати обов'язок певної особи дотримуватися правил, які встановлені договором, укладеним організацією (колективом).

Юридична обов'язковість договору забезпечується також *системою договірних санкцій*, що мають ефективно стимулювати додержання його умов, та *можливістю застосування державного примусу*. Державний примус ніби стоїть за спиною договору, вступаючи в дію у випадку його порушення. Цей особливий засіб забезпечення відрізняє договори як акти, що отримали визнання і захист з боку правопорядку, від інших суспільних домовленостей.

З теоретичної точки зору важливе значення має постановка питання про *принципи договору*, тобто провідні засади існування та розвитку цієї правової категорії, основні ідеї, що покладені в її основу і мають враховуватися під час правового регулювання. Залежно від відповідності чи невідповідності тієї чи іншої угоди договірним принципам можна оцінювати, чи є вона взагалі договором у власному значенні цього терміна⁴.

На нашу думку, принципами договору слід вважати:

– *принцип свободи договору*, який означає можливість сторін самостійно, на власний розсуд — у межах, встановлених правом, з дотри-

¹ Международное право / Вольфганг Граф Витцум и др. : пер. с нем. – М., 2011. – С. 79.

² Гунель М. Введение в публичное право. Институты – основы – источники / М. Гунель : пер. с фр. – М., 1995. – С. 271–272.

³ Мережко А. А. Договор в частном праве / А. А. Мережко. – Киев, 2003. – С. 34.

⁴ Калабеков Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков. – М., 2004. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100069588>.

манням загальних принципів права (справедливості, законності, розумності, добросовісності та ін.)¹ — вирішувати важливі питання, зокрема: 1) визначати, укласти чи не укласти договір, тобто вступати або не вступати в договірні відносини (свобода укладення договору); 2) визначати, з ким укласти договір (свобода вибору контрагента договору); 3) визначати, де укласти договір (свобода вибору місця укладання договору); 4) визначати, коли укласти договір (свобода вибору часу укладення договору); 5) визначати форму договору, що укладається (свобода вибору форми договору); 6) визначати вид договору, що укладається (свобода вибору виду договору); 7) визначати зміст (умови) договору, що укладається, включаючи можливість змінювати і скасовувати умови договору (свобода визначення умов договору); 8) розривати договір, іншим чином припиняти дію договору, тобто виходити з договірних відносин (свобода розірвання договору)². Свобода договору нерідко розглядається як прояв конституційного права на вільний розвиток особистості³;

– *принцип рівності учасників договору*, який є похідним від конституційного принципу рівності. Найчастіше рівність учасників полягає в однаковому правовому становищі суб'єктів договору (в тому числі перед публічною владою), наділенні їх однаковими правовими можливостями щодо встановлення та зміни між собою правового зв'язку, обов'язковості узгодження таких можливостей з іншою стороною, наданні їм рівного правового захисту з боку права⁴;

¹ Наприклад, обмеження свободи договору може запроваджуватися з метою захисту певних категорій осіб від несправедливого утискування їх інтересів у договорі, попередження дискримінації (див.: Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии : пер. с нем. – М., 2001. – С. 39–42). Відповідне обмеження також може бути обумовлене особливим статусом особи як суб'єкта владних повноважень. Вважається, що такі особи діють не на основі принципу свободи, а на основі зв'язаної правом компетенції: вона має на меті захист договірного партнера, третіх осіб і на дотримання публічних інтересів (див.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права. – С. 394).

² Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. – С. 33.

³ Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. – С. 39.

⁴ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность. – С. 11; Калабеков Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция.

Водночас слід звернути увагу на те, що виправданість цього принципу піддається сумніву, урахувавши існування нерівноправних договорів (докладніше див.: Иванов В. В. Общая теория договора. – С. 109–116).

– *принцип pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися), який визначався ще Гуго Гроцієм як одне з базових правил природного права: «адже було необхідно, щоб між людьми існував будь-який порядок взаємних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати»¹. Так, він вважається, мабуть, першим основним принципом міжнародного права, нормою *jus cogens*². Згідно зі ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і має ними добросовісно виконуватися. У національному праві він знаходить свій вияв, наприклад, у ст. 526 Цивільного кодексу України чи ст. 139 Кодексу законів про працю України. Без нього, як зазначається в рішенні Міжнародного арбітражу 1903 р. у справі Рудлова між США і Венесуелою, і міжнародне, і цивільне право були б просто сміховиськом³;

– *принцип еквівалентності договору*, що передбачає взаємність прав і обов'язків сторін, які беруть у ньому участь, і його вигідність для всіх сторін⁴. Еквівалент — це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається у програві⁵. Еквівалент є здійсненням ідеї справедливості у відносинах рівних партнерів і тісно пов'язаний із концепцією зрівняльної справедливості (*justitia commutativa*). Ідея еквівалентності в договірних відносинах втілюється, наприклад, у концепції справедливої ціни, справедливих умов праці й справедливої винагороди.

Важливою в контексті загальнотеоретичної характеристики договору є постановка питання про його *функції*. Можна погодитись з тим, що договір як правовий інститут має виконати три функції — регулюючу, інтегруючу та посередницьку, що в сукупності визначає його соціальну цінність⁶. Так, *регулююча функція* визначає зовнішні й вну-

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций : пер. с лат. – М., 1956. – С. 47.

² Лукашук И. И. Современное право международных договоров : в 2 т. / И. И. Лукашук. – М., 2006. – Т. 2. – С. 2.

³ Цит. за: Каламкарян Р. А. Философия международного права / Р. А. Каламкарян. – М., 2006. – С. 52.

⁴ Водночас не можна не відзначити, що питання еквівалентності взаємних зобов'язань є предметом багатоголової дискусії (з цього приводу див.: Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / К. Цвайгерт. – Т. 2. – С. 13–16).

⁵ Иеринг Р. фон. Цель в праве / Р. фон Иеринг // Избр. тр. : в 2 т. ; пер. с нем. – СПб., 2006. – Т. 1. – С. 179.

⁶ Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы / Т. К. Примак. – С. 35–43.

трішні параметри конструювання соціальної реальності і включає, зокрема, такі аспекти, як правотворчість, управління і планування, а також упорядкування суспільних відносин. *Інтегруюча функція* спрямована на появу, відтворення гнучких, адаптованих до динаміки структур та взаємозв'язків. Так, договір сприяє структурній груповій інтеграції, яка спрямована на створення нових (колективних) суб'єктів права, а також забезпечує інтегровану соціальну взаємодію самостійних суб'єктів. У свою чергу, *посередницька функція* забезпечує сталість нормативних й організаційних утворень; у такому випадку договір являє собою альтернативну модель та процедуру вирішення соціальних конфліктів.

Погребняк С. Договор: общетеоретическое понимание

В данной статье договор рассматривается как уникальное правовое средство, которое позволяет осуществлять как нормативное, так и индивидуальное правовое регулирование, выступает средством координационного правового регулирования. Приводится общетеоретическая характеристика договора как разновидности правового акта: подчеркивается, что он имеет двусторонний или многосторонний характер, основывается на согласии сторон, заключающих его для достижения определенной правовой цели, получает признание со стороны правопорядка и др. В статье также определяются основные принципы и функции договора.

Ключевые слова: договор, средство правового регулирования, правовой акт, принципы договора, функции договора.

Pogrebniak S. Contract: general theoretical understanding

In this article, a contract as a unique legal instrument that provides both normative and individual legal regulation and also as an instrument for coordinating legal regulation is viewed. A general theoretical description of the contract as a legal act is shown. It is emphasized that the contract has bilateral or multilateral character and is based on the parties' agreement entering into it to achieve a certain legal purposes, gaining the legal order recognition, etc. The article also defines the basic principles and functions of the contract.

Keywords: contract, legal regulation instrument, legal act, the contract principles, the contract functions.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.4(430)(477)

М. Гультай, кандидат юридичних наук,
суддя Конституційного Суду України

Конституційна скарга: європейський досвід та пропозиції щодо її закріплення в Конституції України

Двадцятирічний досвід становлення та розвитку української державності в умовах динамічної трансформації суспільних процесів логічно призвів до актуалізації конституційно-правової реформи. Рекомендації щодо вдосконалення Конституції України неодноразово висловлювались Парламентською асамблеєю Ради Європи та Європейською комісією «За демократію через право» (Венеціанською комісією). Враховуючи сучасні тенденції право-державотворення, Президент України підтримав ініціативу щодо скликання Конституційної Асамблеї з метою розробки науково-обґрунтованої Концепції внесення змін до Конституції України та підготовки на її основі відповідного законопроекту (законопроектів)¹.

Цей важливий етап конституційно-правової реформи відкриває реальну юридичну перспективу для запровадження на конституційному рівні нових правових інститутів, щодо доцільності яких вже досягнуто суспільно-політичного консенсусу. Серед них одне з чільних місць посідає *інститут конституційної скарги* як апробований провідними країнами світу ефективний засіб вдосконалення національного механізму захисту прав людини, зміцнення верховенства права, реалізації принципу взаємної відповідальності особи та держави².

¹ Див.: Питання формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 25 січня 2012 р. № 31/2012. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/ru/documents/14411.html>; Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 21 лютого 2011 р. № 224/2011. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=224%2F2011>

² Інститут конституційної скарги досліджений відомими вітчизняними конституціоналістами, серед яких: П. Євграфов, А. Головін, В. Кампо, О. Петришин, А. Портнов, А. Селіванов, А. Стрижак, М. Тесленко, П. Ткачук, В. Тихий, В. Шаповал, С. Шевчук та ін.

Необхідність закріплення інституту конституційної скарги на конституційному рівні як передумова його запровадження в національній правовій системі визнається вітчизняними конституціоналістами та західними правознавцями. Як справедливо зауважив Голова Конституційного Суду України А. Головін, проблеми, пов'язані із запровадженням в Україні інституту конституційної скарги, лишаються ще далекими від остаточного вирішення. Це насамперед обумовлено тим, що запровадження такого правового інституту потребує внесення змін до Конституції України, відповідних положень кодексів і законів України¹. Відомий дослідник О. Люхтерхандт (Otto Luchterhandt) вказує, що «незалежно від того, на якій процедурі судочинства зрештою зупинить свій вибір національний законодавець, очевидно, що запровадження індивідуальної скарги припустиме лише в тому випадку, якщо конституція в явній або прихованій формі — «між рядків» — передбачає таку можливість»².

Отже, метою цієї статті є огляд наявних у вітчизняній конституційно-правовій думці та розробка власних пропозицій щодо закріплення інституту конституційної скарги в Конституції України з урахуванням досвіду його нормативно-правової регламентації в конституціях провідних європейських держав.

Однією з перших країн світу, яка закріпила індивідуальну скаргу на конституційному рівні, стала *Швейцарія*. Цей інститут був передбачений ще Конституцією Швейцарської Конфедерації 1874 р. і отримав своє продовження в Союзній конституції Швейцарської Конфедерації, що була прийнята 18 квітня 1999 р. та діє з 1 січня 2000 р.³ Питанням конституційної скарги присвячено лише одне положення Конституції: в п. «а» ч. 1 ст. 189 «Конституційна юрисдикція» вказується, що «Союзний Суд розглядає скарги на порушення конституційних прав». Усі особливості подання та розгляду конституційних скарг визначені Федеральним законом «Про організацію судочинства»⁴.

¹ Вступне слово Голови Конституційного Суду України Анатолія Головіна на Міжнародній конференції «Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу» з нагоди 15-ї річниці Конституційного Суду України у рамках головування України в Комітеті міністрів Ради Європи 16 вересня 2011 року в Києві [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/153893>

² Otto Luchterhandt Protection of fundamental rights in the Constitutional Courts on the basis of individual complaints. General survey [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/101.htm>

³ Союзная конституция Швейцарской Конфедерации от 18 апреля 1999 года // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3 / под общ. ред. и со вступ. ст. директора законодательства и сравнит. правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 536–579.

⁴ Bundesgesetz über das Bundesgericht [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/1/173.110.de.pdf>

На особливу увагу заслуговує конституційний досвід *Австрії*, основу конституційного законодавства якої становить Федеральний конституційний закон (далі — ФКЗ), що набув чинності ще 10 листопада 1920 р. і діє до сьогодні з численними змінами та доповненнями¹. На конституційному рівні докладно регламентовано діяльність Конституційного Суду Австрії, який був створений в 1920 р. і є найстаршим спеціалізованим органом конституційного судочинства в Європі. До його повноважень віднесено широке коло питань, викладених у статтях 137–148 підрозділу D «Конституційний Суд» Шостого Розділу «Гарантії дотримання Конституції та законності управління» ФКЗ Австрії, серед яких і *питання індивідуальних конституційних скарг*. Останнім присвячено положення ч. 1 ст. 139, ст. 139а та ч. 1 ст. 140 ФКЗ, що уповноважують Конституційний Суд Австрії розглядати індивідуальні скарги від осіб не лише щодо «протиконституційності» законів, а й «протизаконності» підзаконних нормативно-правових актів, якими безпосередньо порушені їх права у випадках, коли закон чи постанова діють відносно скаржника без винесення судового рішення або видання спеціального наказу. Можливість оскарження до Конституційного Суду індивідуальних правозастосовних актів окремо передбачена у ст. 144 (частини 1–3) ФКЗ Австрії.

Слід зауважити, що в Австрії не вказується на вимогу щодо порушення прав і свобод, передбачених саме ФКЗ, як передумову подання конституційної скарги. Це напевно пояснюється тим, що ФКЗ Австрії переважно регламентує питання, які стосуються порядку організації та діяльності органів державної влади, а також розподілу повноважень між Федерацією та її суб'єктами (землями) і не містить окремого розділу, спеціально присвяченого правам і свободам людини².

У *Федеративній Республіці Німеччина*, що має чи не найширший у світі досвід функціонування інституту конституційної скарги, останній закріплено на конституційному рівні у ст. 93 Розділу IX «Право-

¹ Конституция Австрийской Республики. Федеральный конституционный закон от 10 ноября 1920 года // Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 1 / под общ. ред. и со вступ. ст. директора законодательства и сравнит. правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 27–114.

² Правам і свободам людини присвячено окремі закони, головними з яких є Основний закон держави «Про загальні права громадян королівств і земель, що представлені в Імперській раді» від 21 грудня 1867 р., який діє в частині, що не суперечить ФКЗ Австрії, а також Федеральний конституційний закон «Про захист особистої свободи» від 29 листопада 1988 р. Названі конституційні акти визнають та захищають перелік основоположних прав і свобод, що відповідає загальноновизнаним європейським стандартам.

суддя» Конституції ФРН від 23 травня 1949 р.¹ Відповідно до п. «4а» ч. 1 ст. 93 Основного Закону Федеральний Конституційний Суд ФРН уповноважений розглядати «конституційні скарги, що можуть бути подані будь-якою особою, яка вважає, що державна влада порушила одне з її основних прав або одне з прав, указаних у статтях 20 (ч. 4), 33, 38, 101, 103 і 104 Основного Закону». Відповідно до п. «4б» ч. 1 ст. 93 Конституції Федеральний Конституційний Суд ФРН також розглядає справи за конституційними скаргами общин і об'єднань общин із приводу порушення яким-небудь законом права на самоврядування, передбаченого ст. 28 Основного Закону. Як бачимо, на відміну від Австрії, у ФРН на конституційному рівні чітко визначено як підставу конституційної скарги порушення державною владою фундаментальних прав особи, закріплених у Розділі I Основного Закону ФРН, а також окремих інших прав, на які вказує п. «4а» ч. 1 ст. 93 Конституції ФРН.

Досить розвинутий та ефективний інститут конституційної скарги діє в Іспанії (так звана *процедура ампаро* — «*recursos de amparo*»). Його засади закладено Розділом 9 «Про Конституційний Суд» (статті 159–165) Конституції Королівства Іспанії від 27 грудня 1978 р.², де серед інших повноважень органу конституційного контролю вказується на ухвалення ним «рішення про захист прав і свобод, перерахованих у п. 2 ст. 53 цієї Конституції у формах і випадках, передбачених законом» (п. «б» ч. 1 ст. 161 Конституції).

Відповідно до п. 2 ст. 53 Конституції Іспанії, будь-який громадянин може вимагати судового захисту прав і свобод у випадках порушення принципу рівності перед законом та допущення дискримінації; зазіхання на право відмови від військової служби з мотивів невідповідності переконанням; а також посягання на основоположні права, перелік яких закріплено у статтях 15–29 Відділу 1 «Про основні права і громадські свободи» Глави другої «Права і свободи» Розділу 1 «Про основні права і обов'язки» Конституції Іспанії. На конституційному рівні визначено також суб'єктів подання конституційної скарги, якими можуть бути будь-які фізичні або юридичні особи, що посилаються на

¹ Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 года // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1 / под общ. ред. и со вступ. ст. директора законодательства и сравнит. правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 581–636.

² Конституция Испании от 27 декабря 1978 года // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 2 / под общ. ред. и со вступ. ст. директора законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 51–94.

законні інтереси, а також захисник народу і прокуратура (п. «б» ч. 1 ст. 162 Конституції Іспанії).

Особливості конституційної регламентації інституту конституційної скарги в Іспанії підтверджуються й досвідом *Польщі*. Положення, що стосуються цього конституційно-правового інституту, містяться в Розділі II «Свободи, права та обов'язки людини і громадянина» (ч. 1 ст. 79), а також у підрозділі «Конституційний Трибунал» Розділу VIII «Суди і Трибунали» (п. 5 ст. 188) Конституції Республіки Польща від 2 квітня 1997 р.¹ Остання вказує також на суб'єктів подання конституційної скарги (п. 6 ч. 1 ст. 191 Конституції), якими може бути кожний, чий конституційні свободи або права виявились порушеними.

Основи конституційно-правового статусу інституту конституційної скарги в *Російській Федерації* закладає Конституція РФ, яка набула чинності 25 грудня 1993 р. з дня її офіційного оприлюднення (чинна редакція діє з 31 грудня 2008 р.)². Питання конституційного судочинства викладено поряд із загальними положеннями про організацію і здійснення судової влади — у Главі 7 «Судова влада» Конституції РФ. Конституційному Суду РФ безпосередньо присвячена ст. 125 Основного Закону, в якій серед інших його повноважень вказується, що «Конституційний Суд Російської Федерації за скаргами на порушення конституційних прав і свобод громадян і за запитам судів перевіряє конституційність закону, застосованого або такого, що підлягає застосуванню, в конкретній справі, у порядку, встановленому федеральним законом» (ч. 4 ст. 125 Конституції РФ). Ця норма виступає єдиним положенням Конституції РФ, що безпосередньо стосується конституційної скарги.

Отже, дослідження досвіду конституційної регламентації інституту конституційної скарги у країнах — засновницях його різних моделей (Швейцарія, Австрія, Німеччина, Іспанія), а також державах, що мають близькі до України правові традиції (Польща, Російська Федерація), дозволяє визначити основні тенденції його закріплення на конституційному рівні, а саме:

¹ Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 года // Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 2 / под общ. ред. и со вступ. ст. директора законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 687–732.

² Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс] : принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. – Режим доступа: <http://www.constitution.ru>. Текст звірений з офіційним виданням Конституції Російської Федерації. Дані про ухвалення, оприлюднення та внесення змін до Конституції РФ див.: <http://www.constitution.ru/10003000/note.htm>.

1) запровадження конституційної скарги передбачає її закріплення у конституціях, однак конституційно-правова регламентація цього інституту не має високого ступеню деталізації та закладає лише засади його правового регулювання. На конституційному рівні, як правило, у загальному вигляді визначаються підстави конституційної скарги (порушення конституційних прав і свобод), її предмет (коло юридичних актів (дій), які підлягають оскарженню), суб'єкти (фізичні та (або) юридичні особи), а також юридична обов'язковість та наслідки рішень органів конституційного судочинства, у тому числі за результатами розгляду конституційних скарг;

2) положення про конституційну скаргу переважно викладаються в розділах конституцій, які присвячені організації та діяльності судової влади, або в окремих розділах, що стосуються конституційної юстиції. В усіх досліджених конституціях повноваження щодо приймання та розгляду конституційної скарги були викладені поряд з іншими повноваженнями органів конституційного судочинства у відповідних статтях основних законів. У більшості розглянутих країн право осіб на конституційну скаргу було закріплено також у відповідних розділах (главах) конституцій, присвячених основоположним правам і свободам, де й визначалась у загальному вигляді національна модель конституційної скарги;

3) процесуальні питання подання та розгляду конституційних скарг, вимоги щодо їх прийнятності, зокрема, вичерпання інших засобів національного правового захисту, вимоги щодо строків подання скарг, юридичного представництва скаржників, судових витрат, форми конституційної скарги, а також особливості перегляду рішень судів та інших правозастосовних органів у зв'язку із задоволенням конституційних скарг вирішуються не на конституційному рівні, а у спеціальних законах про конституційні суди (трибунали), які переважно мають статус конституційних або органічних (зокрема, Федеральний закон ФРН «Про Федеральний Конституційний Суд» від 12 березня 1951 р., Органічний Закон Іспанії «Про Конституційний Суд» від 3 жовтня 1979 р., Закон Республіки Польща «Про Конституційний Трибунал» від 1 серпня 1997 р., Федеральний конституційний закон «Про Конституційний Суд Російської Федерації» від 21 липня 1994 р. та ін.).

Розглянутий досвід іноземних країн має бути покладений в основу розробки науково обґрунтованих пропозицій щодо конституційного закріплення інституту конституційної скарги в Україні. Останніми роками вітчизняними дослідниками було висунуто низку ідей щодо його конституційної регламентації, зокрема, А. Портнов переконаний, що «на сьогодні законодавче запровадження інституту конституційної

скарги потребує внесення змін насамперед до Конституції України, оскільки його існування Основним Законом не передбачене. Для цього доцільно запропонувати доповнити ч. 2 ст. 147 Конституції України словами «а також захищає порушені права і свободи громадян, іноземців, закріплені в Конституції України»¹. У такому разі це положення Основного Закону звучатиме так: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України, а також захищає порушені права і свободи громадян, іноземців, закріплені в Конституції України».

Слід визнати доцільним закріплення на конституційному рівні такого функціонального призначення Конституційного Суду України, як захист прав і свобод особи. Однак це положення не становитиме достатню конституційну підставу інституту конституційної скарги, оскільки, незважаючи на тісний зв'язок між такою скаргою та забезпеченням прав людини органами конституційної юрисдикції, ці інститути мають самостійне значення. Завдання щодо забезпечення прав і свобод реалізується Конституційним Судом України і зараз через здійснення всіх його повноважень, передбачених Розділом XII Конституції України та ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР².

Т. Бринь зазначає, що варто було доповнити ч. 2 ст. 150 Конституції України словами: «а також за конституційною скаргою», а ст. 55 Конституції України — новою ч. 3 такого змісту: «Кожен має право на конституційну скаргу»³. На нашу думку, досліджуваний інститут потребує більш докладної регламентації на конституційному рівні, яка б заклала основу національної моделі конституційної скарги та загалом характеризувала її основні елементи.

В одному з проектів Закону України «Про внесення змін до Конституції України», розробленого за участю працівників Управління

¹ Портнов А. В. Становлення і розвиток конституційного судочинства в Україні: теоретичні і практичні проблеми : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02 / А. В. Портнов – К., 2009. – С. 320; Портнов А. В. Запровадження інституту конституційної скарги в Україні: теоретичні та правові проблеми, шляхи їх вирішення / А. В. Портнов // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 454.

² Більш докладно див.: Гультай М. Функціональні характеристики інституту конституційної скарги та модель його впровадження в Україні / М. Гультай // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 186, 187.

³ Бринь Т. О. Конституційний Суд України в механізмі захисту та забезпечення прав і свобод людини і громадянина : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Т. О. Бринь. – Х., 2010. – С. 140, 154.

правової експертизи Секретаріату Конституційного Суду України (на засадах правової допомоги суб'єктам, які наділені правом законодавчої ініціативи) щодо регламентації інституту конституційної скарги і запровадження її в українську правову систему, пропонувалося доповнити ч. 1 ст. 150 Конституції України новим п. 3 такого змісту: «3) розгляд конституційних скарг громадян України, іноземців та осіб без громадянства на порушення їх конституційних прав і свобод законами України, на основі яких суди загальної юрисдикції та інші органи державної влади прийняли остаточне рішення»¹.

Погоджуючись із доцільністю внесення змін саме до ст. 150 Конституції України, яка визначає повноваження Конституційного Суду України, вважаємо, що запропоноване формулювання породжує невизнаність у питанні щодо актів, які виступають предметом оскарження, а також мети конституційного провадження: вирішення питання про конституційність законів або скасування остаточних рішень судів загальної юрисдикції чи інших органів державної влади, якими порушено конституційні права і свободи громадян. У останньому випадку Конституційний Суд України фактично перетворюється на чергову касаційну інстанцію, що не відповідає його статусу та призначенню як єдиного органу конституційної юрисдикції.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Н. Карпачова ще в 2002 р. звернулася до Голови Верховної Ради України з поданням, в якому просила ініціювати розгляд парламентом питання про внесення змін до Конституції України щодо «забезпечення права громадян України, іноземців та осіб без громадянства на внесення конституційної скарги на порушення чи обмеження конституційних прав і свобод людини у конкретних законах або у нормативно-правових актах, вирішення питання про конституційність яких належить до компетенції Конституційного Суду України»².

Близьку модель конституційної скарги відстоював А. Селіванов, який запропонував через процедуру внесення змін до Конституції України, передбачену статтями 154–159, закріпити у п. 1 ч. 1 ст. 150 серед повноважень Конституційного Суду України положення про те, що «правом на звернення з індивідуальною чи колективною скаргою

¹ Бринь Т. О. Конституційний Суд України в механізмі захисту та забезпечення прав і свобод людини і громадянина : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Т. О. Бринь. – Х., 2010. – С. 147, 148.

² Про право громадян України, іноземців та осіб без громадянства на конституційну скаргу [Електронний ресурс] : Подання Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – Режим доступу: http://www.ombudsman.kiev.ua/p_02_15-20.htm

на порушення конституційних прав і свобод наділені громадяни, права і свободи яких порушуються законом»¹.

Визнаючи доречність таких пропозицій, вважаємо, що запровадження моделі конституційної скарги, близької до так званої квазіпублічної скарги (*quasi actio popularis*)², може призвести до значної кількості необґрунтованих скарг чи зловживання правом на таку скаргу. Тому більш доцільною в умовах сучасного розвитку конституційної юстиції України вбачається модель *нормативної конституційної скарги*, яка пов'язана з розглядом конкретної справи, проте оскарженню підлягає лише нормативний акт, покладений в основу ухвалення індивідуального акта (передусім остаточного рішення суду). Оскільки конституційному контролю підлягає коло актів, визначених у п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України, цілком логічно визнати саме такий перелік правових актів предметом конституційної скарги.

Таким чином, запровадження в Україні інституту конституційної скарги потребує внесення змін передусім до ст. 55 та ст. 150 Конституції України, які дозволять закласти національну модель конституційної скарги. Вважаємо, що абз. 6 п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України слід доповнити положенням: *«а також за конституційними скаргами осіб, у разі, якщо застосування цих актів у конкретних справах, по яких ухвалено остаточні рішення суду чи іншого державного органу, призвело до порушення їх прав і свобод, закріплених Конституцією України»*. У ньому ж слово *«зверненнями»* слід замінити словосполученням *«конституційними поданнями»*.

Тоді п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України матиме таку редакцію:

«Стаття 150. До повноважень Конституційного Суду України належить:

1) вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність):

законів та інших правових актів Верховної Ради України;

актів Президента України;

актів Кабінету Міністрів України;

правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Ці питання розглядаються за конституційними поданнями: Президента України; не менш як сорока п'яти народних депутатів України; Верховного Суду України; Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Верховної Ради Автономної Республіки Крим; а також

¹ Див.: Селіванов А. Конституційна скарга громадян в реаліях сучасності / А.Селіванов, П. Євграфов // Право України. – 2003. – № 4. – С. 83, 84

² Див.: п. 76 Доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (85 пленарне засідання, Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.venice.coe.int>

за конституційними скаргами осіб, у разі, якщо застосування цих актів у конкретних справах, по яких ухвалено остаточні рішення суду чи іншого державного органу, призвело до порушення їх прав і свобод, закріплених Конституцією України».

Доповнити ч. 2 ст. 150 Конституції України положенням такого змісту: «У визначених законом випадках та порядку рішення Конституційного Суду України виступають підставою для перегляду остаточних рішень суду чи іншого державного органу».

Нарешті, ст. 55 Конституції України слід доповнити частиною 4 такого змісту: «Кожен має право звертатися з конституційною скаргою до Конституційного Суду України за захистом своїх прав і свобод у межах, визначених статтею 150 цієї Конституції» (частини 4, 5 відповідно стануть частинами 5, 6 ст. 55 Основного Закону).

Викладені пропозиції ґрунтуються на європейському досвіді конституційної регламентації інституту конституційної скарги, однак вимагають широкої фахової дискусії. Гідною платформою для їх обговорення має стати Конституційна Асамблея, до основних завдань якої віднесено узагальнення практики реалізації Конституції України, а також пропозицій і рекомендацій щодо її вдосконалення з урахуванням досягнень і тенденцій сучасного конституціоналізму¹.

Гультай М. Конституционная жалоба: европейский опыт и предложения по ее закреплению в Конституции Украины

В статье исследуются особенности нормативно-правовой регламентации института конституционной жалобы в конституциях ведущих европейских государств (Швейцарии, Австрии, ФРГ, Испании, Польши, РФ); анализируются изложенные в литературе предложения относительно закрепления института конституционной жалобы в Конституции Украины, а также предлагаются авторские разработки соответствующих изменений к Основному Закону.

Ключевые слова: конституционная жалоба, Конституционный Суд, Конституция, изменения к Конституции Украины, Конституционная Ассамблея.

Gultay M. Constitutional complaint: European experience and proposals of its introduction to the Constitution of Ukraine

The article is devoted to the study of normative regulation of constitutional complaint in constitutions of the leading European states (Switzerland, Austria, Germany, Spain, Poland, Russian Federation); analysis of present proposals of introduction of constitutional complaint to the Constitution of Ukraine; drafting proper author's amendments to the Basic Law.

Keywords: constitutional complaint, constitutional court, constitution, amendments to the Constitution of Ukraine, Constitutional Assembly.

¹ Див.: п. 3.1 Указу Президента України «Питання формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї» від 25 січня 2012 р. № 31/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/ru/documents/14411.html>

УДК 342.711(477)

І. Лиска, суддя Київського окружного адміністративного суду

Умови і порядок набуття закордонними українцями громадянства України

Однією з актуальних проблем, що турбує закордонних українців, є набуття ними українського громадянства. Громадянство відіграє в житті кожної людини надзвичайно важливу роль. Воно є необхідною передумовою для отримання особою, крім загальноновизнаних прав людини, більш широкого комплексу прав громадянина: політичних, соціальних, економічних, культурних тощо.

Умови і порядок набуття закордонними українцями українського громадянства визначаються законом. Проте внаслідок відсутності вітчизняного досвіду національне законодавство з цього питання сформувалося з певними недоліками та потребує вдосконалення, що, у свою чергу, вимагає належного наукового забезпечення законотворчого процесу.

Водночас питання законодавчого врегулювання набуття закордонними українцями громадянства України у конституційно-правовій літературі майже не досліджувалося. Тому актуальним завданням вітчизняної конституційно-правової науки є аналіз національного законодавства з питань набуття закордонними українцями громадянства України і формулювання пропозицій щодо його вдосконалення.

Держави, що, як і Україна, здійснюють репатріаційну діаспоральну політику, приділяють значну увагу створенню сприятливих умов для набуття їх закордонними співвітчизниками громадянства цих держав.

Так, наприклад, відповідно до частини другої статті 25 Конституції Республіки Болгарія особи болгарського походження отримують болгарське громадянство у спрощеному порядку¹. За пунктом 2 частини першої статті 17 Закону Литовської Республіки «Про громадянство Литовської Республіки» від 5 червня 1991 року за особами литовського походження, які проживають в інших державах, безстроково зберігається право на громадянство Литовської Республіки. Особою литовського походження вважається особа, батьки чи дід або

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1 / под ред. А. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 398.

бабка якого є литовцями і сама особа визнає, що вважає себе литовцем¹ тощо.

Проблема набуття громадянства України вихідцями з її території постала перед державою одразу після проголошення її незалежності. Варто зауважити, що вирішенню цієї проблеми приділялася увага протягом всього періоду після проголошення незалежності України. Водночас слід зазначити, що законодавство з цього питання пройшло довгий шлях у своєму розвитку перш ніж у ньому були сформульовані правові норми, що дозволяли набуття громадянства України у спрощеному порядку всім закордонним українцям, які територіально походять з України.

Важливе значення для регулювання питань громадянства України мав Закон України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 року, згідно з яким громадянами України визнавалися всі громадяни Союзу РСР, які на момент проголошення незалежності України постійно проживали на її території. Проте він не вирішував проблему набуття громадянства України вихідцями з України, які проживали постійно за її межами.

Першим нормативно-правовим актом, у якому було зроблено спробу врегулювати проблему спрощеного набуття українського громадянства вихідцями з України, став Закон України «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 року. У пункті 2 статті 2 цього Закону встановлювалося, що особи, які працюють за державним направленням, проходять військову службу або навчаються за межами України, за умови, якщо вони народилися чи довели, що постійно проживали на її території, не перебувають у громадянстві інших держав і не пізніше як через рік після набрання чинності цим Законом виявили бажання стати громадянами України, є громадянами України.

Положенням пункту 2 статті 2 передбачало можливість набуття громадянства України особами, які на час здійснення нею правонаступництва перебували з поважних причин за її межами. За наведеною процедурою визначалася належність вказаних категорій вихідців з України до її громадянства. Умови визначення належності до громадянства України були значно простішими порівняно з умовами прийняття до громадянства України, через яке набували українське громадянство інші особи. Адже згідно з частиною другою статті 17 зазна-

¹ Сборник нормативно-правовых актов стран СНГ и Балтии по вопросам гражданства / сост.: В. Андриенко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. – К., 2000. – С. 203.

ченого Закону умовами прийняття до громадянства України були: відмова від іноземного громадянства; постійне проживання на території України протягом останніх п'яти років. Це правило не поширювалося на осіб, які виявили бажання стати громадянами України за умови, якщо вони народились чи довели, що хоч би один з їх батьків, дід чи баба народилися на її території і не перебувають у громадянстві інших держав; володіння українською мовою в обсязі, достатньому для спілкування; наявність законних джерел існування; визнання і виконання Конституції України.

За Законом «Про громадянство України» простішими були не лише умови визначення належності до громадянства України, а й порядок його набуття. По-перше, документи щодо визначення належності до громадянства України розглядалися стосовно осіб, які постійно проживали на її території, двома інстанціями і рішення приймалися органами внутрішніх справ України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, а стосовно осіб, які постійно проживали за межами України, — однією інстанцією і рішення приймалося Міністерством закордонних справ або дипломатичними представництвами чи консульськими установами України.

Водночас документи про прийняття до громадянства України розглядалися п'ятьма інстанціями і рішення приймав Президент України. Крім того, розгляд документів про визначення належності до громадянства України здійснювався протягом місяця, а про прийняття до громадянства України — протягом року.

Однак за вказаним Законом процедура визначення належності до громадянства України поширювалася лише на осіб, які працювали за державними направленнями, проходили військову службу або навчалися за межами України. Таким чином, більшість вихідців з України не могли нею скористатися. Навіть для тих категорій вихідців з України, на яких поширювався спрощений порядок набуття українського громадянства, він встановлювався лише на 1 рік.

Спроба поширити дію спрощеної процедури визначення належності до громадянства України на осіб, які незаконно були вислані з її території, шляхом прийняття Верховною Радою України відповідної постанови була невдалою. Так, Кабінет Міністрів України 2 листопада 1995 року вніс на розгляд Верховної Ради України проект Постанови Верховної Ради України «Про тлумачення пункту 2 статті 2 Закону України “Про громадянство України”». У ньому пропонувалося поширити вказану процедуру на депортованих осіб. Однак Президія

Верховної Ради України Постановою від 15 січня 1996 року повернула Кабінету Міністрів України поданий проект постанови для підготовки пропозицій про внесення змін до Закону України «Про громадянство України».

Під час вдосконалення вказаного Закону держава прагнула розв'язати проблему створення сприятливих умов для набуття громадянства України вихідцями з її території. У 1993 році чинність положення про визначення належності до громадянства України було продовжено на рік, у 1994 році — до п'яти років, у 1997 році — до 31 грудня 1999 року, у 2000 році — до 31 грудня 2004 року, а у 2001 році процедуру визначення належності до громадянства у новій редакції Закону було замінено процедурою набуття громадянства України за територіальним походженням, термін чинності якої не обмежувався.

Зміни, внесені до вказаного Закону, стосувалися не лише термінів чинності спрощеної процедури набуття громадянства України, а й розширення кола осіб, на яких вона поширюється. За змінами, внесеними у 1994 році, нею могли скористатися будь-які вихідці з України, які виїхали з неї на законних підставах на постійне проживання до іншої країни. У 1997 році це положення знову було змінено. Згідно з ним особи, які народилися або постійно проживали на території України, а також їх нащадки (діти, онуки), якщо вони на 13 листопада 1991 року проживали за межами України, не перебувають у громадянстві інших держав і до 31 грудня 1999 року подали у встановленому цим Законом порядку заяву про визначення своєї належності до громадянства України, визнаються громадянами України. Отже, коло осіб, які могли скористатися положенням про визначення належності до громадянства України, включало всіх вихідців з України, які станом на 13 листопада 1991 року проживали за межами України.

Непростою проблемою для осіб, які виявили бажання визначити свою належність до громадянства України, було підтвердження їх походження з України. Особливо це буває складним, коли клопотання порушує особа, дід чи баба якої народилися або постійно проживали на території України. Документи, що підтверджують факт їхнього народження або постійного проживання на території України, особливо ті, що були у церквах чи мечетях, часто не збереглися. Багато документів було втрачено державними органами і під час Другої світової війни. У зв'язку з цим особи мали вирішувати проблему набуття громадянства України через процедуру прийняття до громадянства України, що суттєво продовжувало термін набуття ними громадянства України.

Враховуючи, що в силу різних причин, у тому числі й у зв'язку з недоліками чинного законодавства України, не всі вихідці з території України мали можливість набути громадянство України шляхом визначення своєї належності до нього, у новій редакції Закону «Про громадянство України» від 18 січня 2001 року зі змінами від 16 червня 2005 року було встановлено чинну процедуру набуття громадянства України вихідцями з її території.

Стаття 8 зазначеного Закону визначає коло осіб, які мають право на набуття громадянства України за територіальним походженням. Відповідно до її частини першої особа, яка сама чи хоча б один з її батьків, дід чи баба, рідні (повнорідні та неповнорідні) брат чи сестра, син чи дочка, онук чи онука народилися або постійно проживали до 24 серпня 1991 року на території, яка стала територією України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України», або яка сама чи хоча б один з її батьків, дід чи баба, рідні (повнорідні та неповнорідні) брат чи сестра народилися або постійно проживали на інших територіях, що входили на момент їх народження або під час їх постійного проживання до складу Української Народної Республіки, Західноукраїнської Народної Республіки, Української Держави, Української Соціалістичної Радянської Республіки, Закарпатської України, Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР), і є особою без громадянства або іноземцем, який подав зобов'язання припинити іноземне громадянство, та подала заяву про набуття громадянства України, а також її неповнолітні діти реєструються громадянами України. Іноземці, які є громадянами (підданими) кількох держав, подають зобов'язання припинити громадянство всіх цих держав. Іноземці, яким надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, замість зобов'язання припинити іноземне громадянство подають декларацію про відмову особи, якій надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, від іноземного громадянства.

За Законом особа, яка набула громадянство України, перебуваючи в статусі іноземця, і взяла зобов'язання припинити іноземне громадянство, має припинити його і подати документ про це, виданий уповноваженим органом відповідної держави, до органу, що здійснив реєстрацію, протягом двох років з моменту реєстрації її громадянином України. Якщо особа, маючи всі передбачені законодавством цієї держави підстави для отримання такого документа, з незалежних від неї причин не може отримати його, вона подає декларацію про відмову від іноземного громадянства.

Закон враховує ситуації, коли особа не може з незалежних від неї причин отримати документ про припинення іноземного громадянства. Такою обставиною є невидача особі, у якої прийняли клопотання про припинення іноземного громадянства, документа про припинення громадянства у встановлений законодавством іноземної держави термін. Якщо законодавством іноземної держави термін не встановлено, такою обставиною є невидача їй документа про припинення громадянства протягом двох років.

Якщо в особі є неповнолітні діти і вона хоче, щоб вони також набули громадянство України, діти можуть це зробити разом з нею, про що вона порушує клопотання в своїй заяві.

Набуття громадянства України за територіальним походженням є правом особи. Якщо вона виконує умови, зазначені вище, відповідні державні органи зобов'язані оформити набуття нею громадянства України і зареєструвати її громадянином України. У разі відмови особа має право оскаржити її у встановленому порядку до суду.

Безумовним позитивом чинної процедури порівняно з попередніми є те, що її дія не обмежена будь-яким терміном. Закордонні українці можуть набути громадянство України за нею незалежно від місця їхнього проживання.

Водночас недоліком наведеної процедури, на наш погляд, є те, що вона поширюється лише на закордонних українців, які є походженням з України, і не поширюється на осіб, яким надано статус закордонного українця за етнічним походженням. Крім того, громадянство за нею можуть набути лише три покоління вихідців з України. Водночас нині за межами України проживає вже чотири покоління українських переселенців. Отже, представники їх четвертого покоління не можуть скористатися спрощеною процедурою набуття громадянства України, хоча можуть набути статусу закордонного українця відповідно до Закону України «Про правовий статус закордонних українців».

Вважаємо, що зазначений недолік статті 8 Закону України «Про громадянство України» має бути усунений шляхом внесення до неї доповнення, згідно з яким поширити дію цієї статті на осіб, яким надано статус закордонного українця.

Закордонні українці, на яких не поширюється процедура набуття громадянства України за територіальним походженням, можуть набути його шляхом прийняття до громадянства України, або шляхом його поновлення.

Відповідно до статті 9 Закону України «Про громадянство України» іноземець або особа без громадянства можуть бути за їх клопотаннями прийняті до громадянства України. Умовами прийняття до громадянства України є: визнання і дотримання Конституції України і законів України; подання декларації про відсутність іноземного громадянства (для осіб без громадянства) або зобов'язання припинити іноземне громадянство (для іноземців); безперервне проживання на законних підставах на території України протягом останніх п'яти років; отримання дозволу на імміграцію; володіння державною мовою або її розуміння в обсязі, достатньому для спілкування; б) наявність законних джерел існування.

На відміну від набуття громадянства України за територіальним походженням, Закон передбачає підстави, за наявності яких особа не приймається до громадянства України. До громадянства України не приймається особа, яка: вчинила злочин проти людства чи здійснювала геноцид; засуджена в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості); вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким або особливо тяжким злочином.

Про поновлення громадянства України йдеться тоді, коли особа, яка раніше мала громадянство України і припинила його, бажає знову стати громадянином України. Закон України «Про громадянство України» у статті 10 передбачає таку можливість. При цьому він виділяє дві ситуації: коли особа не набула іноземного громадянства та коли вона стала іноземцем.

Відповідно до частини першої статті 10 Закону особа, яка припинила громадянство України, є особою без громадянства і подала заяву про поновлення у громадянстві України, реєструється громадянином України, якщо вона не вчинила злочин проти людства та не здійснювала геноцид; не засуджена в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину або особливо тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості); не вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким або особливо тяжким злочином.

Така особа поновлюється в громадянстві України незалежно від того, проживає вона постійно в Україні чи за кордоном.

За частиною другою вказаної статті Закону особа, яка після припинення громадянства України набула іноземне громадянство (підданство) або іноземні громадянства (підданства), повернулася в

Україну на постійне проживання і подала заяву про поновлення у громадянстві України та зобов'язання припинити іноземне громадянство, якщо вона не вчинила злочин проти людства та не здійснювала геноцид; не засуджена в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину або особливо тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості); не вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким або особливо тяжким злочином, реєструється громадянином України. Іноземець, який подав зобов'язання припинити іноземне громадянство, повинен подати документ про це, виданий уповноваженим органом відповідної держави, до уповноваженого органу України протягом двох років з моменту реєстрації його громадянином України. Якщо іноземець, маючи всі передбачені законодавством цієї держави підстави для отримання такого документа, з незалежних від нього причин не може отримати його, він подає декларацію про відмову від іноземного громадянства.

Серед проблем громадянства закордонних українців, які ними обговорюються, є можливість набуття вказаними особами громадянства України із збереженням одночасно громадянства держави свого постійного проживання. Тобто йдеться про набуття українського громадянства як другого.

На користь надання Україною українцям-емігрантам прав на друге, українське громадянство висловлюються деякі українські науковці¹.

Політику України стосовно множинного громадянства закріплено у статті 4 Конституції України, згідно з якою в Україні існує єдине громадянство. Відповідно до пункту 1 статті 2 Закону України «Про громадянство України» законодавство про громадянство України ґрунтується на принципі єдиного громадянства — громадянства держави Україна, що виключає можливість існування громадянства адміністративно-територіальних одиниць України. Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України. Якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України.

¹ Див.: Мучник О. Г. Коментарий к Конституции Украины. Книга первая / О. Г. Мучник. – Киев, 2000. – С. 160; Товт М. Державні наміри про піклування: поміж етнічними берегами і європейськими пастками [Електронний ресурс] / М. Товт. – Режим доступу: <http://www.ucipr.kiev.ua>.

Крім того, за статтями 8–10 вказаного Закону, іноземці, які набули громадянство України, мають припинити іноземне громадянство і подати документ про це, виданий уповноваженим органом відповідної держави, протягом двох років від дня оформлення набуття громадянства України. Якщо вони не подадуть такий документ, то це буде підставою для втрати ними громадянства України.

Лыска И. Условия и порядок получения зарубежными украинцами гражданства Украины

В статье анализируется национальное законодательство, регулирующее условия и порядок приобретения зарубежными украинцами гражданства Украины и обосновываются предложения по его совершенствованию.

Ключевые слова: зарубежный украинец, правовой статус, гражданство, законодательство.

Lyska I. National legislation on citizenship of foreign-based Ukrainians

The author analyzes the national legislation on citizenship of foreign-based Ukrainians and proposes the ways of its improvement.

Keywords: foreign-based Ukrainian, legal status, citizenship, legislation.

ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

УДК 340.12(430)(470+571)

О. Зінченко, доктор історичних наук, доцент, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Принципи федеративного устрою ФРН та Російської Федерації: порівняльний аналіз

У юридичній науці існують різні концепції федералізму, а на практиці — різні принципи його устрою та конкретні форми, в яких спостерігаються постійні зміни взаємовідносин, відцентрові та доцентрові тенденції. Важливим постає і те, що крах світової соціалістичної системи загострив питання державного устрою низки новоутворених країн. Усе це вимагає використання правового досвіду інших народів, виявлення доказів корисності чи недоцільності його запозичення. Сьогодні у світі існують 24 федеральні держави, що відрізняються виникненням, структурою, суб'єктами та їх правовим становищем, формою участі у вирішенні загальнодержавних питань, федеральним контролем та федеральним примусом. Порівняння тих чи інших федерацій в умовах глобалізаційного процесу набуває зростаючого теоретичного і практичного значення для юридичної науки і суттєво допомагає у законотворчій діяльності, особливо у країнах, перед якими постає можливість федералізації, або ж наводить переконливі аргументи відмови від неї. У цьому плані виявляється актуальним досвід федерального устрою Російської Федерації та Федеративної Республіки Німеччини.

У науковій літературі проблемі федерального устрою сучасних Німеччини та Росії приділяється достатня увага. Її досліджували Д. А. Ковачов, Л. А. Окуньков, В. В. Невінський, Ю. В. Тороп, В. Є. Чиркін, М. Чиркін, В. М. Шумілов, серед представників далекого зарубіжжя — Хан Оттокар (Голова Представництва Європейської комісії у

Москві), А. Алєн, П. Дональд, В. Зєх, З. Зеллер, В. Рудзіо, Р. Шік, Ю. П. Ульяєс та інші¹. Однак праці з порівняльним аналізом федерального устрою цих країн ще не виходили друком. Саме тому мета статті полягає у спробі шляхом порівняльного аналізу конституцій РФ та ФРН виявити особливості їх федерального устрою, можливі переваги та недоліки.

Сьогодні теоретики федералізму вирізняють його форми: договірну, централістську та кооперативну. Їм відповідає і певний економічний механізм взаємодії владних структур різних рівнів. Договірна форма федералізму розглядає федерацію як об'єднання держав, що передали на підставі договору деякі права новоутвореному центральному уряду. У ній всі питання підлягають спільному регулюванню. Централістська форма федералізму ґрунтується на тому, що все соціально-економічне та політичне життя в окремих частинах держави здійснюється на підставі рішень федеральних органів. Кооперативна форма будується на соціально-економічному співробітництві федерального центру та суб'єктів федерації. Саме вона набуває дедалі більшого поширення².

Наука та конституційна практика користуються сьогодні трьома підходами до структури федерації: національно-територіальним, територіальним і комплексно-територіальним. Більшість федерацій побудована відповідно до територіального принципу, який враховує історичні, економічні та географічні чинники. У марксистсько-ленінській концепції федералізму переважає національно-територіальний принцип утворення федерації, на підставі якого виникли СРСР, СФРЮ та Чехословачія. Застосування цього принципу без урахування реальних обставин спричинило сепаратизм, чим скористалась етнократія, і всі ці об'єднання розпалися. На цей час у науці та конституційній практиці віддається перевага комплексно-територіальному підходу, який припускає можливість врахування національного чинника разом з історичними, економічними, географічними та іншими.

¹ Див.: Ковачев Д. А. Федерация в зарубежных странах / Д. А. Ковачев. – М. : Юрид. лит., 1997. – 229 с.; Невинский В. В. Германия. Вводная статья / В. В. Невинский // Конституции государств Европейского Союза. – М. : Норма-Инфра, 1999. – 816 с.; Окуньков Л. А. Конституционное развитие в государствах Европейского Союза / Л. А. Окуньков // Там само. – С. V–XII; Оттокар Хан, Глава Представительства Европейской комиссии в Москве. К российскому читателю // Там само. – С. IV; Чиркин В. Е. Современное федеративное государство / В. Е. Чиркин. – М. : МНИМП, 1997. – 345 с.; Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – 568 с.; Чиркин В. Е. Конституционное право в Российской Федерации / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 2002. – 480 с.; Чиркин М. Сравнительное конституционное право / М. Чиркин. – М. : Международные отношения, 2002. – 448 с. та ін.

² Федерализм. Энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА-М, 1997. – С. 246.

Німецький федералізм має глибокі історичні корені. Вже у XIII ст. роздроблені німецькі князівства мали свої ландтаги і фактично були суверенними державами. Утворений Віденським конгресом 1814–1815 рр. Німецький союз складався з 39 держав, до числа яких входили «вільні міста» Франкфурт, Гамбург, Бремен та Любек. У 1866 р. Пруссія утворила Північно-німецький союз 22 німецьких держав. У 1871 р. імперська Конституція 1871 р. нараховувала вже 25 членів, а Веймарська Конституція 1919 р. — 17 земель¹. Ухвалена 23 травня 1949 р. Конституція Федеративної Республіки Німеччини передбачала входження у Федерацію 11 західнонімецьких земель, які після 1945 р. перебували під окупаційним режимом Великої Британії, США та Франції. Є. Р. Кастель зазначав, що всі плани західних окупаційних держав впливали з прагнення використати новий територіальний розподіл як підвалину для утворення майбутньої децентралізованої західнонімецької держави з федеративною формою устрою з метою утруднення самостійного економічного розвитку Німеччини². До цього слід додати наміри окупаційних властей не допустити відродження німецького мілітаризму.

Після об'єднання Західної та Східної Німеччини, 3 жовтня 1990 р. Конституція ФРН поширила свою дію на територію колишньої Німецької Демократичної Республіки. У ній немає відповідної спеціальної глави щодо федеративного устрою, хоча врегулюванню федеративних відносин приділяється значна увага у статтях 20–37 глави «Федерація і землі»³. Після об'єднання двох німецьких держав до складу ФРН входять 16 рівноправних земель, разом із трьома містами — Берлін, Гамбург, Бремен, які є її суб'єктами. Інших територіальних утворень, окрім земель, що є суб'єктами федерації, в країні немає, у зв'язку з чим вона називається симетричною федерацією. При цьому характерною рисою нового територіального устрою Німеччини виявилась наявність поміж землями відмінності у рівнях економічного розвитку, в історичних традиціях, обсягах територій та чисельності населення. У зв'язку з цим використовується перерозподіл поміж федерацією та землями податкових надходжень (вертикальне вирівнювання), а також поміж «сильними» і «слабкими» у фінансовому відношенні землями (горизонтальне вирівнювання)⁴.

¹ Чиркин В. Е. Конституционное право Российской Федерации / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 2002. – С. 52.

² Современный буржуазный федерализм. – М. : Наука, 1978. – С. 50.

³ Федерализм. Энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА-М, 1997. – С. 87–91.

⁴ Современный буржуазный федерализм. – М. : Наука, 1978. – С. 61.

ФРН, як моноетнічна країна, побудована за територіальним принципом. У 70-ті роки ХХ ст. 97 % населення склали німці¹. Визначення кордонів земель обумовлювалось перш за все історичними традиціями та економічними зв'язками².

Основний закон закріплює основні принципи федеративного устрою Німеччини. *По-перше*, конституційний порядок у землях має відповідати принципам республіканської демократичної і соціально-правової держави. Федерація гарантує відповідність конституційного порядку земель положенням Конституції ФРН. Суб'єкти федерації мають власні конституції і парламенти (ландтаги і сенати в містах-землях), ухвалюють закони, мають уряди, називаються державами, але державного суверенітету вони не мають³.

По-друге, згідно з Основним законом ФРН, на території всієї федерації мають забезпечуватись єдиний рівень життя, рівні права і обов'язки громадян усіх земель. Особовий склад федеральних органів має формуватись відповідно з урядовців усіх земель, і навпаки, якщо певний федеральний орган функціонує в землі, його співпрацівники мають обиратись в основному на цій землі⁴.

По-третьє, незалежно від обсягів земель вони мають рівний статус, що не виключає нерівного представництва у бундесраті⁵.

По-четверте, землі здійснюють державні повноваження остільки, оскільки конституція не встановлює іншого порядку, а федеральне право має перевагу перед правом земель⁶.

По-п'яте, компетенція федерації і земель розділена. При цьому відрізняються виняткова компетенція федерації, конкуруюча (спільна) компетенція і компетенція земель. Виняткова законодавча компетенція охоплює 14 питань, які об'єднуються у 7 груп: зовнішні відносини; оборона та боротьба із міжнародним тероризмом та злочинністю; шляхи сполучення та засоби зв'язку; регулювання економіки та соціальних відносин; утворення правоохоронних органів та правової системи; захист німецької культурної спадщини; статистика; вироб-

¹ Современный буржуазный федерализм. – М. : Наука, 1978. – С. 52.

² Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – С. 416.

³ Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – Ст. 24. – С. 89.

⁴ Там само. – Статті 3, 6, 14, 20, 34 та ін.

⁵ Там само. – П. 2 ст. 51. – С. 83–123.

⁶ Там само. – Статті 70, 71. – С. 97; ст. 31. – С. 90.

ництво та використання ядерної енергії¹. У сфері виняткового законодавства Федерації землі мають право ухвалювати закони лише тоді й настільки, коли й наскільки вони прямо уповноважені на це федеральним законом².

Конкуруюче законодавство охоплює 33 питання і об'єднується у 8 груп: правове регулювання; державне соціальне забезпечення; економіка; землевідведення та передача землі; охорона здоров'я та ветеринарія; екологія; харчова промисловість та продовольче постачання; місцевий транспорт та засоби зв'язку³. У сфері конкуруючого законодавства землі мають право на ухвалу законів лише тоді й настільки, коли й наскільки Федерація не використовує своїх законодавчих прав⁴. Федерація має право ухвалювати закони у передбачуваних статтею 74 галузях тільки тоді, коли існує необхідність у федеральному законодавчому регулюванні з метою забезпечення однакових умов життя на території Федерації або збереження правової чи економічної єдності в загальнодержавних інтересах⁵.

Основний закон надає Федерації право видавати закони і у сфері, яка належить до земель, якщо вважає, що питання не може знайти ефективного вирішення землею чи якщо регулювання однієї землі може порушити інтереси іншої землі тощо⁶. Окрім питань виняткової та спільної компетенції Федерація наділена правом видавати загальні приписи з низки інших питань, як наприклад, вищої освіти, загального становища друку та кіно, охорони природи, відведення земель, реєстрації мешканців тощо⁷. Використовуючи це право, Федерація розширює свою компетенцію за рахунок земель. Здійснюючи свої повноваження, Федерація та землі окремо несуть витрати. Однак якщо земля діє за дорученням Федерації, витрати несе остання. Землі мають свої бюджети, але Федерація зобов'язана здійснювати заходи з метою економічного вирівнювання земель шляхом надання допомоги, інвестицій тощо⁸.

До правової компетенції земель належало ухвалення законів тією мірою, якою Конституція не надала повноважень Федерації⁹. Землі

¹ Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – П. 2 ст. 51. – Ст. 73. – С. 97–98.

² Там само. – Ст. 71. – С. 97.

³ Там само. – Ст. 74. – С. 98–99.

⁴ Там само. – Ст. 72. – С. 97.

⁵ Там само.

⁶ Там само. – П. 2 Ст. 72. – С. 97.

⁷ Там само. – П. 2 Ст. 70. – С. 97.

⁸ Там само. – П. 1, 4 Ст. 104-а. – С. 108–109.

⁹ Там само. – Ст. 70. – С. 97.

можуть запроваджувати законом норми, які відхиляються від федерального регулювання у таких галузях: мисливство; охорона природи; розподіл землі; просторова орієнтація, водний режим; допуск до вищої школи та її завершення¹.

По-шосте, Основний закон допускає можливість федерального примусу. Якщо земля не виконує покладених на неї федеральною конституцією та федеральними законами обов'язків, уряд Федерації має право застосувати необхідні заходи з метою змусити її виконувати свої обов'язки². Слід зазначити, що на практиці такі заходи не здійснювались³.

По-сьоме, відповідно до концепції кооперативного федералізму всі установи Федерації та земель зобов'язані надавати один одному праву та адміністративну допомогу. У випадках серйозних порушень громадського порядку, стихійного лиха земля може просити федеральний уряд про направлення федеральних збройних сил, поліцейських формувань іншої землі. У випадку катастроф, що охопили кілька земель, федеральний уряд може виявити власну ініціативу щодо направлення у відповідні землі збройних сил і наказати іншим землям направити до охопленого лихом району поліцейські формування⁴.

Утворення Російської Федерації також бере початок у глибині століть. У ньому переплелися завоювання нових територій, заміна чи поступка власних, добровільне приєднання до Росії нових народів, сталінські репресії стосовно деяких національностей, безкорислива допомога раніше відсталим народам, що дозволило у порівняно короткі терміни створити форми їх власної державності. Важливою подією у розвитку політико-територіального устрою Росії виявилась Жовтнева революція 1917 р. та ленінська державотворча концепція, яка передбачала право націй на самовизначення та формування державних структур трудящими класами, перш за все пролетаріатом, що означало — комуністичними партіями. Утворений у 1922 р. СРСР будувався на підставі добровільного об'єднання юридично незалежних держав, які володіли суверенітетом і правом виходу із Союзу. Однак Конституції СРСР 1924 р. та 1936 р. закріплювали це положення лише для юридичної констатації вже ухва-

¹ Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – П. 2 ст. 51. – Ст. 72. – С. 97.

² Там само. – П. 1. – Ст. 37. – С. 91.

³ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – С. 417.

⁴ Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – Ст. 35. – С. 91.

лених у режимі авторитарного правління рішень виконавчою — партійною владою. До кінця 1922 р. у всіх державах, що утворили СРСР, затвердилась однопартійна система. В них при владі стояли свої комуністичні партії, які були лише філіалами єдиного комуністичного центру в Москві. Саме тому після розпаду в 1991 р. СРСР у Росії спостерігався «парад суверенітетів». Колишні автономні республіки РРФСР з національними назвами проголошували себе суверенними державами. Це прагнення збігалось з настроями правлячої еліти в Москві, яка перебувала під впливом попередніх «розподільчих» настроїв і шукала всілякої підтримки місцевих еліт у боротьбі зі своїми супротивниками, у тому числі і з прихильниками збереження соціалізму. Федеративний договір 1992 р. закріпив їх суверенітет. Однак Конституція РФ 1993 р. положення про суверенітет республік не фіксувала. Проте багато з останніх зберегли його у своїх конституціях і назвали себе державами¹. У червні 2000 р. Конституційний суд РФ дезавував суверенітет як такий, що не відповідає Конституції Федерації.

Відповідно до Конституції від 12 грудня 1993 р. Російська Федерація складається з 83 рівноправних суб'єктів: 21 республіки, 9 країв, 46 областей, 2 міст федерального значення, 1 автономної області та 4 автономних округів². На відміну від ФРН, РФ побудована за національно-територіальним принципом і є асиметричною федерацією. Велика кількість суб'єктів, їх розмаїтість, множина назв, входження одного суб'єкта в інший, що не має аналогів у зарубіжних федераціях, створюють певні складнощі для функціонування російського федералізму. Конституція РФ проголошує рівноправність усіх суб'єктів. Однак республіки володіють певними правовими перевагами. Вони мають конституції і вважаються державами, у той час як інші — державними утвореннями, що мають устами замість конституцій³. Отож, сама Конституція закладає певні елементи асиметрії різноманітністю суб'єктів. Суб'єкти РФ неоднакові і щодо рівня свого економічного розвитку та життя населення: з 89 суб'єктів тільки 18 були у 2000 р. донорами до федерального бюджету, а в інших 71 витрати перевищували їхні доходи⁴.

¹ Чиркин В. Е. Конституционное право Российской Федерации / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 2002. – С. 188.

² Конституція Російської Федерації // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – Ст. 5. – С. 221.

³ Там само. – Ч. 1. – Ст. 5. – С. 221.

⁴ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – С. 189.

Принципи федералізму РФ полягають у такому:

По-перше, це — державна цілісність¹. Вона охоплює єдність території, державного суверенітету, економічного та правового простору. Єдність території перш за все пов'язана з єдиним державним кордоном, що має федеральний характер, правове становище кордону регулюється тільки федеральним законодавством. Територія держави Російської Федерації, що міститься в середині державного кордону, є безперечною федеральною цілісністю. Державна цілісність передбачає єдиний державний суверенітет Федерації та єдиний економічний простір: єдина грошова система, заборона будь-яких митних бар'єрів поміж суб'єктами чи перешкод пересуванню товарів, послуг та фінансів². Єдність правового простору полягає у тому, що на всій території Російської Федерації, у кожному суб'єкті діють Конституція і закони Федерації, застосовується принцип верховенства федерального права щодо права суб'єктів Федерації³.

По-друге, єдність державної влади та її системи, яка передбачає однотипну організацію державної влади. Ця організація спирається на закріплені в Конституції РФ принципи: республіканська форма правління, розподіл гілок влади, відмежування державної влади від місцевого самоврядування тощо⁴.

По-третє, рівноправність народів і суб'єктів Федерації. Рівноправність народів, які є суб'єктами Федерації, полягає у тому, що всі вони мають основні закони — ухвалені самими ж суб'єктами конституції, устами відповідно до Конституції РФ, створюють органи державної влади та управління і мають право законотворчості⁵.

По-четверте, право народів Російської Федерації на самовизначення в РФ, тобто на самостійне визначення способів організації економічних, соціальних, політичних і духовних принципів свого життя. У той же час народи і суб'єкти РФ не мають права виходити з неї⁶.

По-п'яте, розмежування предметів ведення і повноважень. У Росії, як і в Німеччині, існує кооперативний федералізм. Конституція РФ передбачає три форми: предмети ведення Федерації (виняткова компетенція), предмети спільного ведення (конкуруюча компетенція), пред-

¹ Конституція Російської Федерації // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – Ч. 3. – Ст. 5. – С. 221.

² Там само. – Ст. 74. – С. 231.

³ Там само. – П. 1. ст. 67. – С. 67.

⁴ Там само. – Ч. 3 ст. 5. – С. 221.

⁵ Там само. – П. 4 ст. 5. – С. 221.

⁶ Там само. – П. 3. – Ст. 5. – С. 221.

мети ведення суб'єктів Федерації (залишкова компетенція), тобто усе те, що не входить до компетенції перших двох форм¹. Предмети ведення Федерації закріплені у 18 пунктах Конституції². Їх можна розподілити на 7 груп: питання державного устрою; регулювання економіки та соціальних відносин; зовнішні зв'язки; оборона та охорона кордонів; утворення правоохоронних органів та правової системи; метеорологія та статистична звітність; державні нагороди та почесні звання³. Спільне ведення Федерації та суб'єктів закріплено 14 пунктами Конституції і об'єднане у 9 групах: статус прав особи; забезпечення федеральної єдності; зовнішні зв'язки; організація публічного управління; економіка; екологія; захист від стихійного лиха; соціальна та культурна сфера; правове регулювання⁴. У сфері спільної компетенції федеральний закон має верховенство. Суб'єкт Федерації може регулювати питання, які стосуються цієї сфери, тільки коли немає федерального закону. У сфері ж ведення суб'єктів Федерації, тобто залишкових повноважень, закон суб'єкта має верховенство. Однак Федерація має право втручання у сферу виключного ведення суб'єктів РФ в умовах надзвичайного та воєнного стану, а також у разі порушення суб'єктом федерального закону⁵.

По-шосте, єдиний для всіх суб'єктів Російської Федерації стандарт основних прав та обов'язків людини і громадянина. Кожен громадянин Федерації володіє на її території усіма правами та свободами і несе рівні передбачені Конституцією обов'язки⁶.

По-сьоме, Конституція РФ передбачає федеральний примус суб'єктів Федерації виконувати Основний Закон⁷. Її стаття 88 говорить про запровадження надзвичайного стану⁸. Президент Федерації призначає у суб'єкти своїх повновладних представників, застосовує узгоджувальні процедури та заперечує результати виборів⁹. На відміну від німців, суб'єкти РФ порушують федеральні закони: проголошення

¹ Конституція Російської Федерації // Конституції зарубіжних країн. – Х. : ФІНН, 2009. – С. 71–72. – С. 230.

² Там само. – Ст. 71. – С. 230.

³ Там само. – Ст. 71. – С. 230.

⁴ Там само. – Ст. 72. – С. 230–231.

⁵ Там само. – Ст. 73; п. 5 ст. 76. – С. 231; п. 2 ст. 85, п. 2 ст. 87. – С. 233.

⁶ Там само. – Статті 17–64. – С. 223–228.

⁷ Там само. – Ч. 4 ст. 78; ч. 2 ст. 80; ч. 4 ст. 15; ч. 1 ст. 3.

⁸ Там само. – С. 233.

⁹ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – С. 238–239.

національного суверенітету, одностороннього виходу зі складу Федерації, заборона розміщувати ядерну зброю на своїй території, порушення прав особи, вимоги знання місцевих мов, відмова від призову до військової служби, вторгнення чеченських бойовиків на територію інших суб'єктів, терористичні акти в Москві та інших містах тощо¹.

Таким чином, зіставлення принципів федерального устрою РФ та ФРН показує, що вони мають спільні особливості й певні відмінності. До першої групи слід віднести принцип територіальної цілісності, єдність громадянства, давність і складність походження федералізму, впливи ідеологічних чинників (у РФ — більшовизму, в ФРН — окупаційних режимів), наявність лише федерального суверенітету, кооперативний характер федералізму. До другої групи належать асиметричність РФ, багатоступенева система її суб'єктів, національно-територіальний устрій та систематичні порушення суб'єктами федеральних законів.

Зинченко Е. Принципы федеративного устройства ФРГ и Российской Федерации: сравнительный анализ

В статье рассматриваются особенности федеративного устройства современных Германии и России. Автор затрагивает вопросы исторической обусловленности федеративного устройства, его форм и других отличий. Сравнительный анализ направлен на выявление общих особенностей и отличий в возникновении структуры, статусе федеральных органов и субъектов федерации, а также положительных и отрицательных качеств.

Ключевые слова: Российская Федерация, ФРГ, федерация, субъекты федерации.

Zinchenko E. Principles of the federal device of the Germany and the Russian Federation: the comparative analysis

In clause features of the federal device modern Germany and Russia are considered. The author mentions questions of historical conditionality federal device its forms and other differences. The comparative analysis goes on revealing of the general features and differences in occurrence of structure, the status of federal bodies and subjects of federation, and also positive and negative qualities.

Keywords: Russian Federation, Germany, federation, subjects of federation.

¹ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1999. – С. 188–212.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15(477)

В. Гончаренко, член-кореспондент
НАПрН України

Правовий статус населення України за Конституцією УСРР 1919 р.

Лютнева (1917 р.) революція в Росії відкрила для українського народу шлях до відродження національної державності. Наприкінці 1917–1920 рр. боротьба за національну державність відбувалася у складних умовах громадянської війни та іноземної воєнної інтервенції. В силу низки причин в Україні укорінилася Радянська влада, яка від самого початку була зорієнтована у всіх відношеннях на копіювання державно-правової моделі радянської Росії.

Процес становлення і розвитку української радянської державності супроводжувався закріпленням його у конституціях. За радянських часів було прийнято чотири конституції (у 1919 р., 1929 р., 1937 р. і 1978 р.)

Перша Конституція УСРР була прийнята 10 березня 1919 р. III Всеукраїнським з'їздом Рад і остаточно затверджена на засіданні Всеукраїнського ЦВК 14 березня 1919 р. Ще до Всеукраїнського з'їзду Рад проект Конституції УСРР готувався НКЮ УСРР, але вирішальний вплив на зміст Конституції здійснив III з'їзд КП(б)У, який відбувся у Харкові 1 березня 1919 р. На цьому партійному з'їзді був присутній представник ЦК РКП(б) Я. М. Свердлов, під тиском якого III з'їзд КП(б)У визнав необхідним «прийняти загалом і в цілому Конституцію Російської Соціалістичної Федеративної Радянської Республіки, допускаючи її зміни залежно від місцевих умов»¹. Тому не випадково в основу Конституції УСРР 1919 р. було покладено Конституцію РСФРР 1918 р. По-іншому і не могло бути, оскільки на III Всеукраїнському з'їзді Рад, котрий прийняв першу Конституцію УСРР, серед 1787 де-

¹ Комуністична партія України в резолюціях і рішеннях з'їздів, конференцій і пленумів ЦК : в 2 т. – Т. 1: 1918–1941 / гол. ред. кол. В. І. Юрчук. – 1976. – С. 43.

легатів 1435 були комуністами¹. Для них в силу партійної дисципліни рішення III з'їзду КП (б)У були не заперечними. Як і Конституція РСФРР 1918 р., перша Конституція УСРР «базувалась на програмних положеннях марксистсько-ленінського вчення про соціалістичну революцію і диктатуру пролетаріату»². Ідеями соціалізму і диктатури пролетаріату були пронизані усі розділи і статті Конституції УСРР 1919 р., у тому числі й ті, що стосувалися правового становища населення радянської України.

Це положення ставало зовсім не таким, яким воно було в українських губерніях у дорадянський період. Так, на початку ХХ ст. правове становище населення українських губерній, що входили до складу Російської імперії і знаходилися у її правовому полі, визначалися передусім законами про стани, які містилися у ІХ томі Зводу законів Російської імперії видання 1899 р.³ Згідно з цими законами населення Російської імперії поділялося на її підданих і іноземців. У свою чергу, піддані поділяються на такі стани: дворянство, духовенство, міські обивателі, сільські обивателі, іногородці. Таким чином, на початку ХХ ст. російське законодавство, що визначало правове становище населення країни, залишалося становим, значною мірою не відповідавало новим умовам капіталістичному розвитку Російської імперії. Водночас зміни в економіці, революційні події 1905–1907 рр., що відбувалися на зламі ХІХ–ХХ ст., зумовили необхідність розроблення й прийняття законодавчих актів, що вносили зміни у правове становище або всіх підданих Російської імперії, або окремих станів. Серед нових законодавчих актів, що стосувалися всіх станів, одним із перших був царський Маніфест «Про удосконалення державного порядку» від 17 жовтня 1905 р. Він проголошував «дарування» населенню непорушних основ «цивільної свободи на засадах справжньої недоторканності особи, свободи совісті, слова, зборів, спілок»⁴. Засади цивільної свободи подальше законодавче закріплення дістали у статтях 70–81 розділу VIII «Про права та обов'язки російських під-

¹ Съезды Советов Союза ССР, союзных и автономных советских социалистических республик : Сб. док. в 3 т. 1917–1936 гг. Т. 2. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – С. 45.

² Таранов А. П. Історія Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки / А. П. Таранов. – К. : Вид-во АН Укр. РСР, 1957. – С. 52.

³ Свод законов Российской империи. – СПб., 1899. – Т. IX. – С. 3.

⁴ Хрестоматія з історії держави і права України : у 2 т. : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / за ред. В. Д. Гончаренка. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2000. – Т. 1. – С. 293–294.

даних» «Основних державних законів Російської імперії» в редакції від 23 квітня 1906 р.¹

В основі суспільного ладу Російської імперії і такої його складової, як правове положення населення, була приватна власність. Тому цілком закономірно стаття 77 Основних державних законів Російської імперії в редакції від 23 квітня 1906 р. наголошувала: «77. Власність недоторканна. Примусове відчуження нерухомості, коли це необхідно для якої-небудь державної чи суспільної користі, допускається не інакше як за справедливу і пристойну винагороду». Зміст зазначеної статті фактично був аналогічним статтям багатьох тогочасних конституцій зарубіжних країн. Так, у конституційному законі Австрії «Основний державний закон про загальні права громадян для королівств і земель, представлених у рейхсраті» від 21 грудня 1867 р. у статті 5 наголошувалось: «Ст. 5. Власність недоторканна. Примусове відчуження може бути здійснено тільки у тих випадках і у тому порядку, які визначені законом»². У статті 11 Конституції Бельгії від 7 лютого 1831 р. проголошувалося: «11. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше, як заради суспільної користі у випадках і у порядку, встановлених законом, і при умові справедливого попереднього нагородження»³. На недоторканності власності також наголошувалося у Конституції Греції від 16 листопада 1864 р., Данії від 28 липня 1866 р., Іспанії від 8 червня 1867 р., Італії від 4 березня 1848 р., Японії від 1889 р.⁴ Про недоторканність власності говорилося і в конституціях інших країн. Так, у статті 27 Конституції Мексики від 2 лютого 1857 р. відзначалося: «27. Власність приватних осіб не може бути окупована без їх згоди, за винятком випадків суспільної користі і при умові попереднього винагородження»⁵. При цьому слід вказати, що в основу зазначених статей конституцій зарубіжних країн про недоторканність власності було покладено положення Французької «Декларації прав людини і громадянина» від 26 серпня 1789 р. про те, що «власність є непорушне і священне право», а тому «ніхто не може бути її позбавлений, крім тих

¹ Свод законов Российской империи. – СПб, 1906. – Т. 1. Ч. 1. – С. 16–18.

² Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов. Т. 1 : Конституционные монархии / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб. : Изд. Юрид. книж. склада «Право», 1905. – С. 16.

³ Там само. – С. 118.

⁴ Там само. – С. 208, 239, 245, 268, 590.

⁵ Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов. Т. 2 : Федерации и Республики / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб. : Изд. Юрид. книж. склада «Право», 1907. – С. 245.

випадків, коли того явно вимагає громадська необхідність, законно засвідчена, і при умові справедливого і попереднього відшкодування»¹.

Конституція УСРР 1919 р., навпаки, в основу побудову нового суспільного ладу в УСРР заклала принцип скасування приватної власності на землю і на засади виробництва, про що наголошувалося у розділі I «Основні постанови» Конституції. При цьому за визначеннями Конституції приватними власниками були капіталісти і поміщики, котрі у статті 1 Конституції названі «віковими гнобителями й експлуататорами» пролетаріату і найбіднішого селянства², а також «заможні класи» (ст. 2 Конституції). Скасування в новому радянському суспільстві приватної власності закономірно обумовлювало необхідність, за логікою творців Конституції УСРР, встановлення диктатури пролетаріату в союзі з найбіднішим селянством і ліквідації носіїв приватно-власницької традиції, яких в Україні на той час було чимало. У статті 2 Конституції прямо заявлялося, що завданням диктатури пролетаріату «є здійснення переходу від буржуазного ладу до соціалізму, шляхом проведення соціалістичних реформ і систематичного подавлення всіх контрреволюційних намірів із боку заможних класів»³. Таким чином, в основу суспільного ладу радянської України Конституція УСРР 1919 р. поклала класовий принцип. Тобто відкидався не тільки становий принцип при визначенні правового положення населення, а й принцип побудови суспільства, у якому панує така засада, як рівність громадян у всіх її проявах. Про рівність людей у правах наголошувалося у декларації прав людини і громадянина 1789 р.⁴ Про рівність усіх громадян перед законом говорилося у багатьох тогочасних конституціях зарубіжних країн. Так, у статті 2 австрійського «Основного державного закону про загальні права громадян для королівств і земель, представлених у рейхсраті» від 21 грудня 1867 р. наголошувалося: «Ст. 2. Усі громадяни рівні перед законом»⁵. Про рівність громадян наголошувалося в Конституції Української Народної Республіки 1918 р.

¹ Історія держави і права зарубіжних країн : хрестоматія / за ред. В. Д. Гончаренка. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 362.

² Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 60.

³ Там само.

⁴ Історія держави і права зарубіжних країн : хрестоматія / за ред. В. Д. Гончаренка. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 360.

⁵ Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов. Т. 1 : Конституционные монархии / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб. : Изд. Юрид. книж. склада «Право», 1905. – С. 16.

Стаття 12 цієї Конституції встановлювала: «12. Громадяни УНР рівні у своїх громадянських і політичних правах»¹. Конституція УСРР 1919 р., навпаки, сповідуючи класовий підхід у визначенні правового положення населення, відкидала принцип рівності громадян держави. Одна частина суспільства («заможні класи», «пануючі класи») відсторонювалась від участі «в області будівництва державного життя» (п. «б» ст. 3 Конституції УСРР). Вони і «спільні з ними по своїй політичній позиції громадські групи» позбавлялися права користуватися свободою слова, зборів і спілок (п. «в» статті 3 Конституції УСРР). Навпаки, «працюючі маси» Конституцією УСРР 1919 р. наділялися цілою низкою прав і свобод, перелік яких наводився у III розділі Конституції, що мав назву «Декларацію прав і обов'язків працюючого і експлуатуемого народу України».

Негативне ставлення Конституції УСРР 1919 р. до приватних власників і близьких до них інших верст населення досить відверто проявлялося у позбавленні їх виборчих прав, що було зафіксовано у статті 21 Конституції, в якій перелічувались категорії осіб, позбавлених активного і пасивного виборчого права (так звані «позбавленці»). Згідно з цією статтею позбавлялися виборчих прав: «а) особи, що користуються найманою працею з корисною метою; б) особи, що живуть на нетрудові прибутки, а саме прибутки з підприємств, з маєтків і т. ін.; в) приватні торговці, комерційні посередники; г) ченці і духовні настоятелі церков і релігійних культів; д) служачі і агенти колишньої поліції, окремого корпусу жандармів і охоронних відділів, а також члени панувавшого в Росії дому»². У нормах 21 статті Конституції УСРР 1919 р. яскраво виявлявся класовий характер надання прав і свобод, відкрито наголошений в Основному Законі радянської України 1919 р.³ Характеризуючи виборче право за Конституцією РСФРР 1918 р., В. М. Курицин називав його «найважливішою складовою частиною комплексу політичних прав», а позбавлення цього права «стосовно осіб, віднесених до нетрудової категорії, тягло за собою позбавлення й інших політичних прав»⁴. До них дослідник

¹ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 45.

² Там само. – С. 64.

³ Див.: Летнянчин Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики : монографія / Л. І. Летнянчин. – Х. : Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. – С. 72.

⁴ Курицын В. М. Развитие прав и свобод в Советском государстве / В. М. Курицын. – М. : Юрид. лит., 1983. – С. 25.

відносив свободу друку, союзів, демонстрацій, якими Конституція наділяла лише трудящих¹. Подібний висновок цілком можна віднести і до Конституції УСРР 1919 р.

Позбавлення Конституцією РСФРР 1918 р. і конституціями радянських республік певних категорій населення виборчих прав С. М. Бродович визначала як трудовий і політичний цензи². Точку зору С. М. Бродович поділяв М. Я. Куприць³. У той же час з С. М. Бродович не погоджується Б. О. Страшун, визнаючи правильним називати передбачений у республіканських конституціях ценз як класовий⁴. Норми Конституції УСРР 1919 р., що визначали категорії «позбавленців», регулярно в подальші роки уточнювались і конкретизувались Президією ВУЦВК шляхом прийняття правових актів про виборчі права і про порядок проведення виборів до Рад і з'їздів Рад⁵. Так, в інструкціях про перевибори сільських, волосних, повітових і губернських Рад і про вибори на V Всеукраїнський з'їзд Рад, зокрема, були визначені категорії осіб, позбавлених виборчих прав. До їх числа, крім позбавлених Конституцією УСРР 1919 р., були віднесені: «а) трудові елементи, але які затаврували себе явно куркульськими діями, або активними виступами проти Радянської влади б) петлюрівці — зрадники українських робітників і селян і прислужники польських магнатів; в) бандити усякого роду; г) самогонщики; д) дезертири й інші вороги Радянської влади і трудящих мас України»⁶. Правові акти Президії ВУЦВК про вибори роз'яснювались Всеукраїнською центральною виборчою комісією⁷. Вони також коментувались фахівцями⁸. Слід підкреслити, що вперше після прийняття Конституції УСРР і проведення виборчих компаній в Україні фактичне число «позбавленців» виборчих прав

¹ Курицын В. М. Развитие прав и свобод в Советском государстве / В. М. Курицын. – М. : Юрид. лит., 1983. – С. 25.

² Бродович С. М. Советское избирательное право / С. М. Бродович. – Л. : Госиздат, 1925. – С. 38, 53.

³ Куприц Н. Я. Из истории науки советского государственного права / Н. Я. Куприц. – М. : Юрид. лит., 1971. – С. 199.

⁴ Страшун Б. А. Конституция РСФСР 1918 г. и выборы в органы Советской власти (Исторический опыт и современность) / Б. А. Страшун // Сов. государство и права. – 1988. – № 7. – С. 24–25.

⁵ СУ УССР. – 1924. – № 34. – Ст. 235; СУ УССР. – 1926. – № 79. – Ст. 479; СУ УССР. – 1928. – № 27. – Ст. 238.

⁶ ЦДАВОВУ. – Ф. 1. оп. 1 спр. 32. арк. 1–4.

⁷ Борев Б. С. Как избирают Советы на Украине / Б. С. Борев. – Харьков, 1926. – С. 103.

⁸ Євтіхіїв А. Про виборчі права / А. Євтіхіїв // Червоне право. – 1927. – № 2. – С. 64–67.

було відносно невеликим порівняно із виборцями з середовища робітників і селян¹. Однак у другій половині 1920-х років проявилась тенденція до збільшення кількості осіб, позбавлених виборчих прав, що, на думку О. В. Іванченка, говорило про ознаки повороту до адміністративно-командних, вольових методів управління країною². Виборчих прав, наприклад, позбавлялися заможні селяни³. Нерідко цими «заможними» селянами були середняки, які не використовували чужу працю⁴. Як зазначав у доповіді про роботу Рад на X Всеукраїнському з'їзді Рад Г. І. Петровський, у виборчій кампанії 1926 року позбавлених виборчих прав було 1–1,5 % . У 1927 р. їх було вже 4–5 %⁵. У цьому році виборчих прав в Україні було позбавлено 805 тисяч чоловік⁶. У 1929 р. у УСРР було позбавлено виборчих прав 896 111 чоловік⁷. Неповноцінний статус нетрудових елементів підсилювався статтею 29 Конституції УРСР 1919 р. у якій зазначалося, що «почесне право захищати революцію зі зброєю в руках дається лише працюючим. На нетрудові елементи накладається виконання інших військових обов'язків»⁸. Таким чином, норми Конституції УСРР 1919 р. реально обмежували значну кількість населення УСРР у праві бути повноцінними членами нового соціалістичного суспільства.

Конституція УСРР 1919 р. містила спеціальну «Декларацію прав і обов'язків працюючого і експлуатуємого народу України», яка надавала їм «всі права і можливості в області громадянського і політичного життя»⁹. В юридичній літературі звертається увага на те, що в структурі Конституції УСРР 1919 р. розділу про права і свободи трудящих відводилося передостання місце, а на перший план було висунуто питання організації центральної влади республіки, а також радян-

¹ Бюлетень Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету. – 1925. – № 4. – С. 22; Ксенофонов Ф. Итоги перевыборов Советов на Украине / Ф. Ксенофонов. – Харьков, 1927. – С. 10–11.

² Иванченко А. В. Демократические институты в истории Советского государства / А. В. Иванченко // Сов. государство и право. – 1989. – № 1. – С. 125.

³ Голанд Ю. Что предшествовало «великому перелому» 1929 года / Ю. Голанд // Политическое обозрение. – 1989. – № 8. – С. 76.

⁴ Зайцев П. Организация перевыборов Советов / П. Зайцев // Сов. строительство. – 1928. – № 11. – С. 29.

⁵ Вісті ВУЦВК. – 1927. – 14 квіт.

⁶ До десятих роковин. Цифрові матеріали. – Х., 1928. – С. 4.

⁷ Мінаєв С. Ради України. Підсумки перевиборів Рад 1928–29 рр. / С. Мінаєв. – Х., 1929. – С. 35.

⁸ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 65.

⁹ Там само. – С. 64.

ської влади на місцях¹. На відміну від першої української радянської Конституції, Конституція УНР 1918 р. у цьому відношенні була значно демократичнішою. Так, розділ II Конституції УНР «Права громадян України» розміщувався одразу після розділу I «Загальні постанови» і передував розділам про організацію органів державної влади УНР².

Повертаючись до змісту формули про те, що в УРСР трудящимся надаються «всі права і можливості в області громадянського і політичного життя», слід звернути увагу на невизначеність і розпливчастість тези про «всі права», оскільки у статтях 23–27, 29, 32, Конституції перелічувалися далеко не всі права і свободи людини і громадянина, зафіксовані в конституційних актах багатьох зарубіжних країн, та навіть в Основних державних законах Російської імперії в редакції від 23 квітня 1906 р. Так, Конституція УСРР 1919 р. визначала за трудящими право пропаганди антирелігійних вчень (ст. 23), право вільно висловлювати свої думки (ст. 24), свободу зборів (ст. 25), свободу спілок (ст. 26), право на «повну, всебічну і даремну освіту» (ст. 27), «почесне право захищати революцію зі зброєю в руках» (ст. 29), а також їхню рівність у правах, «незалежно від їх раси і національності» (ст. 32).

У той же час Конституція УСРР 1919 р. нічого не говорила про право тих же трудящих на свободу і особисту недоторканність, якому приділялася належна увага у багатьох тогочасних конституціях зарубіжних країн. Так, у статті 7 Конституції Бельгії 1831 р. читаємо: «7. Особиста свобода гарантована. Ніхто не може бути підданий переслідуванню інакше, як у випадках, передбачених законом, і у формах, ним приписуваним. За винятком захоплення на місці злочину, ніхто не може бути заарештований інакше, як на підставі мотивованого наказу судді, котрий повинен бути пред'явлений у момент арешту або не пізніше, ніж упродовж двадцяти чотирьох годин після нього»³. Схожі формулювання можна знайти і в багатьох інших конституціях зарубіжних країн, що діяли на момент прийняття Конституції УСРР 1919 р. і які при бажанні можна було врахувати при її розробці. Тим більше, що на початку ХХ ст. населення українських губерній у складі Росії прожи-

¹ Основи конституційного права України / за ред. акад. АПрН України, професора В. В. Копейчикова. – К. : Юрінком, 1997. – С. 23.

² Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 44–46.

³ Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов. Т. 1 : Конституционные монархии / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб. : Изд. Юрид. книж. склада «Право», 1905. – С. 118.

вало в умовах дії Основних державних законів Російської імперії в редакції від 23 квітня 1906 р., котрі гарантували їй підданам особисту свободу і недоторканність. Так, стаття 72 зазначених законів наголошувала: «72. Ніхто не може підлягати переслідуванню за злочинне діяння інакше як у порядку, визначеному законом», а стаття 73 встановлювала: «73. Ніхто не може бути затриманий під вартою інакше, як у випадках, визначених законом»¹. Гарантувала громадянам свободу і недоторканність також і Конституція УНР 1918 р., у статті 13 якої говорилось: «13. Громадяни УНР і ніхто інший не може бути затриманий на території її без судового наказу інакше, як на гарячому вчинку. Але і в такому разі він має бути випущений не пізніше, як за 24 години, коли суд не встановить якогось способу його затримання»². Така демократична норма Конституції УНР 1918 р. з'явилася в її тексті не випадково, бо, як підкреслює В. В. Речицький, «її творці були демократично мислячі, гуманні політичні діячі, що прагнули створити правову модель справедливого суспільного устрою для всього населення України»³. Чого не скажеш про творців Конституції УСРР 1919 р., які на рівні Основного Закону республіки розділили населення України на дві основні антагоністичні групи, позбавивши одну з них будь-яких перспектив подальшого існування і розвитку. Тому Конституція УСРР, нехай і формально, але відмовилась гарантувати населенню Української СРР право на свободу і недоторканність особи, а також її житла. Тим самим вона відкривала для каральних органів радянської влади, перш за все Всеукраїнської надзвичайної комісії (дієвого репресивного більшовицького органу в Україні), шлях для знищення усіх незгодних з політикою радянської влади. Про це відверто наголошувалось у наказі № 11 від 4 березня 1921 р. по ЦУПЧРЕЗКОМУ при Раднаркомі УСРР. У документі, зокрема, говорилося, що «Чека є бойовим органом диктатури пролетаріату» і що «громадянська війна потребує швидкої й нещадної розправи з ворогами Радянської влади»⁴. Що й здійснювала на практиці ВУЧК.

¹ Свод законов Российской империи. – СПб, 1906. – Т.1. Ч. 1. – С. 16.

² Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 64.

³ Речицкий В. В. Конституционализм. Украинский опыт / В. В. Речицкий // Харьковская правозащитная группа : худож.-оформитель Й. Гаврилюк. – Х. : Фолио, 1998. – С. 96.

⁴ Шаповал Ю. І. ЧК—ГПУ—НКВД в Україні: особи, факти, документи / Ю. І. Шаповал // Ю. Шаповал, В. Пристайко, В. Золотарьов. – К. : Абрис, 1997. – С. 10.

Конституція УСРР 1919 р. не містила загального положення про рівність чоловіків і жінок в УСРР. О. І. Чистяков, аналізуючи статті Конституції РСФРР 1918 р., в яких використовувався термін «усі трудящі», дійшов висновку, що під цим терміном «слід розуміти, звичайно, і жінок»¹. Подібним чином слід тлумачити і терміни «усі трудящі» «усі громадяни республіки», які зустрічаються в Конституції УСРР 1919 р. Так, у статті 28 Конституції УСРР встановлювався обов'язок «всіх громадян Республіки на працю».

Конституція УСРР виходила з принципу національної рівності трудящих, наголосивши у статті 32 рівність прав працюючих, незалежно від раси і національності, а також оголосивши протиправним «яке б не було пригнічення національних меншостей або обмеження їх рівноправності». Поява в Конституції УСРР 1919 р. положення про захист прав національних меншин була не випадковою. На території УСРР на момент прийняття Конституції поряд з українцями мешкало чимало громадин інших національностей, а саме: руські, поляки, євреї, греки, німці, болгары та інші. Положення Конституції УСРР про забезпечення прав національних меншин активно реалізовувалися в Україні у 1920-ті рр. А їх в УСРР було чимало. Так, у 1925 р. серед всього населення республіки (28 894 742 особи) до національних меншин належало 5741531 особа². Тому важливою складовою національної політики у УСРР у 20-ті роки стало всебічне забезпечення економічних, культурних, політичних інтересів національних меншин. Так, мовами національних меншин відкривалися школи, театри, видавалися періодика, підручники, художня й інша література³. Почали функціонувати особливі національні камери народних судів, які утворювалися для обслуговування національних меншин. Про це зазначалося у статті 19 «Положення про судоустрій УСРР» від 23 жовтня 1925 р. А згідно зі статтею 18 декрету ВУЦВК і РНК УСРР «Про заходи забезпечення рівноправності мов і про сприяння розвитку української мови» від 1 серпня 1923 р. судочинство в зазначених національних камерах судів велося мовами національних меншин⁴. За даними НКЮ УСРР, станом на квітень 1928 р. національних камер народних судів було створено

¹ Чистяков О. И. Конституция РСФСР 1918 года / О. И. Чистяков. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1984. – С. 47.

² Стоян П. К. Адміністративно-територіальна реформа УСРР 1922–1925 рр. / П. К. Стоян // Проблеми правознавства. – 1967. – Вип. 7. – С. 59.

³ Буценко О. І. Радянське будівництво серед нацменшостей УСРР (Тези доповіді на IV сесії ВУЦВК X скликання) / О. І. Буценко. – Х., 1928. – С. 9–10.

⁴ СУ УССР. – 1923. – № 29. – Ст. 435.

вже 85. Важливе місце серед заходів щодо забезпечення належних умов для всебічного розвитку національних меншин займало створення національних адміністративно-територіальних одиниць (районів, сільських, селищних Рад). Першою в цій галузі була постанова ВУЦВК і РНК УСРР від 11 липня 1924 р. «Про виділення районів Екатеринославської губернії з переважно німецьким населенням»¹. На 1 червня 1925 р. в УСРР вже було створено національних сільрад: німецьких — 98, польських — 15, болгарських — 25, єврейських — 19, грецьких — 26, чеських — 5². Створення національних адміністративно-територіальних одиниць продовжувалось і у подальші роки. Так, станом на 15 грудня 1927 р. на території УСРР було 954 національні сільські ради, 103 національні селищні ради і 24 національних райони³. До кінця 1928 р. на території УСРР функціонувало 24 національних райони (з них 9 руських, 6 німецьких, 4 болгарських, 3 грецьких, 1 польський, 1 єврейський), 1007 національних сільрад (з них: руських — 388, німецьких — 251, польських — 143, єврейських — 77, молдавських — 57, болгарських — 42, грецьких — 30, чеських — 13, албанських — 3, білоруських — 2, шведських — 1)⁴. На цей час було виділено і 98 національних селищних рад⁵.

Таким чином, статті Конституції УСРР 1919 р., що регулювали правове становище громадян України, зокрема, про виборчі права, забезпечення розвитку національних меншин, реально реалізовувалися у процесі державного будівництва в республіці після прийняття цієї Конституції.

Прийнята у березні 1919 р. перша Конституція УСРР до травня 1925 р. була Основним Законом республіки, на базі якого здійснювалося державне будівництво в УСРР. У цей період відбулися знакові події в суспільному і державному устрої УСРР. У 1922 р. був утворений СРСР, до складу якого на правах союзної республіки увійшла Українська СРР. У 1924 р. у складі УСРР була утворена Молдавська Автономна Соціалістична Радянська Республіка. У цей час в УСРР відбу-

¹ СУ УССР. – 1924. – № 13. – Ст. 130.

² Власенко С. О. X Всеукраїнський съезд Советов / С. О. Власенко // Советское строительство. – 1927. – № 5–6. – С. 103.

³ Александренко Г. Конституція УСРР і СРСР / Г. Александренко. – Х. : Держ. вид-во України, 1929. – С. 35.

⁴ Два роки роботи Уряду УСРР. 1926/27–1927/28. Матеріали до звіту Уряду XI-му з'їздові Рад. – Х., 1929. – С. 199.

⁵ Буценко О. І. Радянське будівництво серед нацменшостей на Україні (Тези доповідей на IV сесії ВУЦВК X скликання) / О. І. Буценко. – Х., 1928. – С. 17.

лися зміни в адміністративно-територіальному поділі і був здійснений перехід на триступеневу систему управління. Зазначені події потребували відображення в Конституції УСРР. Тому 10 травня 1925 р. ІХ Всеукраїнський з'їзд Рад прийняв постанову «Про зміну Конституції УСРР», якою до Конституції УСРР 1919 р. вносилися відповідні зміни¹. Вони стосувалися здебільшого законодавчого закріплення перебудови державного апарату УСРР. Статті ж Конституції УСРР 1919 р., що регулювали правове становище населення республіки, у новій редакції Основного Закону республіки залишилися у первинному вигляді, до 1929 р., коли була прийнята нова Конституція УСРР.

Таким чином, Конституція УСРР 1919 р. діяла впродовж десяти років. На її основі здійснювалась перебудова суспільного ладу в Україні, була сформована радянська модель правового статусу населення республіки з характерним для неї негативним підходом до приватної власності та поділом громадян на нерівні у правовому відношенні і антагоністичні одна до одної групи людей. А це у свою чергу сприяло укоріненню в УСРР влади більшовицької партії і пануванню очолюваної нею командно-адміністративної системи керування суспільством.

Гончаренко В. Правовой статус населения Украины по Конституции УССР 1919 г.

В статье на основании анализа норм Конституции УССР 1919 г., действующих на тот момент конституций многих зарубежных стран и Конституции УНР 1918 г. обосновывается вывод о классовом подходе к определению правового статуса граждан республики. Это привело к появлению в УССР нового по своей природе общественного строя, в котором отрицались такие демократические ценности, как неприкосновенность собственности, равенство всех перед законом, свобода и неприкосновенность личности, жилища и т. д.

Ключевые слова: правовой статус населения УССР, классовый характер, Конституция УССР 1919 г.

V. Goncharenko. Legal status of the population of Ukraine on the Constitution of the USSR 1919

The article concludes that the class approach to determining the legal status of citizens of the republic on the basis of analysis of the norms of the Constitution of USSR 1919, the constitutions of many foreign countries existing for that moment and the Constitution of UPR 1918. This led to the appearance in the USSR new by nature social order, which denied such democratic values as the inviolability of property, equality before law, freedom and security of their persons, houses, etc.

Keywords: legal status of the population of USSR, the class character of the Constitution of USSR 1919.

¹ ЗУ УСРР. – 1925. – І 47. – Ст. 302.

УДК 342.72.73

О. Шевченко, кандидат історичних наук,
провідний науковий співробітник НДІ
приватного права і підприємництва
НАПрН України

Правозахисна діяльність Гельсінкського руху в Україні (середина 70-х — 80-ті роки ХХ ст.)

Бувають епохи, коли вирішальні битви про-
водяться на площині соціальної моралі, гро-
мадської поведінки, коли навіть елементар-
на людська гідність, опираючись бруталь-
ному тискові, може стати важкою бунтівни-
чою, революційною силою. До таких епох...
належить і наша епоха... Ось чому, може,
ніщо інше не має зараз такого значення, як
висота громадської поведінки.

І. Дзюба

Зміни у свідомості людей щодо необхідності визнання прав людини, відродження національної культури, боротьби з русифікацією, що сформувалися в українському суспільстві у другій половині ХХ ст., еволюціонуючи від культурологічного нонконформізму до відвертого громадянського протистояння тоталітарній владі, визначили подальші напрями опозиційної діяльності в рамках радянської системи в боротьбі за людську гідність, справедливість, духовну незалежність. Такі цінності, як самоповага, індивідуалізм, культ свободи та самовираження, загальнолюдські цінності та гуманізм без сурогатних домішок класового підходу, повага до природних етичних норм стали базовими цінностями для представників правозахисного руху у 70-х — 80-ті роки ХХ ст., а їх діяльність зосередилася на відстоюванні законних прав людини, створенні умов для всебічної реалізації особи, її інтересів, устремлінь у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Саме прояви активної громадянської позиції діячів правозахисного руху, що поєднали в собі відстоювання індивідуальних прав особи (громадянських, політичних, соціальних тощо) з правом народу на власну національно-культурну ідентичність та національну державність, демократизували тогочасний радянський державний устрій, значною мірою спричинивши вихід нашої країни з апатичного, стагнаційного духовного стану, сприяють і нині становленню правової держави і громадянського суспільства в сучасній Україні.

Питання про наукове дослідження правозахисної діяльності Гельсінкського руху в Україні середини 70–80-х років ХХ ст. за радянських часів, коли діяльність його представників знаходилась під пильним наглядом репресивно-каральних органів, не могло і стояти, а отже, висвітлювалося тільки в зарубіжних публікаціях. За кордоном були вперше опубліковані й упорядковані О. Зінкевичем документальні матеріали з діяльності Української гельсінкської групи¹. Серед пострадянських вітчизняних досліджень з відповідної тематики потрібно назвати праці Ю. Курносова, Г. Касьянова, А. Русначенка, Б. Захарова, О. Зінкевича, В. Овсієнка². Усвідомлення значення прав і свобод людини як загальнолюдських цінностей, які базуються на найзагальніших філософсько-етичних засадах суспільних відносин, актуалізують нині дослідження комплексу світоглядних уявлень українських правозахисників, які, відстоюючи права людини, вважали вартісність людської особистості провідною рисою, що властива як розвитку демократичного суспільства загалом, так і українським громадським традиціям. Дослідження даного аспекту і стало метою цієї статті.

За радянських часів держава не була зацікавлена в забезпеченні стабільного прогресивного розвитку громадянського суспільства. Ліквідація багатопартійності, ідеологічна індоктринація правлячою комуністичною партією всіх сфер життя людини і суспільства, одержавлення профспілок, переривання природних культурних традицій народу та фальсифікація його історії, інформативна ізоляція громадян від зовнішнього світу створили суспільство, в якому, як зазначав дисидент І. Сокульський, «кожен до кінця днів своїх має залишитися тим же “гвинтиком і коліщатком” велетенського бюрократичного маховика, де не мета служить людині, а навпаки — людина по-рабському вислужується з мети, де на кожному кроці бачимо моральне спустошення й розклад, жахаючи бездуховність “здорового конформізму”, де існуван-

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982: Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – 998 с.; Український Правозахисний Рух: Документи і матеріали Української Громадської Групи Сприяння Виконанню Гельсінкських Угод на Україні / упоряд. О. Зінкевич. – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип», 1978. – 478 с.

² Захаров Б. Нарис історії дисидентського руху в Україні (1956–1987) / Б. Захаров. – Х. : Фоліо, 2003. – 144 с.; Касьянов Г. Незгодні: українська інтелігенція в русі опору 1960–1980-х років / Г. Касьянов. – К. : Либідь, 1995. – 224 с.; Курносов Ю. Інакомислення в Україні (60-ті – перша половина 80-х років ХХ ст.) / Ю. Курносов. – К., 1994. – 222 с.; Русначенко А. Національно-визвольний рух в Україні: середина 1950-х – початок 1990-х років / А. Русначенко. – К. : Вид-во ім. Олени Теліги, 1998. – 720 с.; Українська Гельсінкська Група. До 30-річчя створення: історія, документи / упоряд. О. Зінкевич, В. Овсієнко. – К. : Смолоскип, 2006. – 128 с.

ня людини (як істоти духовної) давно вже під знаком питання — в такому суспільстві, справді, немає місця для якої б то не було особистості, якби вона часом і пробилась через частокіл тоталітаризму»¹.

Нова сторінка історії дисидентського руху в Україні відкрилася у другій половині 70-х років ХХ ст., а основним її лейтмотивом стала відкрита правозахисна діяльність. Розвитку правозахисної діяльності сприяли й загальносвітові процеси. У 1946 р. Рада ООН створила Комісію з прав людини. 10 грудня 1948 р. на сесії Генеральної Асамблеї ООН у Парижі була прийнята Загальна декларація прав людини, преамбула і 30 статей якої вміщували основні права і свободи людини, дотримання яких мають забезпечити держави, підписавши останню. Зобов'язання дотримуватися Загальної декларації прав людини ООН були затверджені представниками європейських держав, а також США і Канади, у Прикінцевому акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі, підписаному ними 1 серпня 1975 р. у столиці Фінляндії Гельсінкі. Крім того, сама ідеологія гельсінкського процесу спрямовувалася на демократизацію правопорядку в країнах з метою забезпечення реалізації прав людини та здійснення захисту прав народів на міжнародному рівні.

Після опублікування Прикінцевого акта в газеті «Известия» від 1 серпня 1975 р. з метою втілення його в життя в Радянському Союзі почали створюватися групи сприяння виконанню Гельсінкських угод. 12 травня 1976 р. московські правозахисники створили Московську громадську групу сприяння виконанню Гельсінкських угод на чолі з Юрієм Орловим. 9 листопада 1976 р. у Кончі-Заспі під Києвом була створена Українська громадська група сприяння виконанню Гельсінкських угод (скорочено УГГ). Діяльність групи скеровувалася виключно гуманітарно-правовими мотивами. Як підкреслюється у відкритому листі Миколи Руденка до людей доброї волі, «Наша Група не має ніяких політичних цілей, наше завдання виключно гуманітарне: сприяти виконанню Гельсінкських угод у ділянці людських прав, проте Групу цікавить і національне питання, адже більшість українських політв'язнів засуджено за вигаданий або справжній націоналізм». Групу очолив поет і публіцист М. Руденко, до складу групи увійшли: О. Бердник, П. Григоренко, Л. Лук'яненко, О. Мешко, Н. Строката, І. Кандиба, О. Тихий, М. Маринович, М. Матусевич. УГГ створювалася як самостійна правозахисна організація, проте підтримувався постійний контакт з московськими правозахисниками, зокрема, через останніх пере-

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982 : Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – С. 710.

давалася інформація про порушення прав людини в Україні за кордон. Програмний документ УГГ, меморандуми, заяви, звернення та бюлетені УГГ присвячувались різним аспектам забезпечення прав українців. Як згодом зазначав у своїй праці «Правозахисний рух на Україні, його засади та перспективи» Ю. Литвин, «сучасний правозахисний рух — це боротьба за такий спосіб життя, яке мирно розвивається за власними законами, прагнучи все більшої демократії і свободи, де б людина була творцем своєї долі, а не додатком державно-партійної машинерії, де б суспільство диктувало свою волю державі, а не навпаки. Уся діяльність гельсінкських груп у СРСР спрямована на захист прав і свобод людини та суспільства від будь-яких зловживань з боку властей, це самозахист суспільства від деспотизму чиновницької бюрократії»¹.

Створення УГГ було підтримано представниками правозахисних українських комітетів оборони українських політв'язнів у США. 17 листопада 1976 р. на нараді представників українських правозахисних груп в Америці було засновано у США своєрідне представництво УГГ на Заході (Комітет гельсінкських гарантій для України), яке очолив Андрій Зварун, а його членами стали представники комітетів оборони українських політв'язнів у різних містах США². Згодом (у жовтні 1978 р.), коли в еміграції опинилися П. Григоренко (США) та Л. Плющ (Франція), почало діяти Закордонне представництво УГГ. У 1979 р. за кордоном почав видаватися «Вісник репресій в Україні», редактором-упорядником якого була Н. Світлична, яка також вела відповідні передачі на радіо «Свобода».

Першим програмним документом Групи стала Декларація Української громадської групи сприяння виконанню Гельсінкських угод, підписана членами Групи під час установчих зборів. Відзначаючи той факт, що за Договором від 30 грудня 1922 р. про створення СРСР усі міжнародні угоди, підписані урядом Радянського Союзу, поширюються також на український народ, особлива увага приділялася забезпеченню реалізації Гельсінкських угод в Україні. З цією метою організація взяла на себе зобов'язання ознайомлювати широкі кола української громадськості із Загальною декларацією прав людини ООН, яка має стати базовою у відносинах між особою і державою. Група має сприяти встановленню вільних контактів між людьми, вільному обміну інформацією та ідеями,

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982 : Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – С. 376–377.

² Зінкевич О. Комітет гельсінкських гарантій для України / О. Зінкевич // Українська гельсінкська група. До 30-річчя створення: історія, документи / упоряд. : О. Зінкевич, В. Овсієнко. – К. : Смолоскип, 2006. – С. 113.

домагатися акредитування в Україні представників закордонної преси тощо. Важливим завданням групи мало стати також ознайомлення урядів країн-учасниць і світової громадськості з фактами порушень прав людини в Україні та щодо українців, які проживають в інших республіках. З цією метою вона прийматиме відповідні письмові скарги та опрацьовуватиме зібрану інформацію для її поширення незалежно від державних кордонів. Намагаючись поставити український національний інтерес на міжнародну правову основу, Група домогалася, щоб на всіх міжнародних нарадах, де мають обговорюватись підсумки виконання Гельсінкських угод, Україна була представлена окремою делегацією.

У першому Меморандумі Групи «Вплив Європейської Народи на розвиток правосвідомості на Україні», оприлюдненому 6 грудня 1976 р., Група привертає увагу світової громадськості до необхідності вирішення національного питання в Україні. Наголошуючи, що право України на відокремлення від СРСР є не злочином, а саме правом народу, правозахисники зазначають, що Конституція держави стоїть вище від волі уряду, адже історично склалося, що суб'єктом права є не партія і не держава, а людина, відзначається незаконність репресій радянського уряду проти представників національного руху Л. Лук'яненка, І. Кандиби. Крім того, наводяться інші конкретні приклади порушення прав людини після підписання Гельсінкських угод та зазначається, що діяльність громадян, яка спрямовується на виборювання демократичних свобод, називається антирадянською, у зв'язку з чим висловлюється прохання до світової громадськості втрутитися в ситуацію.

Правозахисна діяльність членів групи викликала невдоволення радянської влади, у грудні 1976 р. були проведені перші обшуки у членів УГГ, а вже в лютому 1977 р. відбулися перші арешти, затримано М. Руденка, О. Тихого, яким спочатку інкримінували ст. 187¹ КК УРСР «Розповсюдження завідомо неправдивих вигадок, що паплюжать радянський державний і суспільний лад», яка під час слідства була замінена статтею 62 «Антирадянська агітація і пропаганда», за якою обидва отримали максимальні терміни.

У часи репресій проти членів групи її очолив О. Бердник, який видає п'ятий меморандум «Україна літа 1977-го», що призначався для країн-учасниць Белградської наради. Меморандум знову підіймає питання суверенітету українського народу та визначає базові засади становлення української державності: 1) пріоритетність інтересів людини, а не держави в суспільному розвитку; 2) вільна, мисляча людина — важливий чинник історичного прогресу людства; 3) Україна має приєднатися до спілки інших націй, до єдиного духу людства, проте

залишитися «господарем своєї землі, своєї традиції, свого творчого спадкоємства, своєї волі до побудови кращого життя — для всіх, для кожного»¹. Розглядаючи СРСР як бюрократичну структуру, що не виконує взяті на себе міжнародні зобов'язання щодо прав людини, автор вбачає необхідним повернутися до «правосуб'єктності людини, що відображено й у ст. 6 Загальної декларації прав людини, і діяти у відповідності з волею суб'єкта, а не параграфу закону, створеного для затьмарення права, а не здійснення його»² та вимагає від імені групи забезпечення державою демократичних прав і свобод людини.

Іншим важливим документом правозахисників став спільний документ МГГ і УГГ «Нові репресії і новий етап правозахисного руху в СРСР» (серпень 1977 р.). Відзначаючи, що жоден ратифікований СРСР міжнародний правовий документ із забезпечення прав людини у СРСР не діє, автори звертають увагу міжнародної спільноти до репресій проти членів Гельсінкських груп. Характеризуючи ж загалом стан справ щодо забезпечення прав людини в СРСР, відзначають «подвійний процес: 1) наростання опозиційних настроїв усередині Радянського Союзу і 2) наростання страху у влади перед цими настроями і дедалі міцніючу тенденцію перейти до випробуваних сталінських методів розправи»³. А у Зверненні від 7 листопада — 15 грудня 1978 р. до Комітету ООН у справах захисту прав і свобод людини, до урядів і парламентів держав, які підписали Гельсінкські угоди, до громадськості всіх країн члени групи, характеризуючи репресивні дії радянської влади щодо УГГ, зазначають: «Ми твердо переконані в тому, що суд в СРСР є одним із карних органів проведення політики КПРС, яка всяке інакодумство, всяку діяльність, не узгоджену з офіційним партійним курсом, розцінює як злочин, а тому суди, будучи інструментом такої політики, не можуть виправдати те, що партія вважає на нинішньому етапі для себе шкідливим... Так було в період “червоного терору”, так було в періоди “єжовщини” і “беріївщини”. Останні судові процеси над правозахисниками засвідчують, що так воно є і сьогодні... Отже, ми певні, що радянська судова процедура є пуста формальність, де такою ж пустою формальністю є адвокатський захист»⁴. Саме тому у зверненні оголошувався бойкот карній політиці КПРС у наступних судових процесах.

¹ Українська гельсінкська група. До 30-річчя створення: історія, документи / упоряд. : О. Зінкевич, В. Овсієнко. – К. : Смолоскип, 2006. – С. 66–67.

² Там само. – С. 68.

³ Цит. за: Захаров Б. Нарис історії дисидентського руху в Україні (1956–1987) / Б. Захаров. – Х. : Фоліо, 2003. – 127 с.

⁴ Українська Гельсінкська Група 1978–1982: Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – С. 44.

14 жовтня 1977 р. УГГ спробувала легалізувати свою діяльність, направивши до Президії Верховної Ради УРСР клопотання про її реєстрацію відповідно до чинного законодавства та надання їй офіційного статусу¹. Оскільки ніхто з членів Групи ніякої відповіді не отримав, 3 квітня 1978 р. Л. Лук'яненко з Чернігівського слідчого ізолятора подає заяву до Президії Верховної Ради УРСР, а у лютому 1979 р. О. Тихий та Л. Лук'яненко, перебуваючи в особливо суворому концтаборі, що в селищі Сосновці Зубово-Полянського району Мордовської АРСР, надсилають повторне клопотання про надання Групі офіційного статусу².

У 1978 р. УГГ видала чотири випуски «Інформаційного бюлетеня» з інформацією про репресії в країні, стан політв'язнів, у четвертому випуску якого (листопад 1978 р.) були опубліковані також статті «Рух за права людини на тлі національних змагань українського народу» та «Наші завдання», у першій статті зазначаючи, що «людство увійшло в нову епоху суспільних відносин і проблем. У центрі уваги і надалі залишилися державні інтереси, але фактором міжнародної політики, міжнародних відносин стали права людини»³. Одним із значних досягнень людства відзначено створення ООН, а при ній різних комітетів, органів, відділів, які стали тими гуманістичними інституціями, за допомогою яких людство вирішує свої проблеми, зокрема щодо прав людини. У статті «Наші завдання», підготовленій М. Горинем, група чітко заявила, що виходить із засад «єдності загальнолюдських і національних прав українських громадян»⁴, а серед головних завдань і напрямів діяльності УГГ і надалі зазначалось ознайомлення української і світової громадськості з фактами порушення громадянських, національних, політичних, соціальних та інших прав людини в Україні.

Діяльність Групи була різко негативно сприйнята владою. Посилилися репресії проти її членів. У «Ляментациї» 30 жовтня 1979 р. до прогресивної світової громадськості члени УГГ О. Мешко, Н. Строката, І. Сенік відзначають, що «ескалація державного терору й наклепів свідчить про намір властей остаточно ліквідувати Українську Групу “Гельсінки”, задушити правозахисний рух в Україні... При всій нашій готовності до спротиву теророві і до праці по розкриттю й обнародуванню випадків порушення прав людини на Україні створюєть-

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982: Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В.Симоненка, 1983. – С. 429–431.

² Там само. – С. 431–432.

³ Там само. – С. 31.

⁴ Там само. – С. 22.

ся ситуація, в якій фактично вже нікому вести цю діяльність... Іншими словами, Українська Група "Гельсінки" стоїть перед загрозою ліквідації, опинившись у найближчий час у повному складі за ґратами»¹.

І дійсно, у 80-ті роки відбувся справжній розгром центрів інакдумства. Політичні переслідування на початку 80-х років переросли в арешти та засудження дисидентів-правозахисників. До 1982 р. усі члени УГГ були засуджені за сфальсифікованими кримінальними звинуваченнями або за ст. 62 КК УРСР й відбували покарання в таборах та в'язницях. Це було вельми красномовне діяння Радянської держави щодо легальної правозахисної діяльності її громадян. Як відзначав Ю. Литвин у своєму останньому слові, виголошеному на судовому процесі в м. Василькові 17 грудня 1979 р., «Ставлення радянської держави до правозахисного руху в своїй країні є свідченням її суті, міри її демократизму. Декларовані на папері принципи, якими повинен керуватися радянський уряд, мусіли б не тільки уможливити вільну діяльність Гельсінкських груп, а й усіляко сприяти їх діяльності, що цілком укладається в ці принципи. Але радянська влада розправляєть-ся з членами її гірше, як із кримінальним елементом; тим самим вона підкреслює, що її гуманітарні принципи, які нібито визначають її діяльність, є паперовими цяцьками для показу, а не для користування»².

Фактично до середини 80-х років дисидентський рух в Україні був придушеним. Проте перебуваючи в неволі, зокрема в таборі особливо суворого режиму ВС-389/36 у с. Кучино Пермської області, українські правозахисники вирішили Гельсінкську групу не розпускати³. У Меморандумі УГГ, написаному восени 1979 р., будучи вже засудженими, М. Руденко, Л. Лук'яненко, О. Тихий, М. Маринович, М. Матусевич, Й. Зісельс та інші залишаються вірними програмним документам Групи, розглядаючи відношення радянської держави до українського правозахисного руху як розправу комуністичної партії над своїми опонентами, що насмілились висвітлювати явища радянської дійсності з позицій справедливості та загальнолюдської правди. А у відкритих листах Л. І. Брежнєву «Проявіть великодушся!» та Мадридській нараді країн, що підписали Гельсінкські угоди «Роззброєння — в серці»

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982 : Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – С. 53–55.

² Там само. – С. 393.

³ Овсієнко В. Українська гелсінкська група: 1976–2006 / В. Овсієнко // Українська гелсінкська група. До 30-річчя створення: історія, документи / упоряд.: О. Зінкевич, В. Овсієнко. – К. : Смолоскип, 2006. – С. 51.

(вересень 1980 р.), члени УГГ, зазначаючи, що ідеологічне протистояння всередині країн переноситься і на міжнародні взаємини, тому людство має гуманізувати себе задля врятування від знищення, пропонується припинити ідеологічне протистояння та вирішити негайно питання про загальну амністію для політв'язнених у своїх країнах: «Такий крок просто і природньо веде до довір'я всередині країн, а звідси — до довір'я між народами. Бо чи можна довіряти державам, що ведуть ідеологічну війну проти своїх громадян?»¹.

Процес лібералізації влади в СРСР, що розпочався у 1985 р. за часів М. Горбачова, уможливив пробудження до політичного життя широких мас населення України. 30 грудня 1987 р. було оголошено про поновлення роботи УГГ, створено Українську ініціативну групу звільнення в'язнів сумління, до якої увійшли В. Барладяну, І. Гель, М. Горинь, З. Попадюк, С. Хмара, В. Чорновіл, поновлено видання «Українського вісника» тощо. 11 березня 1988 р. було опубліковано «Звернення Української гельсінкської групи до української та світової громадськості» про відновлення її діяльності. Головою УГГ було проголошено Л. Лук'яненка. З цього часу український дисидентський рух починає ставити перед собою виразно політичні цілі, які з перетворенням її на Українську Гельсінкську Спілку (7 липня 1988 р.) були зазначені у статутних документах новоствореної громадської організації. Невдовзі, 29–30 квітня 1990 р., Установчий з'їзд УГС перетворив її на першу в Україні політичну організацію, альтернативну КПРС/КПУ — Українську республіканську партію², метою якої стало «створення Української незалежної соборної держави як неодмінної умови політичного, економічного й культурного відродження, консолідації та самопоступу народу України, піднесення його добробуту, утвердження демократичного ладу і розвитку громадянського суспільства, виведення України з міжнародної ізоляції на гідне місце серед вільних народів світу»³. Серед головних засад партії зазначається абсолютна цінність життя, свободи, самобутності людини і кожної нації, що має забезпечити демократичний державний та суспільний лад зі свободою економічної діяльності, рівноправністю різних форм власності, ринковим регулюванням та здоровим природним середовищем.

¹ Українська Гельсінкська Група 1978–1982: Документи і матеріали / О. Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор : Укр. вид-во «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983. – С. 68.

² Українська Гельсінкська Спілка (1988–1990 рр.) у світлинах і документах / упоряд. О. Ткачук. – К. : Смолоскип, 2009. – С. 7.

³ Українська республіканська партія. Програма (Витяги) // Русначенко А. Національно-визвольний рух в Україні: середина 1950-х – початок 1990-х років / А. Русначенко. – К. : Вид-во ім. Олени Теліги, 1998. – С. 679–680.

Підбиваючи підсумки, потрібно зазначити, що правозахисний рух в Україні у середині 70-х — 80-ті роки ХХ ст. був невід'ємною частиною загальнолюдського поступу в дусі свободи, а його становлення та поширення спиралося на опозиційні настрої різних верств населення України та стало закономірною реакцією на порушення конституційних прав і свобод громадян у різних сферах суспільного життя, утиски національного культурного духовного життя українців. Важливу роль у його розгортанні відіграв міжнародний правозахисний рух, який значно активізувався з прийняттям Загальної декларації прав людини ООН (1948 р.), Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права (1966 р.), Міжнародного пакту про громадянські й політичні права (1966 р.), Прикінцевого акта Наради з безпеки і співробітництва в Європі (1975 р.). Діяльність УГГ сприяла демократизації та гуманізації тогочасного радянського державного устрою. У громадянській позиції правозахисників чітко можна відстежити важливі риси демократичного суспільства — автономність і правова захищеність особи, активна громадська позиція людини, яка здатна до солідарних дій. У програмних документах організації відстоювались інтереси вільної особистості, її право реалізовувати власні приватні цілі і інтереси, свої природні права на життя й гідне існування, на свободу діяльності, рівність перед законом тощо. Відчуття належності до українського громади правозахисників знайшло своє втілення у відстоюванні прав українців на власний незалежний державний розвиток, проти культурної уніфікації і асиміляції українського народу, відродження рідної мови та культури.

Шевченко О. Правозащитная деятельность Гельсинкского движения в Украине (середина 70-х — 80-е годы ХХ ст.)

В статье анализируется комплекс мировоззренческих представлений украинских правозащитников в середине 70-х — 80-е годы ХХ ст., которые, отстаивая права человека, считали ценностью человеческой личности ведущей чертой, присущей как развитию демократического общества в целом, так и украинским общественным традициям.

Ключевые слова: правозащитная деятельность, гельсинкское движение, демократия, права человека.

Shevchenko O. The human rights activity of Gel'sinskogo movement in the Ukraine (a middle of 70-th — 80-th of XX century)

The author analysed the complex of world-view conceptions of ukrainian human rights activity in the middle of 70th — 80th of XX century, that defending human rights, considered the cost of human personality a leading feature, that immanent for development of democratic society and the ukrainian public traditions.

Keywords: human rights activity, Gel'sinskiy movement, democracy, human rights.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

УДК 340.12

В. Титов, професор кафедри логіки Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»;
Г. Коваленко, здобувач Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Творчий шлях Роналда Дворкіна

Цього року світова наукова спільнота відзначатиме 80-річчя видатного американського юриста, філософа права і політика Роналда Дворкіна.

В Україні перекладена його перша книга *Taking Rights Seriously* (1977)¹ і фрагмент іншої відомої *Law's Empire* (1986)². На підставі цих та ще декількох перекладених на російську мову текстів³ у вітчизняних філософів та теоретиків права формуються уявлення про творчий доробок Дворкіна. Проте цей доробок істотно значніший, і метою цієї статті є показ його дійсного масштабу та тематичного діапазону.

Згідно з Вікіпедією⁴, Роналд Майлс Дворкін (Ronald Myles Dworkin) народився 11 грудня 1931 р. у м. Провіденс (Род Айленд) у сім'ї емі-

¹ Dworkin R. *Taking Rights Seriously* / R. Dworkin. – Cambridge (Ma): Harvard University Press, 1977. – XV. 293 pp. Український переклад: Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Дворкін; пер. з англ. А. Фролкін. – К.: Основи, 2000. – 519 с.

² Dworkin R. *Law's Empire* / R. Dworkin. – Cambridge: Harvard University Press, 1986. – XVI, 471 p. Див. український переклад розділу 6 цієї книги: Дворкін Р. Цілість права / Р. Дворкін // Філософія права; за ред. Дж. Фейнберга та Дж. Коулмена. – К.: Основи, 2007. – С. 183–205.

³ Дворкин Р. Раздвоенные языки, фальшивые доктрины [Электронный ресурс] / Р. Дворкин; пер. с англ. М. Мушинской // Индекс: Досье на цензуру. – 1997. – № 2. – Режим доступа: <<http://www.index.org.ru/selected/297dvork.html>>; Дворкин Р. О правах всерьез / Р. Дворкин. – М.: Рос. полит. энцикл., 2004; Дворкин Р. Либерализм / Р. Дворкин // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел. Тейлор, Уолдрон. – М.: Дом интеллект. кн., Прогресс-Традиция, 1998. С. 44–75; Дворкин Р. На что мы имеем право? [Электронный ресурс] / Р. Дворкин // Неприкосновенный запас: журн. – 2001. – № 6 (20). – Режим доступа: <<http://magazines.russ.ru/nz/2001/6/dvor-pr.html>>; Дворкин Р. Правозащита – это защита людей от правительств [Электронный ресурс] / Р. Дворкин // Рус. журн. – Режим доступа: <<http://www.russ.ru/Mirovaaya-rovestka/Pravozaschita-eto-zaschita-lyudej-ot-pravitel-stv>> 25 апреля 2011 г.

⁴ Ronald Dworkin // From Wikipedia, the free encyclopedia. – Режим доступа: <http://en.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin> Last modified on 12 May 2011.

грантів з Литви. Батьки рано розлучилися, і Роналду ще з юнацтва довелося покладатися на себе. Він здобув середню освіту в Бостоні і вже в школі, за його власними словами, був «одним із тих хлопців, що прагнуть виграти всі призи». Завдяки цілеспрямованості і блискучим здібностям він отримав стипендію на навчання в Гарвардському університеті. Спочатку він обрав для спеціалізації сучасну літературу, брав активну участь у студентському літературно-артистичному клубі. На старших курсах він захопився філософією і за цією спеціалізацією у 1953 р. став бакалавром мистецтв (ВА). Цього ж року він отримав стипендію Родса (Rhodes Scholarship) для продовження навчання в британському Оксфорді, де протягом двох років вивчав юриспруденцію під керівництвом Р. Кросса (Sir Rupert Cross). Фінальну екзаменаційну роботу Дворкіна на ступінь ВА перевіряв Х. Л. А. Харт, який, попри діаметральну протилежність поглядів його власної позиції, висловлених у цій роботі, був вражений оригінальною аргументацією і виставив на кожній її сторінці відмінні оцінки.

Повернувшись до США в 1955 р., Дворкін вступив до Гарвардської школи права і через два роки одержав ступінь бакалавра права (LLB). У 1957 р. він став клерком знаменитого Л. Хенда (Learned Hand), судді Апеляційного Суду США для Другого Округу (Нью-Йорк), допомагаючи в підготовці судових процесів та публічних лекцій. Незважаючи на деякі ідейні розбіжності, Хенд вважав Дворкіна найкращим з усіх клерків, які у нього будь-коли були. У свою чергу, Дворкін у своїх працях часто згадує Хенда з глибокою вдячністю і повагою. Під час роботи клерком Дворкін у 1958 р. одружився на Бетсі Рос (Betsy Celia Ross, померла у 2000)¹. До речі, це їй присвячена книга «Імперія права».

Після виходу Хенда у відставку Дворкін зайнявся практикою в престижній міжнародній юридичній фірмі *Sullivan & Cromwell* зі штаб-квартирою у Нью-Йорку. Це була цікава й високооплачувана робота, але вона вимагала постійних відряджень, і після прохань дружини (діти — Ентоні та Дженіфер рідко бачили батька) Дворкін вирішив перейти до викладання.

У 1962–1969 рр. він був професором права у Сйлському університеті, де через деякий час очолив кафедру юриспруденції. У 1969 р. Харт вийшов у відставку з посади начальника кафедри юриспруденції Окс-

¹ Ronald Dworkin: We have a responsibility to live well [Електронный ресурс] / Ronald Dworkin. – Режим доступу: <<http://www.guardian.co.uk/books/2011/mar/31/ronald-dworkin-morality-dignity-hedgehogs>> This article was published on guardian.co.uk at 21.00 BST on Thursday 31 March 2011.

фордського університету і порекомендував своїм наступником Дворкіна, який і обіймав цю посаду до 1998 р. З 1975 р. Дворкін почав півроку викладати в Оксфорді, а в інший семестр — у юридичній школі Університету Нью-Йорка, професором якої залишається донині. Після відставки в Оксфорді і до 2008 р. Дворкін був одночасно професором Лондонського університетського коледжу. Після 2008 р. він одночасно є й професором філософського факультету Університету Нью-Йорка. Разом із Т. Нагелем (Thomas Nagel) він веде колоквиум із філософії права, соціальної та політичної філософії.

На запрошення провідних американських університетів він виступав із проблемними лекціями у Гарварді, Єйлі, Стенфорді та Принстоні. Яскравий приклад подібних виступів доступний в Інтернеті — лекція Дворкіна в Бібліотеці Конгресу США на тему «Чи існує істина в інтерпретації? Право, література та історія» (2009)¹.

Дворкін є автором десятків статей та низки книг, які викликали широкий професійний і суспільний резонанс у США та зацікавлення в усьому світі. Деякі з них (передусім *Taking Rights Seriously* та *Law's Empire*) перекладені на основні європейські мови, а також китайською та японською. Тематичний репертуар його праць дуже широкий — від проблем загального права, інтерпретації конституційних норм, соціальної рівності, громадянської дії до питань захисту права на життя, аборти, евтаназію та статусу психічно хворих.

Він є членом Британської Академії (Fellow of the British Academy) і Американської Академії Мистецтв і Наук (the American Academy of Arts and Sciences). Його нагороджено багатьма преміями американських наукових товариств та міжнародними відзнаками, найважливішою з яких є премія Холберга від норвезького Університету Бергена (*Ludvig Holberg International Memorial Prize, 2007*), що стала аналогом Нобелівської премії у сфері гуманітарних наук.

Вже одна з перших статей Дворкіна наприкінці 1960-х «Модель правил»² була атакою на панівний тоді юридичний позитивізм. Розглядаючи «важкі випадки» (*hard cases*), Дворкін показав, що в повноцінній юридичній інтерпретації неможливо обійтися без врахування моральних принципів і цінностей.

¹ Dworkin R. Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History [Електронний ресурс] / R. Dworkin // The Inaugural Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture on Jurisprudence in the Coolidge Auditorium of the Library of Congress. – Режим доступу: <http://wn.com/Ronald_Dworkin>

² Dworkin R. The Model of Rules / R. Dworkin // University of Chicago Law Review, 1967. – Vol. 35. – P. 14–46.

Ця теза згодом була систематично розроблена в праці «Серйозний погляд на права» (1977). У ній Дворкін закладає основу своєї філософії, критикуючи дві провідні теорії права. Перша — це теорія позитивістів (і на той час її головного представника Харта), згідно з якою закони спільноти — це правила, встановлені відповідно до угоди між членами спільноти, причому немає ніякого зв'язку між мораллю та законністю. Друга теорія — утилітаризм, згідно з яким закони приймаються для користі більшості. «Правовий позитивізм відкидає ідею, що юридичні права можуть передувати будь-якій формі законодавства; отже, він відкидає ідею, що індивіди чи групи можуть мати в суді будь-які права, окрім тих, що їх чітко визначено у збірнику ясно продекларованих правил, котрі складають всю повноту закону суспільства. Економічний утилітаризм відкидає ідею, що політичні права можуть передувати правам юридичним, а отже, що громадяни можуть протестувати проти законодавчого рішення на будь-якій обґрунтованій підставі, а не лише тому, що це рішення насправді не служить загальному добробуту»¹.

Натомість Дворкін відстоює тезу, що основна мета права полягає у сприянні рівності, опосередкованій особистісною відповідальністю. Водночас він пропонує збалансоване рішення контроверзи між правовим позитивізмом та течією природного права шляхом розуміння правової системи як поєднання власне юридичних правил та моральних принципів. Дворкін вважає, що і дотримання закону, і його застосування завжди визначається не стільки об'єктивними, скільки суб'єктивними чинниками залежно від того, наскільки цінується гідність людини і визнається її правова та політична рівність з будь-якими іншими людьми. Тому найважливішою метою права є забезпечення в судових рішеннях і статутах внутрішньо послідовної і логічно впливаючої найкращої інтерпретації політичного і правового порядку в суспільстві, забезпечення у праві того, що Дворкін називає «порядністю» (*integrity*). Він вважає, що в кожній судовій справі можливо лише одне правильне рішення. Для ілюстрації цієї тези Дворкін використовує образ ідеального судді Геркулеса, наділеного надзвичайним розумом, всебічними знаннями та моральними чеснотами². Реальні ж судді у своїй практиці повинні намагатися формулювати свої рішення якомога ближче до тих, які виніс би Геркулес. Якщо суддя цього не робить, це вирок його компетентності і порядності. «Конституційний закон до тих пір не досягне

¹ Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Дворкін. – С. 12.

² Там само. – С. 159–160.

справжнього прогресу, поки не виокремить проблему прав стосовно держави і не винесе її на власний порядок денний. Це аргумент на користь злиття конституційного закону і моральної теорії — поєднання, що, як це не дивно, ще не відбулось. Абсолютно зрозуміло, що судді бояться, аби домішок моральної філософії не забруднив їхньої чистої галузі; особливо побоюються вони впливу філософів, що ведуть мову про права, тому що примарні обертони цього поняття передрікають смерть здорового глузду... Утім юристи не повинні відігравати пасивну роль у розвитку теорії моральних прав стосовно держави — принаймні, їм не слід виявляти більшої пасивності, ніж при розробці юридичної соціології та юридичної економіки. Вони мусять визнати, що закон не більш незалежний від філософії, ніж від зазначених дисциплін»¹. Таким чином, Дворкін наполягає на тому, що судді можуть і мусять розглядати і застосовувати у своїх рішеннях певні принципи, навіть якщо вони містять у собі філософські розмірковування.

Особливе місце в концепції Дворкіна займає тема громадянської непокори. Згадаймо, що в 1970-ті роки під час війни у В'єтнамі по всій Америці проходили численні і велелюдні акції протесту, а багато призовників палили повістки на службу до армії. З приводу цієї явної громадянської непокори Дворкін висловився так: «У нашому суспільстві людина справді іноді має право... не додержувати закону. Вона має таке право щоразу, коли закон неправомірно зазіхає на її права стосовно уряду. Так, якщо вона має моральне право на свободу слова, тоді вона має моральне право порушувати будь-який закон, що його, в силу її права, уряд не мав права приймати. Право не додержувати закону не є окремим правом, що якимось чином пов'язане із сумлінням і доповнює інші права стосовно уряду. Воно — просто спільна риса цих прав стосовно уряду, і його не можна заперечити в принципі, не заперечуючи факт існування подібного роду прав»². Дворкін максимально конкретно обговорює тему, яка в континентальній європейській (особливо німецькій) літературі відома як розбіжність між легальністю (*Legalität*) та легітимністю (*Legitimität*) певних політичних рішень. Він вважає, що громадянська непокора є законним інструментом демократичного, плюралістичного суспільства, якщо вона здійснюється відповідально. З цього погляду позитивне право є легітимним тільки тоді, коли воно отримує визнання суспільства.

¹ Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Дворкін. – С. 219.

² Там само. – С. 275.

Ця ліберальна точка зору, що полягала у посиленні захисту права, його верховенства над міркуваннями політики чи економічної вигоди була сформульована в наступній праці «Питання принципу» (1985)¹, в якій Дворкін обґрунтовує роль права як засобу переведення політичних диспутів на рівень обговорення фундаментальних принципів права.

Тема порядності далі розвивається Дворкіним у «Імперії права». Продовжуючи критику Харта і позитивістів за їхню відмову враховувати моральну складову права, Дворкін вважає, що право — це «інтерпретуюче» поняття, яке вимагає, щоб судді, враховуючи конституційні традиції, знаходили найкраще обґрунтування і найбільш справедливе рішення юридичного спору. На його думку, неможливо знати, чи має суспільство ефективну юридичну систему, поки залишаються не виявленими деякі моральні стандарти, якими керуються судді у своїх рішеннях. На відміну від правових позитивістів, Дворкін вважає, що ніхто в суспільстві не може знати, чим є його закони, якщо невідомі найкращі засоби їхнього застосування. Тут і необхідне звернення до інтерпретації. Він критикує конвенціоналістське уявлення, що право базується на встановленій владі, стверджуючи, що судді мають інтерпретувати минулі рішення, а не механічно застосовувати право, засноване на прецедентах. «Ми живемо в і через право. Воно робить нас тими, чим ми є... Юридичне міркування є вправою в конструктивній інтерпретації»². На думку Дворкіна, теорія права має рухатися від «доінтерпретивної стадії» (*preinterpretive stage*, на якій встановлюються правила поведінки) до інтерпретивної стадії (*interpretive stage*), на якій вирішуються питання виправдання цих правил, і далі до «постінтерпретивної стадії» (*postinterpretive stage*), на якій правила поведінки мають бути переформульовані на підставах, відкритих на другій стадії³. Повна теорія права не тільки встановлює правила правової системи, а й інтерпретує та оцінює їх. Водночас вона розглядає відношення не тільки між правом і примусом (тобто «силою» права — *«force» of law*), а й відношення між правом та правильністю (*rightfulness*) або виправданістю (*justifiability*), тобто підставами права (*the «grounds» of law*). Таким чином, повна правова теорія має досліджувати не тільки питання, як обґрунтувати правила правової системи, а й питання, чи існують достатні підстави для того, щоб примушувати індивідів виконувати ці правила.

¹ Dworkin R. *A Matter of Principle* / R. Dworkin – Cambridge, Ma: Harvard University Press, 1985. – 425 p.

² Dworkin R. *Law's Empire* / R. Dworkin. – P. VII.

³ Там само. – P. 66.

Дворкін пропонує розрізнити два виміри інтерпретації. Перший визначається критерієм *придатності* (*the criterion of fit*). Але придатність має бути доповнена другим критерієм, який можна назвати *політичною оптимальністю*. «Право як порядність... наполягає, щоб юридичні вимоги були інтерпретивними судженнями (*interpretive judgments*). Вони інтерпретують юридичні практики як політичний наратив, що розгортається (*an unfolding political narrative*)»¹. Дворкін вважає, що правильна інтерпретація — це та, що показує політичні практики спільноти в їхньому найкращому світлі, або обирає з них *найкраще, чим вони можуть бути* (*the best that they can be*). «Судження права є істинними, якщо вони враховують або впливають із принципів справедливості, чесності та належної правової процедури (*the principles of justice, fairness and procedural due process*), що надає найкращу конструктивну інтерпретацію юридичної практики даної спільноти»².

Орієнтований на порядність підхід Дворкіна до права одержав широку підтримку від лібералів, що стоять на позиціях судового активізму. Разом з тим погляди Дворкіна викликали гостру критику з боку консерваторів, які вважають, що теорія Дворкіна виправдовує надто широкі можливості суддів, чий розсуд може замінити право пристрасною політикою.

Наприкінці 1980-х Дворкін на замовлення Конгресу США підготував доповідь «Філософські проблеми сенільної деменції»³, в якій привернув увагу до соціальних та медичних аспектів дотримання громадянських прав понад мільйона американців, що страждають на сенільну деменцію (старече слабоумство). Завдяки цій доповіді були суттєво поліпшені медична допомога і юридичний захист людей, які протягом активного життя сприяли процвітанню країни і мають право на повагу та оптимальний комфорт у своїй «осінній порі».

Роздуми про захист прав соціально слабких груп громадян виводять Дворкіна на більш широкий контекст обговорення суті демократії в сучасному світі. У невеликій брошурі «Білль про права для Британії: Чому британська свобода потребує захисту» (1990)⁴ він проголосив

¹ Dworkin R. Law's Empire / R. Dworkin. – P. 225.

² Там само. – P. 226.

³ Dworkin R. Philosophical Issues in Senile Dementia / R. Dworkin. – Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1987. – 116 p.

⁴ Dworkin R. A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection / R. Dworkin. – London : Chatto & Windus, 1990. – 59 p.

таку ідею: «Сучасна демократія нетотожна правління більшості... у реальній демократії свобода і меншини мають правовий захист у формі письмової конституції, яку навіть парламент не може змінювати за своєю примхою або політикою. При такому погляді на демократію, білля про індивідуальні конституційні права є частиною фундаментального права, і судді, які не обиралися і які тому віддалені від тисків пристрасної політики, є відповідальними за інтерпретацію і застосування цього білля про права, як вони мусять робити щодо всіх інших частин правової системи»¹.

Дворкін розробив ліберальну егалітарну теорію, що наполягає на рівності в гідності кожної людини та повазі до неї. Ця ідея є центральною в його наступних книгах — «Царина життя» (1993), «Закон свободи» (1997), «Суверенна чеснота» (2000).

У «Царині життя: Аргумент щодо абортів, евтаназії та особистої свободи»² Дворкін пропонує ліберальну інтерпретацію Конституції, щоб захистити конституційні права на аборт і евтаназію. На його думку, Конституція «встановлює загальні, зрозумілі моральні стандарти, які уряд має поважати, але... надає право... суддям вирішувати те, що ці стандарти означають за конкретних обставин»³. Будь-яке право може стати конституційно захищеним, якщо п'ятеро членів Верховного Суду про це погодяться. У цьому зв'язку Дворкін відзначає абстрактність мови Конституції, особливо в деяких пунктах Білля про права. «Перша Поправка говорить, що Конгрес не повинен порушувати свободу слова, не повинен обмежувати свободу релігії і не повинен встановлювати релігію. Але вона не говорить нічого, щоб допомогти суддям вирішити, чи не обмежують свободу слова певні закони проти порнографії або спалення прапора [або чи] не втручаються закони, що...забороняють американським індіанцям споживати пейоту... чи у свободу релігії»⁴.

Саме моральні критерії необхідні суддям, щоб вирішити на підставах загальної і політичної моралі, які права слід вважати фундаментальними. На початку ХХ ст. право укладати комерційні контракти вважали настільки фундаментальним, що права штатів, які обмежували свободу контракта, були визнані неконституційними. Незалежний

¹ Dworkin R. A Bill of Rights for Britain / R. Dworkin. – P. 13.

² Dworkin R. Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom / R. Dworkin New York: Alfred A. Knopf, 1993. – 273 pp.

³ Dworkin R. Life's Dominion / R. Dworkin – P. 119.

⁴ Там само – P. 127.

судовий процес підтримав права батьків посилати своїх дітей до приватних шкіл¹, права подружжя використовувати контрацептиви², права жінок на аборт³, хоча всі ці права не були прописані в Конституції.

Дворкін виступає проти концепції «оригіналізму», запропонованої членом Верховного Суду А. Скаліа (Antonin Scalia), яка вимагає в конституційній інтерпретації спиратися на «первісний намір» (*original intent*) батьків-засновників США. По-перше, ці автори Конституції свідомо ухилялися від деталізації прав, розуміючи, що з плином часу уявлення про них можуть істотно змінитися, по друге, «учасники оригінального Конституційного Конвенту в Філадельфії ухвалили, щоб усі їхні робочі папери були спалені задля того, щоб їхні детальні думки ніколи не стали б відомими»⁴. Таким чином, власне первісний, «оригінальний» намір взагалі неможливо достеменно встановити. Дворкін вважає, що автори тексту Конституції так вчинили, щоб майбутні покоління інтерпретували закладені нею абстрактні принципи згідно з власними моральними стандартами.

Більш докладно тема конституційної інтерпретації розгортається в наступній книзі Дворкіна «Закон Свободи. Моральне прочитання Американської Конституції»⁵.

Дворкін заявляє, що американці були систематично введені в оману відносно того, що таке їхня Конституція, і як саме судді вирішують те, що вона означає. Річ у тім, що Конституція надає індивідуальні права в надзвичайно абстрактних термінах. Перша Поправка забороняє приймати закони, що «обмежують свободу слова» (*abridge the freedom of speech*); П'ята Поправка наполягає «на належному правовому процесі» (*due process of law*); Чотирнадцята Поправка вимагає «рівного захисту законами» (*equal protection of the laws*) всіх громадян. Що означає ця абстрактна мова, коли вона застосовується до політичних суперечок, які розділяють американців щодо расової рівності та расового правосуддя, абортів, евтаназії, вищої міри покарання, цензури, порнографії, гомосексуалізму тощо? І в кінцевому підсумку судді Верховного Суду мають велику владу вирішувати для всіх громадян. Як їм слід вирішувати?

¹ *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

² *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), Harlan's concurring opinion at 500.

³ *Casey v. Planned Parenthood* 60 LW 4795 (June 30, 1992).

⁴ Dworkin R. *Life's Dominion* / R. Dworkin. – P. 136.

⁵ Dworkin R. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* / R. Dworkin. – Cambridge (Ma): Harvard University Press, 1996. – 416 p.

Дворкін пропонує свою відповідь на це запитання, яку він називає *моральним прочитанням* Конституції. Він заявляє, що Білль про права слід розуміти як викладення загальних моральних принципів свободи, рівності та гідності, а окремі громадяни, адвокати і судді повинні інтерпретувати та застосовувати ці загальні принципи у відповідях на більш конкретні моральні запитання. Наприклад, чи дійсно свобода абортів впливає з основного морального права, а її обмеження було б великою несправедливістю? У детальних обговореннях конституційних проблем, яким присвячена більша частина книги, Дворкін показує, що суддям у подібних важких справах постійно доводиться відповідати на такі конкретні моральні запитання. На його думку, моральне прочитання Конституції є єдиним способом, яким вони *можуть* прийняти рішення по цих справах.

Дворкін визнає, що більшість суддів, політичних діячів та вчених-юристів думають інакше. «Звичайно, моральне прочитання заохочує адвокатів і суддів читати абстрактну конституцію у світлі того, що вони вважають правосуддям. Як же вони могли відповідати на моральні запитання, які ставить перед ними абстрактна конституція?»¹ Вони вважають, що судді ніколи не повинні розглядати конституційні проблеми як моральні проблеми, тому що це було б *недемократично*, бо означало б, що судді замінили б своїми власними моральними уподобаннями переконання конгресменів, які були обрані народом. Таким чином, вони наполягають, що судді можуть і мусять приймати рішення в деякий більш механічний спосіб, який не передбачає з їхнього боку нового морального судження.

На думку Дворкіна, прийняття цієї позиції тільки призведе до великих конституційних колізій. Моральне прочитання Конституції не суперечить демократії, а навпаки, є оптимальним шляхом її вдосконалення.

Дворкін відіграє вагомий роль у політичному житті: є одним із ідеологів руху так званої *Affirmative Action* (термін, який неможливо однозначно перекласти як просто «ствердна», або «позитивна дія» — йдеться про систему політико-правових заходів по запобіганню і компенсації расової, національної, гендерної дискримінації, або недотримання прав осіб з обмеженими можливостями); брав участь у протесті проти призначення Р. Борна до складу Верховного Суду США в 1987; в організації переговорів представників Африканського Національного

¹ Dworkin R. Freedom's Law / R. Dworkin. – P. 37.

Конгресу з юристами і суддями ПАР на початку 1990-х; у комітетах виборців у 2000-х (*Hillary Rodham Clinton for US Senate Committee, John Kerry for President, Obama for America*) та співголосуванні у Закордонній філії демократичної партії; мав членство в Раді освітнього тресту письменників і науковців (*the Council of Writers and Scholars Educational Trust*), та консультування з прав людини у Фонді Форда (*Human Rights consultant to the Ford Foundation*). Широкого резонансу набули його оцінки ситуації з дотриманням громадянських прав у США після 11 вересня 2000 р.¹, а також видана за його редакцією збірка критичних матеріалів щодо виборів президента Буша-молодшого (2002)². Протягом двох десятиліть він регулярно виступає як політичний та літературний коментатор у «Нью-Йоркському огляді книг» (*The New York Review of Books*).

У книзі «Суверенна чеснота» (2000)³ Дворкін констатує прикрий факт, що рівність належить до вимираючого виду політичних ідеалів. Навіть лівоцентристські політичні діячі нині вважають, що уряд має боротися з бідністю, але не мусить забезпечувати рівність громадян у будь-якому іншому вимірі. Дворкін наполягає, що рівність є обов'язковою рисою демократичного суверенітету. Легітимний уряд повинен розглядати усіх громадян як рівних, з рівною повагою та турботою. Оскільки економічний розподіл є головним чином наслідком діючої системи законів і політики, вимога рівності накладає істотні егалітарні обмеження на цей розподіл.

Який же розподіл національного багатства може забезпечити рівну турботу про всіх? Дворкін висуває два фундаментальних гуманістичних принципи — перший, що має бути забезпечено право на гідне життя всіх людей; другий — кожна людина має відповідальність за визначення і досягнення добробуту в її житті. Згідно з Дворкіним, істинна рівність означає рівність у доступі до ресурсів, що потрібні для повноцінного життя людини, а не в ступені життєвого успіху, якого вона досягає. Тому рівність, свобода та індивідуальна відповідальність перебувають не в конфлікті, а у відношенні взаємного покладання і доповнення як різні аспекти єдиної концепції життя і гуманної полі-

¹ Ronald Dworkin. The Threat to Patriotism [Електронний ресурс] / R. Dworkin // The New York Review of Books, February 28, 2002. – Режим доступу: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2002/feb/28/the-threat-to-patriotism/?page=1-3>>

² *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*. – New York: New Press, 2002.

³ Dworkin R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* / R. Dworkin. – Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. – 528 p.

тики. Дворкін розвиває цю тезу в контексті гарячих дебатів про стратегію охорони здоров'я, підтримку безробітних, фінансову реформу, подолання дискримінації, правомірність медичної допомоги, самогубства і генну інженерію.

Подальший розвиток філософсько-правових поглядів Дворкіна здійснено у книзі «Справедливість у мантиях» (2006)¹. У цій праці він обговорює проблеми співвідношення права і моралі, права і політики, юридичного прагматизму і позитивізму, ролі теорії у праві, морального плюралізму, а також визначення права і своє ставлення до теорії справедливості Ролза.

Дворкін наполягає на тому, що немає жорсткої межі між правом і мораллю, і намагання їх розділити є марними і непродуктивними. «Ми могли б досягти більшого успіху з іншою інтелектуальною топографією: ми могли б розглядати право не окремо від моралі, а як її розділ. Ми розуміємо політичну теорію цим способом: як частину моралі в більш широкому розумінні, але... з її власною відмінною субстанцією, що визначається застосуванням до відмінних інституціональних структур. Ми могли б розглядати правову теорію як спеціальну частину політичної етики, яку вдрізняє подальша обробка встановлених структур... Це дозволило б розглядати питання юриспруденції як моральні питання про те, коли, як далеко і за якою причиною авторитетні колективні рішення... мають сказати останнє слово в наших життях. Ми більше не мали б сумнівів, що суддя грає важливу роль у знаходженні того, що є право. Ми могли б тоді сконцентруватися на більш складній і важливій проблемі, якою точно є ця роль»².

Останніми роками Дворкін звернувся до осмислення конфлікту між мажоритаризмом і моральними принципами в поляризованому суспільстві. У книзі «Чи можлива тут демократія?» (2006)³ він наголошує, що політика в Америці стала поляризованою і спрощеною, як ніколи раніше. У Конгресі, ЗМІ та академічних дебатах супротивники борються один проти одного так, ніби політика є силовими спортивними змаганнями, що супроводжуються криками і бійками уболівальників. Наслідком є глибоко депресивна політична культура, яка погано пристосована для вирішення постійної необхідності відповідати на

¹ Dworkin R. Justice in Robes / R. Dworkin. – Cambridge (Ma) – London (Engl): The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. – 295 p.

² Dworkin R. Justice in Robes / R. Dworkin. – P. 36.

³ Dworkin R. Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate / R. Dworkin. – Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2008. – xii, 177 p.

виклики досягнень соціальної справедливості, а також загроз міжнародного тероризму. Чи може бути реалізованою надія на позитивні зміни? Дворкін вважає необхідним визначити і захистити основні принципи особистої та політичної моралі, що мають поділяти усі громадяни. Визнання таких принципів є передумовою конструктивного політичного діалогу, в якому взаємне презирство зміниться на взаємну повагу. Тільки тоді демократія буде у всій повноті реалізована в Америці і в будь-якій іншій країні.

Дворкін формулює два основних принципи, що мають бути прийняті у політичному житті: 1) кожне людське життя є унікальним і однаковою мірою цінним; 2) кожна людина має нести особисту відповідальність за самоідентифікацію і розуміння цінності власного життя. Ці принципи він пов'язує з ліберальними вирішеннями проблем з правами людини, місця релігії в сучасному житті, економічної справедливості, соціальної та фіскальної політики, боротьби з терором тощо.

Досить скептично він оцінив перспективи операції США в Афганістані: «Ми мусимо нарешті усвідомити, що ми більше не в змозі диктувати світову політику. Ми мусимо навчитися бути партнерами, йти на компроміси і брати на себе ризики. У протилежному випадку ми опинимося на узбіччі історії»¹.

Нове видання Дворкіна «Справедливість для їжаків»² присвячене обґрунтуванню нової парадигми в філософуванні. Інтригуюча назва книги запозичена з грецького прислів'я: «Лисиця знає багато речей, а їжак знає лише одну, зате найголовнішу». Такою найголовнішою річчю для філософії є істина, що розкривається у різних аспектах — як моральні вимоги або як вимоги справедливості в економіці, праві й політиці. Під цим кутом зору Дворкін розглядає різноманітні проблеми, яким присвячені окремі розділи його книги, а саме: Незалежність. — Істина в моралі. — Зовнішній скептицизм. — Моральні підстави і причини. — Внутрішній скептицизм. — Інтерпретація. Моральна відповідальність. — Інтерпретація взагалі. — Концептуальна інтерпретація. — Етика. Гідність. — Свобода волі та відповідальність. —

¹ Цит за: Хюбшен Ю. «Несокрушимая свобода» на грани краха. Американским войскам не удастся столь долго пробыть в Афганистане, как советским [Электронный ресурс] // Постоянный адрес статьи. – Режим доступа : <<http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1233642240>> 03.02.2009.

² Dworkin R. Justice for Hedgehogs / R. Dworkin. – Cambridge, Mass : Belknap Press of Harvard University Press, 2011. – XV, 506 p.

Мораль. Від гідності до моральності. — Допомога. — Шкода. — Зобов'язання. — Політика. Політичні права та поняття. — Рівність. — Свобода. — Демократія. — Право. — Епілог: неподільна гідність.

Усе, що ми думаємо відносно будь-якого з перелічених предметів, з необхідністю веде нас до проблеми істини. Дворкін наголошує, що скептицизм у всіх його формах, від античних до постмодерністських, загрожує єдності не просто категорій, а тих цінностей, що стоять за ними. Він нагадує, що ментальна революція Галілея в епоху Відродження зробила світ теологічних цінностей безпечним для науки. Але республіка науки поступово перетворилася на нову імперію. Зокрема, позитивістські налаштовані філософи оголосили методи фізики універсальними і перетворили її в «тоталітарну теорію всього». Вони нав'язали фізікалістське розуміння таким категоріям, як реальність, істина, факт, підстава, значення, знання і буття у сферах гуманітарних наук, де внаслідок неадекватності такого розуміння виник глибокий скепсис, але не проти фізікалізму, а проти самого гуманітарного пізнання і його об'єктів. Дворкін вважає, що ми потребуємо нової революції у свідомості, метою якої є безпечний для цінностей світ науки. Зокрема, має бути визнано, що існують абсолютні моральні цінності, які знаходяться в центрі людського життя — це гідність і самоповага.

Титов В., Коваленко Г. Творческий путь Роналда Дворкина

В статье дается общая характеристика основных работ выдающегося американского философа права Роналда Дворкина.

Ключевые слова: Роналд Дворкин, права человека, юридическая интерпретация, Верховный Суд США, моральное прочтение Конституции.

Titov V., Kovalenko H. Ronald Dworkin's creative path

This paper is a general review of main works, written by eminent American legal philosopher Ronald Dworkin.

Keywords: Ronald Dworkin, human rights, legal interpretation, Supreme Court of the USA, moral reading of Constitution.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347

О. Крупчан, академік НАПрН України,
директор НДІ приватного права і під-
приємництва НАПрН України

Удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі

Підприємницька діяльність є основою економічної могутності і, відповідно, безпеки держави. Ця теза вже стала постулатом, оскільки підтверджена багаторічним досвідом економічно розвинених країн.

Глибинність її змісту виявляється в тому, що економічна міць і безпека держави в цілому визначаються насамперед рівнем життя її громадян.

Становлення України як економічно незалежної держави та необхідність перебудови економічної системи відповідно до вимог світової економіки, забезпечення її конкурентоспроможності зумовлює науковий інтерес щодо необхідності підвищення ролі держави в процесах розвитку як ринкової економіки загалом, так і підприємництва зокрема, оскільки саме органи влади із залученням сучасних засобів регулювання мають запроваджувати оптимальні організаційно-правові підходи до економік різних країн і територій. На думку сучасних дослідників, «проекування і прийняття норм зобов'язане орієнтуватися на досягнення загальної соціально-економічної мети господарського законодавства — сприяння підвищенню ефективності суспільного виробництва, забезпечення соціальної орієнтованості економіки»¹.

Саме тому слід усувати наявні перешкоди на шляху розвитку підприємництва, а для цього необхідно перш за все їх викласти, використовуючи конкретні факти, новітнє законодавство, чинну нормативно-правову базу.

Окремі аспекти державного регулювання підприємницької діяльності у правовому аспекті аналізуються у працях таких сучасних російських і українських вчених-юристів, як: Є. П. Губін, В. С. Белих, В. В. Долинська, І. В. Дойніков, Д. В. Задихайло, Н. Є. Карягін,

¹ Хозяйственное право : учебник / под ред. В. К. Мамутова. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 21.

Н. І. Клейн, М. І. Кулагін, П. Г. Лахно, В. К. Мамутов, В. М. Мандриця, Л. А. Морозова, О. М. Олейник, О. П. Подцерковний, В. Ф. Попондопуло, О. П. Рябченко, Н. О. Саніахметова, Ю. А. Тихомиров та ін. Разом з тим для більш чіткого визначення напрямів удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності необхідно й надалі продовжувати наукові дослідження у цій сфері.

З огляду на викладене вище бажаними були б окреслення та розробка нових наукових напрямів і практичних спрямувань щодо правових засад державного регулювання підприємницької діяльності в Україні.

Однією з найбільш актуальних проблем на сьогодні залишається неефективність системи державного нагляду (контролю) у сфері господарської (підприємницької) діяльності. Так, за експертними оцінками, у 2010 р. здійснено перевірки майже 90 % підприємств України.

Найбільша кількість перевірок суб'єктів господарювання припадає на державну податкову службу, органи пожежного нагляду, державну санітарно-епідеміологічну службу тощо. У 2010 р. цими органами здійснено перевірки на кожному другому підприємстві країни, що в більшості випадків негативно вплинуло на стабільність функціонування цих підприємств, зважаючи, крім усього іншого, на наслідки світової економічної кризи, що мають місце в Україні.

Принциповим також залишається питання про необхідність контролю з боку державних установ за безпосередньою щоденною діяльністю підприємницьких структур, що, по суті, є державним втручанням під назвою «регулювання».

Незважаючи на проголошені підходи всебічної підтримки, розвитку й регулювання підприємницької діяльності за допомогою зменшення оперативного втручання з боку держави в її здійснення (Укази Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007, від 9 серпня 2008 р. № 698/2008), сьогодні право контролю мають понад 25 органів державного керування. Ними розробляються відповідні нормативні акти, дотримуватися яких у повному обсязі практично неможливо.

Слід також зазначити, що багато хто із цих органів здійснює контролюючу діяльність на «госпрозрахунковій» основі. Йдеться про те, що частина стягнутих ними коштів у вигляді штрафних санкцій надходить не до бюджету, а у безпосереднє розпорядження таких органів. Тобто створюються умови, через які ці відомства зацікавлені саме у порушеннях власних нормативних актів, оскільки подібні дії дають можливість накладати штрафні санкції та одержувати певну їх частку на статутні потреби. Згідно з такою зацікавленістю спотворюється зміст

відповідних нормативних актів, що дає можливість багатозначного їх трактування і сумнівного застосування.

Також у 2010 р. набула поширення негативна (всупереч законодавству) практика роботи податкових органів, коли вони за надуманими, а частіше — взагалі без пояснення причин, відмовлялися приймати подані у строк звіти підприємств для того, щоб застосувати до останніх дію положень законодавства про відповідальність за порушення строків надання податкової звітності.

Отже, результати регуляторної політики держави у сфері господарської діяльності ще не стали дієвим інструментом підвищення ефективності діяльності, по-перше, самих регуляторних органів, по-друге, також всієї господарської сфери. Перегляд регуляторних актів, в основному, має формальний характер, не проводиться системної оцінки реалізації регуляторної політики в пріоритетних галузях економіки, а окремі регуляторні акти приймаються із порушенням основних принципів регуляторної політики.

Розв'язанням накопичених проблем у господарській сфері мав би стати Податковий кодекс України, прийняття якого 19 листопада 2010 р. було ініційовано Кабінетом Міністрів України. З набранням чинності цим кодифікованим актом планувалося зближення податкового й бухгалтерського обліків. Позиція Кабінету Міністрів України полягала в тому, що об'єкт оподаткування, в основному, планувався визначатися податком на прибуток підприємств, виходячи з даних бухгалтерського обліку платника податків¹.

Тобто з прийняттям нового Податкового кодексу України очікувався насамперед ретельний перегляд платником податків власної облікової політики, і, за потреби, внесення до неї відповідних уточнень, що стало б значним полегшенням для виробництв і підприємств. Таким бачили новий Податковий кодекс України його розробники.

Представники малого й середнього бізнесу кардинально по-іншому сприйняли наслідки впровадження нового Податкового кодексу України. У випадку його прийняття вони пророкували поетапне знищення малого й середнього бізнесу, як результат скасування Кодексом спрощеної системи оподаткування і єдиного податку, наслідком чого стали масові акції протесту.

Новий Податковий кодекс України, на думку підприємців, міг залишити без роботи мінімум 2 млн українців, а всього у сфері єдиної

¹ Податковий кодекс України від 02. 12. 2010 // Голос України від 04. 12. 2010. – № 229–230.

системи оподаткування працює близько 4 млн громадян, які могли б однозначно постраждати — втратити робочі місця.

Реагуючи на масові акції протесту, Президент України частково ветував прийнятий Верховною Радою України Податковий кодекс України, до його тексту були внесені істотні змістовні зміни, після чого в оновленому вигляді цей кодифікований акт було прийнято Верховною Радою України та підписано Президентом України 2 грудня 2010 р.¹

Так, у Податковому кодексі України залишилася діюча до його прийняття спрощена система оподаткування, обліку й звітності суб'єктів малого підприємництва.

У Податковому кодексі України містяться положення, що з 1 січня 2011 р. до внесення змін до розділу XIV Податкового кодексу України в частині оподаткування суб'єктів малого підприємництва Указ Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку й звітності суб'єктів малого підприємництва» від 03.07.1998 р. № 727 (з наступними змінами) і абзац двадцять восьмий пункту 1 статті 14 розділу IV Декрету Кабінету Міністрів України «Про прибутковий податок із громадян» від 26.12.1992 р. № 1392 застосовуються з урахуванням низки особливостей.

Зокрема, платники єдиного податку не є платниками наступних податків і зборів, зазначених Податковим кодексом України, як: податок на прибуток підприємств; податок на прибуток фізичних осіб (для фізичних осіб-підприємців); податок на додану вартість по операціях з поставки товарів і послуг, місце надання яких розташовано на митній території України, за винятком податку на додану вартість, що сплачується юридичними особами, які вибрали ставку оподаткування 6 відсотків; земельний податок, крім земельного податку за земельні ділянки, що не використовуються для ведення підприємницької діяльності, тощо.

До того ж Президент України вніс зміни й щодо збереження діючої ставки єдиного податку на рівні 200 грн при отриманні річного прибутку не більше 500 тис. грн для фізичних осіб-підприємців (у такий спосіб було задоволено основну вимогу підприємців-мітингувальників), окрім якої підприємці сплачують внесок до Пенсійного фонду у розмірі 300 грн. Діюча спрощена система оподаткування може бути застосована як фізичними особами-підприємцями, так і юридичними особами.

Загальновизнано, що для вирішення будь-яких завдань і реалізації державної політики органи влади повинні мати відповідну компетенцію

¹ Податковий кодекс України від 02. 12. 2010 // Голос України від 04. 12. 2010. – № 229–230.

і бути інституціонально представлені в рамках певної системи, зокрема для вирішення завдань розвитку економіки й підприємництва. З огляду на те, що згідно із ст. 19 Конституції України органи державної влади і органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і у спосіб, передбачений Конституцією та законами України, ця компетенція має визначатися відповідно до закону.

У пункті 12 ст. 92 Конституції України зазначається, що винятково законами України визначаються організація і діяльність органів виконавчої влади. Вважаємо, що компетенція цих органів повинна визначатися саме на законодавчому рівні, тому що саме компетенція є «альфою» і «омегою» організації діяльності органів виконавчої влади «будь-якого рівня».

Разом із тим розділ 7 Конституції України, на жаль, визначаючи загальну компетенцію Кабінету Міністрів України, не встановлює меж повноважень інших органів виконавчої влади, механізмів їх взаємодії і підпорядкування Уряду. Спеціальних законів про статус і повноваження галузевих міністерств та інших, переважної більшості центральних органів виконавчої влади, які своєю реальною діяльністю впливають на підприємницькі структури та розвиток підприємництва, не прийнято.

Раніше відповідно до п. 9 ст. 116 Конституції України в її редакції, що діяла з грудня 2004 р. до 30 вересня 2010 р., Кабінет Міністрів України утворював, реорганізовував і ліквідував відповідно до закону міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади. Ця конституційна вимога повністю була продубльована в Законі України «Про Кабінет Міністрів України».

Проте схожих законів про компетенцію центральних органів виконавчої влади як основного елемента їхньої організації, із змінами до Конституції України, внесеними у грудні 2004 р., не було прийнято, що поставило під загрозу можливість буквального виконання положень Конституції України.

Положення про відповідні міністерства затверджувалися постановами Кабінету Міністрів України, проте у статтях 21, 23 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» відсутні повноваження Уряду щодо визначення компетенції міністерств як органів господарського управління та порядку їх реалізації.

Таким чином, питання законодавчого визначення компетенції державних органів господарського управління і порядку реалізації цієї

компетенції у сфері господарської діяльності й підприємництва дотепер залишаються не врегульованими.

На цей час, у зв'язку з поновленням дії Конституції України в редакції 1996 р., поновлено повноваження Президента України щодо створення, реорганізації і ліквідації за поданням Прем'єр-міністра України міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, що діють у межах коштів, передбачених на їх утримання.

Не беручи під сумнів повноваження Президента України щодо вибудови системи центральних органів виконавчої влади (створення, реорганізації, ліквідації), можна лише стверджувати, що конституційна вимога про те, що лише нормативні акти, що стосуються їх компетенції, мають набувати вигляду і рівня виключно законів.

На нашу думку, поліпшенню і підвищенню ефективності державно-правового регулювання підприємницької діяльності навряд чи буде сприяти ліквідація Державного комітету України з питань регуляторної політики й підприємництва, що мав статус центрального органу виконавчої влади. Відповідно до Указу Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 09.12.10 р. № 1085/2010 функції у сфері реалізації державної політики з питань розвитку підприємства, регулювання цінової політики (крім питань реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців) покладені на нове, створене цим Указом Президента України, Міністерство економічного розвитку й торгівлі України, яке очолив Перший віце-прем'єр України.

Лише в 2010 р. за ініціативою Держкомпідприємництва було скасовано ліцензування 2046 з 2268 (90,2 %) видів робіт та 23 з 78 (27 %) видів діяльності, встановлено необмежений термін дії більшості ліцензій, введено декларативний принцип при відкритті бізнесу, кількість дозволів зменшена з 227 до 91. Також у сфері спрощення входу та виходу з бізнесу було ухвалено закон про електронну реєстрацію. Крім того, був прийнятий закон, за яким за кожним центральним органом виконавчої влади залишився лише один контролюючий орган. Проголосувала Верховна Рада і за підготовлений Держкомпідприємництвом закон про прискорений перегляд усіх регуляторних актів, який дозволить провести ревізію нормативної бази за всі роки незалежності та скасувати ті акти, які створюють бар'єри для розвитку бізнесу.

Саме за його участю (Міністерства) Кабінет Міністрів України спрямовує і координує діяльність таких центральних органів виконавчої влади «економічного блоку», як Державна служба експортного контролю України, Державна служба статистики України, Державна

служба технічного регулювання України, Державне агентство з енергоефективності й енергозбереження України, Державне агентство резерву України, Державне агентство України з керування державними корпоративними правами і майном¹.

Розмірковуючи про це, вважаємо, що цьому новому Міністерству принаймні на період становлення, який може охопити приблизно 1,5–3 роки, на жаль, буде не до розв'язання актуальних завдань у сфері державного регулювання підприємницької діяльності.

Певна річ, що проблемами правового регулювання підприємницької діяльності в конкретній галузі будуть займатися і новостворені й реорганізовані міністерства, і інші центральні органи виконавчої влади. Проте, по суті, за весь період незалежності України органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування не встановлено необхідного зворотного зв'язку із суб'єктами господарювання, неприбутковими об'єднаннями підприємців, що має наслідком відсторонення їх від участі у формуванні державної політики у сфері господарської діяльності. При цьому вже налагоджені зв'язки, що накопичувались протягом останніх років, навряд чи будуть збережені новим Міністерством.

У цих умовах руйнування умов і засад розвитку підприємництва в нашій країні, на нашу думку, підприємницька сфера зіштовхнеться із посиленням бюрократизму й відомчості. Тому ліквідація такого центрального органу виконавчої влади, як Державний комітет України з питань регуляторної політики й підприємництва виглядає принаймні незрозумілою.

Також прикладом певної невизначеності фактичного і юридичного статусу центрального органу виконавчої влади є Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку, яка виступає державним органом, підпорядкованим Президентові України і підзвітним Верховній Раді України. Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів» не визначений статус Державної Комісії як органу виконавчої влади, але зрозуміло, що фактично це орган виконавчої влади і він має безпосереднє відношення до реалізації економічної політики. Проте механізм взаємодії цього органу з Кабінетом Міністрів України жодним документом не визначений і саме це викликає багато запитань.

Ще одним напрямом державної економічної політики, визначеним законодавством України, є антимонопольно-конкурентна політика, спрямована на створення оптимального конкурентного середовища

¹ Див.: Пискотин М. И. Социализм и государственное управление / М. И. Пискотин. – М. : Наука, 1984. – С. 172–181, 233–238.

суб'єктів господарювання. Так, згідно зі ст. 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» державна політика у сфері розвитку економічної конкуренції і обмеження монополізму в господарській діяльності, проведення заходів щодо демонополізації економіки, фінансова, матеріально-технічна, інформаційна, консультативна та інша підтримка суб'єктів господарювання, що сприяє розвитку конкуренції, здійснюються уповноваженими органами державної влади, органами місцевого самоврядування та органами адміністративно-господарського управління і контролю.

Єдиним безпосередньо уповноваженим органом у сфері економічної конкуренції є Антимонопольний комітет України, що відповідно до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» є державним органом зі спеціальним статусом, який зберігся за ним і за Указом Президента України від 9 грудня 2010 р. № 1085. Основною метою діяльності Антимонопольного комітету України є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності.

Антимонопольний комітет України підконтрольний Президентові України та підзвітний Верховній Раді України відповідно до ст. 2 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». При цьому за час своєї діяльності Антимонопольний комітет України не провів майже жодного заходу щодо сприяння розвитку конкуренції, зосереджуючи увагу (виключно за йому відомими причинами) на розгляді справ про порушення економічної конкуренції у період кризи, що впливали на конкурентне середовище, а інколи знищували конкуренцію у таких сферах економіки, як торгівля нафтопродуктами або м'ясом.

Антимонопольний комітет України не несе жодної відповідальності та не ініціює жодних заходів щодо поновлення конкуренції і розвитку підприємництва. Тобто необхідного впливу на підвищення ефективності підприємницької діяльності Антимонопольний комітет України не здійснює, і це висновок не лише науковців, а й практиків.

Крім того, ще одним із напрямів розвитку підприємницької діяльності бачився проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скасування свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи та фізичної особи-підприємця» реєстр. № 7516 від 24.12.2010 р., спрямований на спрощення й удосконалення процедури державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності і поданий суб'єктом законодавчої ініціативи народними депутатами Н. Королевською та К. Ляпіною від Комітету з питань промислової і регуляторної політики та підприємництва, у якому пропонується за-

провадити принцип здійснення діяльності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців без свідоцтва про державну реєстрацію.

Аналізуючи цей законопроект, необхідно зазначити значну ймовірність настання негативних наслідків, які в подальшому виникнуть при скасуванні свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи та фізичної особи-підприємця. Так, у випадку виключення ч. 7 ст. 21 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» можна передбачити чинність виписки безстроково, оскільки на сьогодні відповідно до ч. 7 діючого Закону виписка з Єдиного державного реєстру є чинною протягом 30-ти календарних днів з дати її видачі. Така ситуація може призвести до того, що нечесні суб'єкти підприємництва подаватимуть застарілі відомості про себе, а контрагенти не зможуть їх перевірити, оскільки (незважаючи на прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації») доступ до Єдиного державного реєстру є обмеженим.

Крім того, говорячи про доступ до Єдиного державного реєстру, не слід виключати й того, що навіть за умови його відкритості, на жаль, не кожен громадянин зможе безперешкодно скористатись ним, оскільки рівень комп'ютеризації у нашій державі бажає бути кращим, що може потягнути за собою ряд махінацій, а згодом і значну кількість судових спорів. І, нарешті, не слід забувати і про фіскальну політику держави, яка значно недоодержить надходжень до бюджету, в той час як законодавець створить умови для реєстрації суб'єктом підприємницької діяльності будь-якої особи (навіть соціально неадаптованої та незахищеної), що призведе до низки судових тяжб із особами, які не в змозі виконувати взяті на себе зобов'язання.

Виходячи із вищенаведеного, можна зробити висновок про певну поспішність у прийнятті цього законопроекту, оскільки сьогодні ринкові відносини ще не знаходяться на такому рівні, щоб беззаперечно сприйняти такі зміни. По-перше, заміна свідоцтва про державну реєстрацію оригіналами документів із записом державного реєстратора та випискою із Єдиного державного реєстру не завжди сприятиме спрощенню у сфері підприємництва. По-друге, не слід забувати й про різного роду махінації, які відбуватимуться при поданні виписок, що, як стає зрозуміло із проекту Закону, тепер будуть чинні безстроково.

При розгляді питань реалізації державної економічної політики необхідно зосередитися на безумовному виконанні всіма органами державної влади Закону України «Про принципи державної регуляторної політики в сфері господарської діяльності», прийнятого з метою

вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративно-правових відносин між регуляторними органами, іншими органами державної влади і суб'єктами господарювання. Неприпустиме прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів, зниження рівня втручання держави в безпосередньо господарську діяльність суб'єктів господарювання й усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється у межах, порядку й способом, встановленими Конституцією і законами України.

Припустимо, що цей Закон створений лише для того, щоб його не виконувати, у тому числі самою Верховною Радою України, що його прийняла. Яскравим прикладом вищезазначеного є прийняття чисельних змін до бюджету країни у 2009–2010 роках, завдяки чому істотно й постійно змінювалися умови господарської діяльності суб'єктів господарювання. У свою чергу, це вплинуло на чисельні інституціональні структури у сфері господарювання, вільні економічні зони, суб'єктів інноваційної діяльності, малий бізнес, а також позбавило суб'єктів господарювання можливості нормально планувати свою діяльність і розвиватися.

Такі дії мають безпосередній вплив, а також блокують реалізацію багатьох напрямів економічної політики держави. Органи державної влади, Президент України як гарант Конституції України повинні забезпечити дію верховенства права, що прямо передбачено статтями 8, 19 Основного Закону нашої держави¹.

Тому одним з основних завдань розвитку законодавства про господарську діяльність і підприємництво на сьогодні є забезпечення системності в підходах до державного регулювання, приглушення його адміністративних методів шляхом визначення оптимальної компетенції органів державної влади та місцевого самоврядування і механізмів її реалізації в умовах ринкових засобів ведення господарства, що надає змогу суб'єктам господарювання самостійно приймати рішення в умовах саме регулятивних систем і явищ, таких, наприклад, як конкуренція.

Отже, пріоритетними напрямами, що спрямовані на вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, можуть бути такі:

– усунення застосування необґрунтованих підходів і методів у здійсненні заходів державного нагляду (контролю) органами державної виконавчої влади і органами місцевого самоврядування;

¹ Див.: Павлішенко І. Б. Державне регулювання підприємництва в Україні: напрями та пріоритети / І. Б. Павлішенко, О. В. Босик : зб. наук.-техн. пр. – Львів, 2009. – С. 258.

- подальше спрощення дозвільної системи й мінімізація видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню;
- залучення неприбуткових об'єднань підприємців до формування основних принципів державної регуляторної політики;
- недопущення політизації діяльності регуляторних органів;
- подальше й постійне спрощення системи оподаткування, зокрема, шляхом скорочення кількості видів податків, зборів, удосконалення адміністрування, реформування законодавства відносно оподаткування на додану вартість;
- усунення технічних бар'єрів при здійсненні окремих видів господарської діяльності;
- невідкладний розгляд питання про відновлення і підвищення статусу уповноваженого органу в сфері державної регуляторної політики й підприємництва як вищого органу виконавчої влади;
- збільшення фінансово-кредитної підтримки при стимулюванні розвитку підприємництва;
- недопущення неправомірного втручання державних органів і органів місцевого самоврядування у діяльність суб'єктів господарювання.

Крупчан А. Усовершенствование государственного регулирования предпринимательской деятельности в современный период

Статья посвящена исследованию проблем совершенствования государственного регулирования предпринимательской деятельности на современном этапе в соответствии с требованиями мировой экономики. Выделены корректные препятствия на пути развития предпринимательства и определены эффективные пути их устранения. Исследована роль новейшего налогового законодательства как одного из регуляторов государственного регулирования предпринимательской деятельности

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, государственное управление, государственное регулирование, экономика, субъекты хозяйствования, Налоговый кодекс, фискальное давление.

Krupchan O. Development of the state regulation of entrepreneurship nowadays

The article is devoted to the problems of state regulation of business at the present stage in accordance with the requirements of the global economy. Deals with the correct obstacles to business development and found effective ways to address them. Allocated the role of the latest tax law as a regulator of state regulation of business

Keywords: entrepreneurship, public administration, government regulation, business, subject of businesses, tax code, fiscal pressure.

УДК 347.4

І. Пучковська, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Проти подвійної природи неустойки

Неустойка у ст. 546 ЦК України названа законодавцем серед видів забезпечення виконання зобов'язання поряд із заставою, завдатком, порукою, гарантією та притриманням. У доктрині цивільного права її традиційно вважають як видом забезпечення виконання зобов'язань, так і мірою цивільно-правової відповідальності¹.

Метою цієї статті є спростування думки про подвійну природу неустойки. Спираючись на результати сучасних досліджень у галузі мір цивільно-правової відповідальності, автор, вивчаючи упродовж тривалого часу види забезпечення виконання зобов'язань, виступає проти визнання за неустойкою подвійної природи. Зазначаючи те, що неустойці властиві всі ознаки цивільно-правової відповідальності і у неї відсутня **основна ознака видів забезпечення виконання зобов'язання** — наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, за рахунок якого кредиторі надається виконання в порядку захисту, автор вважає, що «подвійного навантаження» неустойка не несе.

Віднесення неустойки до видів забезпечення виконання зобов'язань у теорії цивільного права ніколи не піддавалося сумніву. Більше того, як правильно підкреслюється в літературі, неустойка завжди вважалася одним із найпоширеніших і популярних способів забезпечення виконання зобов'язання². Таку думку висловлюють і сучасні дослідники.

¹ Див.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 55; Хохлов В. А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву / В. А. Хохлов. – Тольятти : Волж. ун-т, 1997. – С. 7; Цивільне право України : підручник : у 2 т. Т. 2 / за заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 33; Цивільне право України : підручник : у 2 кн. Кн. 1. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 662; Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 202; Брагинский М. И. Договорное право : Кн. первая : Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – изд. 3-е, стереот. – М. : Статут, 2001. – С. 484.

² Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Кн. 1. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 662.

Запроваджений О. С. Йоффе розподіл видів забезпечення виконання зобов'язань на такі, що є мірами цивільно-правової відповідальності (неустойка, завдаток), і такі, що ними не виступають (застава, порука, гарантія)¹, та закріплення в законодавстві положення про неустойку як у гл. 49 ЦК «Забезпечення виконання зобов'язання», так і в гл. 51 ЦК «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання» становлять підґрунтя теорії подвійної природи неустойки, що сьогодні є панівною в науці цивільного права. Пропонується розрізняти *неустойку як вид забезпечення виконання зобов'язання*, що встановлюється з метою забезпечення виконання певного договору, і *стягнення неустойки як міру цивільно-правової відповідальності*, що має місце при порушенні боржником забезпеченого договору.

З точки зору подвійної природи неустойки остання встановлюється як вид забезпечення виконання зобов'язання і виконує стимулюючу функцію, оскільки стимулює боржника до належного виконання забезпеченого нею договірною зобов'язання. Якщо ж встановлення неустойки не досягло своєї мети і зобов'язання все ж таки було порушене боржником, то мова йде вже про притягнення винного боржника до цивільно-правової відповідальності і відповідно про стягнення неустойки. При цьому, розглядаючи неустойку як міру відповідальності, дослідники підкреслюють її штрафний та компенсаційний характер, що притаманний всім мірам цивільно-правової відповідальності, а про стимулюючу функцію останніх не згадують.

Розглянемо, чим же обґрунтовується подвійна природа неустойки, та з'ясуємо, що означає неустойка як міра відповідальності та неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання.

Згідно з поняттям неустойки, закріпленим у ст. 549 ЦК, неустойкою є *грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення* боржником зобов'язання. Отже, якщо боржник порушить зобов'язання, то кредитор має право стягнути з нього певну грошову суму або вимагати передачі певного майна. А для боржника, відповідно, передача цього майна або цієї суми є обов'язком, що характеризується як додатковий майновий обов'язок поряд з основним обов'язком виконати порушене зобов'язання. Чи виявляє себе неустойка ще якимось чином? Ні, не виявляє. Якщо зобов'язання не буде порушене, то права на стягнення неустойки кредитор не матиме.

¹ Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 202.

У кредитора є лише потенційне право стягнути неустойку, якщо вона була передбачена в певному розмірі на випадок порушення зобов'язання в договорі або в законі, але реалізація цього права безпосередньо пов'язана з фактом порушення зобов'язання. Стягнення неустойки можливе тільки у разі порушення зобов'язання боржником за наявності вини останнього, що свідчить на користь визнання неустойки мірою цивільно-правової відповідальності.

Пояснюючи подвійну природу неустойки, О. Отрадна пише: «З моменту укладення сторонами угоди про неустойку або підписання договору, який забезпечується законною неустойкою, і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою *забезпечувальної функції*, вона трансформується у міру цивільно-правової відповідальності»¹. Б. М. Гонгало зазначає, що «необхідно розрізняти *неустойку* як *вид забезпечення* виконання зобов'язання і *стягнення неустойки* як *міру відповідальності*. Наявність неустойки в законі або договорі стимулює боржника до виконання своїх обов'язків загрозою того, що у разі порушення зобов'язання відбудеться стягнення неустойки, тобто настане відповідальність... Очевидно, коли говориться про *стимулюючу функцію*, то мова йде про неустойку як вид забезпечення виконання зобов'язання. Якщо ж як призначення неустойки вказується компенсація втрат кредитора, то мається на увазі стягнення неустойки, тобто цивільно-правова відповідальність»². А. Г. Карапетов, підкресливши, що навіть після порушення неустойка у вигляді пеней, нараховуючись на прострочений борг, стимулює до скорішого погашення боргу, отже, продовжує відігравати забезпечувальну роль³, вважає, що неустойка є видом забезпечення виконання зобов'язання не лише до порушення зобов'язання боржником, а й до її сплати кредитору, одночасно виступаючи і мірою цивільно-правової відповідальності⁴. Очевидно, що за такого підходу залишається відкритим питання, чому ж неустойка є і видом забезпечення виконання зобов'язання, і мірою цивільно-правової відповідальності, не видно різниці між мірами відповідальності і забезпечення.

¹ Отрадна О. О. Неустойка в цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Отрадна. – К., 2002. – С. 3.

² Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 54–55.

³ Карапетов А. Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. – М. : Статут, 2005. – С. 61.

⁴ Там само. – С. 60, 65.

Із наведених дослідниками висловлювань можна зробити як мінімум два важливі для нас висновки: по-перше, спеціалісти в галузі видів забезпечення виконання зобов'язання забезпечувальною функцією забезпечень визнають стимулюючу функцію і вважають її достатньою для характеристики певної міри, зокрема неустойки, як виду забезпечення виконання зобов'язання і, по-друге, припускають, що неустойка як міра відповідальності не виконує стимулюючої функції.

На думку автора, такі висновки не відповідають дійсному стану речей з огляду на сучасні дослідження в галузі мір цивільно-правової відповідальності та видів забезпечення виконання зобов'язань.

Узагальнивши велику кількість думок дослідників із приводу виконуваних як мірами цивільно-правової відповідальності, так і видами забезпечення виконання зобов'язань функцій, автор переконалася, що, незважаючи на різні назви функцій і їх кількість, зазначену певними дослідниками, як мірами відповідальності, так і видами забезпечення виконання зобов'язання, здійснюється вплив на боржника з метою його стимулювання до належного виконання зобов'язання, а у разі порушення договору — захист порушених прав кредитора. І видами забезпечення виконання зобов'язань, і мірами цивільно-правової відповідальності виконуються як стимулююча, так і захисна функції. Причому з огляду на те, що названі міри реалізуються у зв'язку з порушенням зобов'язання, тобто виявляють себе саме як способи захисту прав кредитора, основною функцією як одних, так і інших має бути названа захисна функція.

Стосовно мір відповідальності ця функція визначається дослідниками як відновлювальна (компенсаційна)¹; компенсаційна²; компенсаторно-відновлювальна³; компенсаційна⁴. Виконання мірами відповідальності цієї функції здійснюється шляхом покладення на відповідальну особу додаткового (або нового) обов'язку зазнати додаткових майнових втрат у зв'язку із застосуванням мір відповідальності, який за своїм змістом не збігається з тим невиконаним обов'язком, порушення якого спричинило відповідальність боржника. О. С. Іоффе

¹ Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності : монографія / І. С. Канзафарова. – Одеса : Астропринт, 2006. – С. 131–132.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. / В. В. Луць. – 2-ге вид., стер. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 68.

³ Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 272.

⁴ Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 87.

стосовно цивільно-правової відповідальності справедливо зазначав, що «оскільки поступок неправомірний, він не має вичерпуватися для порушника наслідками, що настають у нормальній обстановці. Потрібно, щоб відповідальність виявилася: у договірній сфері — не у виконанні порушеного зобов'язання, хоч би й примусовому, а у сплаті неустойки, відшкодуванні збитків, як і будь-яких інших втрат, що завдаються боржнику через його несправність...»¹. Отже, наявність додаткового майнового обов'язку, викликаного порушенням договору, — відшкодування збитків, сплата неустойки дозволяє виділити реалізацію мір цивільно-правової відповідальності при порушенні договору. Цей обов'язок покладається на порушника за наявності його вини, а стягнення здійснюється на користь кредитора і означає відновлення порушеної майнової сфери останнього.

Стимулююча ж роль неустойки є пасивною. Вона стимулює боржника до належного виконання зобов'язання самим фактом свого існування. Недарма О. С. Йоффе, зазначивши, що «неустойка призначена для стимулювання реального виконання зобов'язання», підкреслює, що «таку ж функцію виконує і обов'язок із відшкодування збитків»². Отже, сам факт існування мір цивільно-правової відповідальності стимулює боржника до належного виконання зобов'язання і стимулює тим, що останні «спрацюють» у разі порушення і покладуть на боржника додатковий майновий обов'язок — сплатити неустойку, відшкодувати збитки. Небажання нести додаткові витрати у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки, витрати завдатку і спонукає особу до відповідної поведінки. Саме тому *за мірами відповідальності*, безумовно, визнано *стимулюючу (превентивну) функцію*³.

При характеристиці забезпечень захисна функція називається дослідниками відновлювально-компенсаційною⁴; компенсаційною⁵; за-

¹ Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 141.

² Там само. – С. 210.

³ Гражданское право : учебник : Ч. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 1997. – С. 525; Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 1 : Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 206–208.

⁴ Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств : учеб. пособие / В. А. Хохлов ; Самар. гос. экон. акад. – Самара, 1997. – С. 237.

⁵ Константинова В. С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения хозяйственных обязательств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. С. Константинова. – Свердловск, 1989. – С. 18, 19.

хисною¹; захисною², забезпечувальною³. Виконання цієї функції здійснюється видами забезпечення виконання зобов'язання шляхом надання кредитору виконання порушеного зобов'язання завдяки спеціально створеному з цією метою джерелу виконання порушеного зобов'язання⁴.

Таким джерелом може виступати як певне майно (застава, притримання), так і обов'язок третьої особи виконати зобов'язання боржника (порука, гарантія). Створюється таке джерело боржником (за рахунок боржника) на вимогу кредитора в розмірі, що дорівнює чи перебільшує розмір вимоги кредитора за забезпеченим зобов'язанням.

Наявність *джерела виконання порушеного зобов'язання* дозволяє видам забезпечення виконання зобов'язання *«гарантувати»* кредитору *виконання* договору: як належне, здійснюючи стимулюючий вплив на боржника, або в порядку захисту порушених прав кредитора.

Нетрадиційний погляд на *види забезпечення виконання зобов'язання* як на *способи захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні* і дозволив автору дійти висновку про єдине призначення цих мір із мірами цивільно-правової відповідальності, підкреслюючи їх стимулюючу функцію та матеріальну спрямованість, але акцентуючи увагу на особливостях здійснення такими мірами захисної функції.

Повертаючись до теорії подвійної природи неустойки, подивимось, що дозволяє сумніватися у виконанні неустойкою як мірою цивільно-правової відповідальності стимулюючої функції. Автор не бачить причин для сумніву. Адже якщо неустойка належить до мір відповідальності, а останні виконують стимулюючу функцію, то логічним є висновок про виконання неустойкою стимулюючої функції. Якою ж є роль неустойки як одного з видів забезпечення виконання зобов'язання згідно з теорією подвійної природи неустойки? Яку особливу стимулюючу функцію виконує неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання, якщо, будучи мірою цивільно-правової відповідальності, вона виконує стимулюючу функцію? Відповіді на це питання ми не знайдемо. І це закономірно, адже неустойка виявляє себе шляхом

¹ Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств / А. В. Латынцев. – М. : Лекс-Книга, 2002. – С. 7.

² Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 9.

³ Кізлова О. С. Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа) : автореф. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : 12.00.03 / О. С. Кізлова. – Одеса, 2011. – С. 7.

⁴ Пучковська І. Захисна природа видів забезпечення виконання зобов'язань / І. Пучковська // Право України. – 2011. – № 9. – С. 219–220.

здійснення не стимулюючої, а захисної функції, оскільки реалізується у зв'язку з порушенням зобов'язання, а тоді її вже вважають мірою цивільно-правової відповідальності.

Неустойка ж як вид забезпечення виконання зобов'язання згідно з теорією подвійної природи неустойки припиняє свою дію після порушення зобов'язання. На думку автора, таке пояснення не може вважатися задовільним. З позиції визнання подвійної природи неустойки призначення інституту видів забезпечення виконання зобов'язань, м'яко кажучи, є «незрозумілим». Якщо неустойка-забезпечення припиняється у разі порушення боржником договірною зобов'язання, то, по-перше, для чого потрібне таке забезпечення? А, по-друге, яким чином неустойка виявляє себе як вид забезпечення виконання зобов'язання виключно стимулюванням боржника до належного виконання зобов'язання, якщо стимулююча функція виконується неустойкою-відповідальністю самою загрозою її реалізації у разі порушення зобов'язання? Іншими словами, де ж місце неустойці-забезпеченню? На переконання автора, неустойки-забезпечення не існує.

Думки дослідників щодо природи неустойки як виду забезпечення виконання зобов'язань та міри відповідальності підтверджують тотожне призначення інституту мір цивільно-правової відповідальності та видів забезпечення виконання зобов'язань. Якщо подивитися на прояв цих мір і їх підставу, то стає зрозумілим, чому вони тотожні до змішування.

І види забезпечення виконання зобов'язань, і неустойка як міра цивільно-правової відповідальності призначені для захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні. Саме їх встановлення стимулює боржника до належного виконання договору, а у разі його порушення боржником ці міри захищають порушені права кредитора. Отже, як види забезпечення виконання зобов'язання, так і міри цивільно-правової відповідальності реалізуються при порушенні договору. Стимулююча функція мір відповідальності і видів забезпечення виконання зобов'язання виявляє себе пасивно — саме встановлення таких мір стимулює боржника, і відповідно, не може служити критерієм для розмежування даних мір. Дослідниками завжди підкреслюється, що встановлення неустойки стимулює боржника до належного виконання зобов'язання. І це дійсно так. Але для того щоб зробити висновок, чи здійснюється стимулювання неустойкою як мірою цивільно-правової відповідальності чи як видом забезпечення виконан-

ня зобов'язання, необхідно розглянути механізм дії неустойки у разі якщо стимулювання боржника не привело до належного виконання зобов'язання. Не може здійснювати стимулювання міра, яка при порушенні не буде реалізована.

Розмежувати види забезпечення виконання зобов'язання і міри відповідальності можна лише шляхом дослідження прояву останніми захисної функції, що означає їх реалізацію як способів захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні.

Якщо міри відповідальності покладають на боржника додатковий майновий обов'язок — сплатити неустойку, відшкодувати збитки поряд із основним обов'язком — виконати порушене зобов'язання, чим карають останнього за винне порушення договору, то види забезпечення виконання зобов'язання гарантують кредитору виконання порушеного зобов'язання за рахунок спеціально створеного для цього джерела виконання порушеного зобов'язання (певне майно або обов'язок певної особи виконати зобов'язання боржника).

Є очевидним, що неустойка не передбачає існування джерела виконання порушеного зобов'язання, завдяки якому кредитор розраховує отримати виконання порушеного боржником зобов'язання в порядку захисту.

Механізм дії неустойки — це механізм дії цивільно-правової відповідальності. Неустойка — це штраф, який є майновим покаранням для боржника і частковою компенсацією втрат для кредитора.

Із моменту домовленості про встановлення неустойки і до її сплати при порушенні договору неустойка є мірою цивільно-правової відповідальності, що застосовується виключно при порушенні договірному зобов'язання. Можливість її реалізації у разі порушення зобов'язання і стимулює боржника до належного виконання останнього.

Отже, оскільки неустойці притаманні ознаки мір цивільно-правової відповідальності та у неї відсутня основна ознака видів забезпечення виконання зобов'язання — наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, то остання не може визнаватися одним із видів забезпечення виконання зобов'язання і відповідно не має подвійної природи.

Такий висновок жодним чином не знижує ролі неустойки, її значення, бо не змінює сутності даної міри як *обов'язку* боржника *передати* кредитору грошову суму або майно *у разі порушення зобов'язання*

(ч. 1 ст. 549 ЦК). При цьому дозволяє побачити різницю між *видами забезпечення виконання зобов'язання* та *мірами цивільно-правової відповідальності* як інститутами, призначеними для *захисту прав кредитора* у договірному зобов'язанні.

Пучковская И. Против двойственной природы неустойки

Статья посвящена выяснению сущности неустойки. Автор, считая основным признаком способов обеспечения исполнения обязательств наличие источника исполнения нарушенного обязательства, за счет которого кредитор предоставляется исполнение нарушенного обязательства в порядке защиты его нарушенных прав, возражает против признания неустойки одним из видов обеспечения исполнения обязательства. Сделанный вывод опровергает двойственную природу неустойки (как способа обеспечения исполнения обязательства и меры гражданско-правовой ответственности).

Ключевые слова: неустойка, виды обеспечения исполнения обязательств, обеспечение договора, меры ответственности, способы защиты.

Puchkovska I. Contrary to the dual nature of smart money

The article is devoted to the problem of clarifying the essence of smart money. The author, considering the main feature of the methods of ensuring of the obligations fulfillment the presence of the breached obligation, through which the creditor is presented the fulfillment of the breached obligation as a protection of his violated rights, raises an objection against recognition of smart money as one of the kinds of ensuring of the fulfillment of the obligation. This conclusion refutes the dual nature of smart money (as the method of ensuring of the obligation fulfillment and measure of the civil-legal liability).

Keywords: smart money, kinds of ensuring of the obligations fulfillment, provision of the contract, measure of liability, method of protection.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

УДК 346.14:340.111.5

Д. Задихайло, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Модернізація правового господарського порядку в Україні (визначення масштабу проблематики)

Сучасний розвиток транспортних послуг, інформаційно-комунікативних технологій, глобальність проникнення товарів та послуг до будь-якого місцевого ринку, навіть на споживчому рівні беззаперечно свідчить про пришвидшену динаміку суспільно-економічних процесів, активний технологічний розвиток економік не тільки розвинутих, а й цілої низки країн, що розвиваються. Мільйони туристів з останніх, що у стані споживчої лихоманки окуповують торговельні центри європейських столиць, наочно свідчать про те, що країни золотого мільярду поступово оточуються країнами бронзових мільярдів, що інтегрувалися у глобальну економіку і доволі швидко прогресують.

Очевидним є також те, що стан національної економіки України не дозволяє не тільки утримувати рівень, що залишився у спадок від розпаду економіки СРСР, а й за цілою низкою якісних показників демонструє його деградацію. Остання може діагностуватися через втрату цілих галузей промисловості, скорочення оборонно-промислового комплексу, дезінтеграцію системи інноваційно-технологічного забезпечення конкурентоздатності вітчизняної продукції, низьким рівнем впровадження інформаційних технологій тощо. Тобто мова йде про якісні показники функціонування національної економіки, тенденції її розвитку в контексті стратегічної перспективи.

У той же час усі названі процеси на фоні швидкої динаміки розвитку нових індустріальних країн, більшості країн БРІК тощо ще більше поглиблюють усвідомлення неспроможності української економіки забезпечувати сталий якісний та перспективний розвиток суспільства, ефективно вирішення різноманітних суспільних проблем, що існують і прогнозуються.

Особливо слід наголосити на тому, що в системі координат глобальної економіки національне виробництво не належить до групи країн, що перебувають на постіндустріальному етапі власного розвитку та спеціалізуються на створенні нових технологій, організації виробництва та їх інвестиційному забезпеченні, як не належить також і до групи країн, в яких таке виробництво власне розміщується. Отже, місце України в системі глобального розподілу праці все більше визначається її сировинно-добувним та напівфабрикато-виробничим статусом. (Динаміка експорту з України залізної руди та продукції сільського господарства про це яскраво свідчить.)

Важливо підкреслити, що названа деградація структури національної економіки, технологічного рівня продукції, що виробляється, а також відсутність серйозного зростання обсягів внутрішнього ринку відбувається в той період розвитку світової економічної системи, що, незважаючи на кризи, очікує переходу до нового технологічного укладу, створення технологічно нових типів та видів продукції, що мають змінити і структуру споживання, і структуру виробництва, сформувавши нову систему конкурентних переваг, що нададуть відповідним економікам можливість подальшого прискореного розвитку. (Основними об'єктами технологічного впливу нової хвилі Кондратьєва мають стати здоров'я, фізичні та ментальні можливості людини, зростання тривалості життя, нова енергетика, виробництво матеріалів з якісно новими властивостями, оборонно-промисловий комплекс тощо.) Залишаючи за дужками такі соціальні проблеми, як скорочення чисельності населення, масову міграцію громадян України за кордон, поширення небезпечних для життя та здоров'я хвороб, реальне безробіття, майнову незабезпеченість мільйонів громадян, можна зробити висновок, що стан національної економіки потребує термінового і конструктивного втручання з боку не тільки держави, а й суспільства як такого.

Якщо проаналізувати зміст цілої низки державних стратегій, концепцій та програм розвитку економіки, тих чи інших її галузей, то не можна стверджувати, що всі перелічені процеси є невизнаними на державному рівні. Навпаки, фактично кожен із цих документів містить достатньо об'єктивну констатацію фрагментарних, а інколи і системних негараздів, деструктивних обставин, явищ економічної сфери. Утім найтривожнішим є те, що незважаючи на це, а також на тисячі сторінок відповідних концептуальних розробок органів держави щодо виправлення, поліпшення, підтримання розвитку відповідних економічних відносин, інститутів, механізмів, у цілому якісні параметри національної економіки залишаються без змін.

У цьому сенсі слід зазначити, що традиційно управлінський підхід щодо необхідності здійснити вплив держави на економічні процеси з цією чи іншою метою, як правило, полягає в оптимізації елементів саме господарського механізму держави, а точніше — систематики організаційно-господарських відносин. Ця систематика складається із визначеного арсеналу господарсько-правових засобів державного регулювання господарської діяльності, серед яких зазвичай відбираються найбільш ефективні, а також із заходів оптимізації структури суб'єктів організаційно-господарських повноважень і забезпечення їх компетенції відповідно до обраних засобів державного регулювання, що їх передбачено застосувати.

Як уявляється, більш масштабний підхід, що дозволяє впливати на значно ширше коло чинників економічного життя суспільства, визначається категорією правовий господарський порядок, що охоплює не тільки статику, а й динаміку системи господарських відносин, їх нормативно-правовий аспект і аспект фактичної реалізації. Визначення більш масштабного об'єкта державного та суспільного впливу логічно дозволяє сподіватися на обґрунтованіші його результати. Адже під правовим господарським порядком як системою передусім господарсько-правових відносин пропонується розуміти комплекс, що складається з:

– підсистеми встановлених законодавством та міжнародними зобов'язаннями України правових режимів господарювання, що забезпечують здійснення господарської діяльності та її інвестування як на окремих ринках, в окремих секторах та галузях економіки, так і в масштабі національної економіки як такої;

– підсистеми визначених законодавством України механізмів захисту встановлених правових режимів господарювання, а також протидії тінізації і криміналізації відносин у сфері господарювання;

– підсистеми визначеного законодавством України, механізму формування та реалізації державної економічної політики та окремих її напрямів, через визначення цілей, змісту та засобів модернізації правових режимів господарювання та механізмів їх захисту з метою підвищення конкурентоспроможності національної економіки та національних суб'єктів господарювання.

Разом з тим хронічний характер проблем, що накопичились у сфері економічної життєдіяльності суспільства, може потребувати розширення, зміни навіть цієї масштабної парадигми. У цьому випадку як масштаб, достатній для вирішення проблем модернізації національної економіки, має бути розглянута взята в системно-структурному

контексті саме економічна система суспільства — система відносин суспільного виробництва. Адже в її межах виникає можливість, зокрема, засобами правового регулювання впливати не стільки на практичну виробничу діяльність суб'єктів господарювання, скільки на макроекономічні процеси, якісні характеристики стану та використання факторів виробництва, ефективність їх поєднання в ринковому економічному механізмі, на ступінь резистентності національної економічної системи до викликів глобалізації та загроз сучасного етапу розвитку людства.

Відтак необхідно визнати, що часткові поліпшення систематики функціонування як господарського механізму, так і правового господарського порядку в цілому є обмежено ефективними, адже саме сюди держава традиційно спрямовує власні реформаторські намагання. Об'єктом спрямованого втручання має стати вся економічна система суспільства, включаючи умови відтворення всіх її базових чинників, особливо на її перехідному пострадянському етапі, що відбувся і не завершився, і водночас вимагає здійснення вже нової трансформації, що викликана глобалізацією, інформаційно-комунікативною властивістю сучасних економічних процесів, технологічними імперативами забезпечення конкурентоздатності на глобальних ринках.

У той же час економічна система сировинно-напівфабрикатного типу з окремими оазисами конкурентоздатного машинобудування, що склалась в Україні, містить у собі потужний інерційний механізм власного самозбереження у вигляді комплексу домінантних суспільних інтересів, що зрештою і зводить нанівець окремі реформи, будь то в інвестиційній або інноваційній сфері, у сфері підтримки малого бізнесу або в сільському господарстві, електроенергетиці тощо. Тобто вирішення проблеми ефективності економічного базису суспільства вимагає його дослідження на рівні соціології суспільно-економічних відносин, функціонування економічної системи суспільства як такої.

Слід зазначити, що в економічній літературі до економічної системи суспільства зазвичай відносять продуктивні сили, виробничі економічні відносини і власне механізм господарювання. Практично всі елементи економічної системи отримали певне правове забезпечення та врегулювання як відповідні соціально-економічні правовідносини. Такі фіксація та регулювання здійснюються як на конституційно-правовому, так і на галузевих рівнях, включаючи передусім господарсько-правовий. У той же час масштаб функціонування економічної системи передбачає з'ясування цілої низки характеристик

суспільно-економічних процесів, які часто виходячи за межі предмета правового регулювання, вельми сутнісно впливають на її власності та кінцеву ефективність.

По-перше, важко уявити собі економічну систему, в якій один із ключових чинників її виробничих відносин, а саме відносини приватної власності на економічні активи, що утворились у процесі приватизації, є врегульованими законодавчо, але не отримали адекватного суспільного визнання. Адже оскільки сам процес, зокрема великої приватизації, відбувався всупереч будь-яким суспільно прийнятним уявленням про соціальну справедливість, тому і її результати не сприймаються як правові на суспільно-психологічному рівні. Отже, незважаючи на законодавче закріплення відносин власності або набутих корпоративних прав на приватизовані економічні активи, в цілому визнання права приватної власності як суспільно узгодженого феномену вимагає, як уявляється, здійснення такими власниками окремих суспільно зрозумілих і прийнятих заходів щодо їх легітимації. Звичайно, що в принциповому плані може виникати революційне за характером питання щодо перегляду результатів приватизації як суспільно і економічно невиправданого заходу політики держави та про створення нового механізму приватизації, але вже відповідно націоналізованих та реприватизованих цілісних майнових комплексів. Революційним цей захід є з багатьох причин і, зокрема, з огляду на проблематичність юридичного визнання процедур та результатів приватизації саме незаконними. Очевидно також, що в суспільстві не існує відповідної енергетики щодо такого революційного зигзагу історії. Відтак найкращою формою такої суспільної легітимації мало б бути перш за все забезпечення високої ефективності функціонування названих приватизованих активів, їх подальшого якісного розвитку шляхом реінвестування прибутків поряд із збереженням зайнятості за умови додержання передових соціальних гарантій та активної громадянської позиції їх власників. До суспільної легітимації мали б бути віднесені вияви суспільно-корпоративної відповідальності, наприклад у формі участі у вирішенні реальних соціальних проблем у сфері охорони здоров'я, освіти, науки, охорони довкілля тощо. Вони не можуть бути імітовані шляхом організації концертів, або періодичних дискусійних клубів за участю державних діячів у відставці. Придбання же вражаючої за вартістю надпрестижної житлової нерухомості за кордоном для власних споживчих потреб перекреслює і ті декоративні заходи, що зазвичай здійснюються у цьому напрямі.

Слід зазначити, що сама правова природа відносин власності як абсолютних правовідносин, де власнику щодо визнання його прав на майно протистоїть невизначена кількість інших суб'єктів права, для ефективного і стабільного функціонування цього інституту ринкової економіки як раз необхідна психологічна атмосфера суспільного визнання правомірності саме такої конфігурації розподілу активів. У той же час не можна не зазначити, що такого визнання не існує і всередині зазначеного класу приватних власників або носіїв корпоративних прав. Адже в протилежному випадку ми б не стикалися з феноменом перерозподілу власності, у тому числі й шляхом численних рейдерських захоплень у процесі концентрації активів тощо. Таким чином, якщо розглядати приватних власників приватизованих економічних активів як окрему соціальну групу, то слід констатувати відсутність у ній самій «класової солідарності» щодо визнання взаємних прав на результати приватизації. Можливо їм видніше, але чого можна очікувати в такому випадку від решти суспільства. Додамо до цього традицію «вахтового володіння активами», зокрема у сфері газовидобування, де власники підприємств галузі періодично змінюються із зміною політичного керівництва держави в результаті чергових виборів та внаслідок адресного розподілу відповідних ліцензій.

Тим більше виникає питання щодо легітимності економічної влади, що її набувають олігархічні утворення. Так, Державна податкова служба України виділила 16 фінансово-промислових груп, що сумарно складаються з 4654 окремих суб'єктів господарювання — підприємств. (У даному випадку поняття «фінансово-промислові групи» має політологічний зміст, а не юридичний). Так, найпотужнішими є фінансово-промислова група «Приват» — 1089 підприємств, «СКМ» — 809 підприємств, «Укрпромінвест» — 348, «ІСД» — 342, «Фінанси і кредит» — 314; агрохолдінг «Авангард» — 304; «Інтерпайп» — 242 тощо¹. Враховуючи, що до цього переліку ввійшли далеко не всі фінансово-промислові групи, що діють лише в легальному секторі економіки, а також те, що одні ФПГ утворені як вертикально-інтегровані системи з єдиним центром — холдинговою компанією, а інші, зокрема, «Приват», «Фінанси та кредит» тощо, мають структуру взаємозалежності, що не дозволяє юридично встановити залежність, асоційованість підприємств корпоративного типу, необхідно визнати, що всі ці та багато інших груп є формами надзвичайної концентрації економічної влади в національній економічній системі, відповідно до якої фактично не існує правових

¹ Олигархат «Бизнес». – 2012. – 16 янв. (№ 1–2). – С. 45.

засобів її правової кваліфікації та суспільно-правової оцінки. Слід зазначити, що в цілому процес концентрації капіталу є об'єктивним результатом глобалізації і об'єктивною вимогою конкурентоздатності в міжнародній конкурентній боротьбі щодо можливостей бути її учасниками в технологічному, ресурсному та інших аспектах. Тому сам по собі процес концентрації капіталу з боку національних суб'єктів господарювання має стати об'єктом державної економічної політики, в позитивному сенсі мова має йти про суспільно прийнятні форми концентрації та правову визначеність їх критеріїв, що є завданням законодавства України про економічну конкуренцію та справою Антимонопольного комітету України. (Слід зазначити, що питання перегляду критеріїв видачі дозволів щодо концентрації суб'єктів господарювання дійсно вимагають перегляду в бік підвищення вартісних показників.) Інша справа — такий тип концентрації капіталу, що з набуттям визначених якісних властивостей створює загрози не стільки монополізації окремих ринків товарів та послуг, скільки за параметрами набутої економічної влади загрожує суспільству конвертацією останньої у владу політичну. У цьому випадку необхідно говорити про перехід кількісних властивостей суб'єкта концентрації капіталу в економічній сфері у якість квазісуб'єкта вже політичних відносин.

Особливу проблему для правової політики держави становить і така форма концентрації активів, за якої відбувається їх об'єднання в єдину керовану і контрольовану з одного центру структуру, що утворює замкнений на виробництві кінцевого експортного продукту цілісний і відносно автономний сегмент національної економіки. Певною мірою мова йде про загрозу дезінтеграції національної економіки на окремі сегменти. У разі продажу прав на організовані таким чином активи іноземним ТНК існує загроза перетворення національної економіки на певну сукупність колоніальних за характером економічних анклавів. За такою схемою відбувається монополізація цілих галузей та сфер виробництва товарів та послуг, зокрема, в металургійному, хімічному комплексах, тепловій електроенергетиці, в цивільній авіації, нафтопереробці тощо. Так, холдинг «СКМ» об'єднує підприємства з видобування вугілля, коксохімічні підприємства, гірничо-збагачувальні комбінати, металургійні заводи, теплові генеруючі компанії тощо. Приватизація Укрзалізниці або окремих залізниць та відповідно цілої низки морських портів, питання щодо якої перейшло у площину законопроектної реальності, у найближчому майбутньому може призвести до створення не просто вертикально-інтегрованої системи

суб'єктів господарювання, а гігантського технологічно автономного від решти національної економіки, орієнтованого на експорт транснаціонального її сегменту. Відтак маємо справу з якісно особливою за потужністю економічною владою, групою не просто суб'єктів господарювання, а консолідованим суб'єктом суспільно-економічних і фактично — суспільно-політичних відносин в Україні.

У цьому випадку слід формувати особливу систему правового регулювання відповідних відносин. Принцип юридичної рівності суб'єктів господарювання за участю консолідованих суб'єктів таких масштабів набуває значення фарсу. Таким чином, приватизація державної власності на виробничі активи в Україні призвела до створення асоційованих холдингових угруповань, особливих за своїм соціально-економічним, а значною мірою і соціально-політичним значенням. У той же час законодавче регулювання господарських відносин залишає цей аспект функціонування економічної системи без уваги. У цьому питанні слід констатувати не тільки відсутність формул правової кваліфікації такого типу концентрації економічної влади та встановлення спеціального правового режиму функціонування відповідної системи суб'єктів господарювання, що керуються спільною економічною політикою засновників, але необхідно визнати існування численних прогалин у господарському законодавстві щодо асоційованих підприємств, представлених різноманітними корпоративно-правовими формами залежності. (Слід зазначити, що норми ст. 126 Господарського кодексу України щодо асоційованих підприємств хоч і набули розвитку останніми роками, але є абсолютно недостатніми за ступенем деталізації регулювання і врахування його специфіки.) Таким чином, мова йде не тільки про необхідність правової оцінки фактів монополізації окремими ФПП цілих галузей виробництва, а й про правову оцінку та законодавче врегулювання відносин створення та функціонування якісно нових автономних вертикально-інтегрованих кластерів.

Наступною ланкою економічної системи слід визнати власне самих підприємців як рушійну силу ринкових економічних процесів. Залишаючи поза дужками правову диференціацію суб'єктів господарювання на фізичних та юридичних осіб, унітарні та корпоративні підприємства, розподіл управлінських функцій між носіями корпоративних прав та менеджментом корпоративних підприємств, що представлений виконавчими органами, на соціологічному рівні слід визнати, що практичне прийняття рішень щодо діяльності суб'єкта господарювання завжди персоніфіковане. Фактично такі рішення

можуть виходити від мажоритарних акціонерів, голів правління акціонерних товариств або директорів в інших організаційно-правових формах суб'єктів господарювання. Мова йде про окрему соціальну групу осіб, що виконують надзвичайно важливі функції. Зрозуміло, що функціонування економічної системи суспільства за будь-якого господарського механізму буде визначатися якісним складом цього можливо найважливішого елемента системи. Втім у публіцистичній літературі часто лунають тези щодо варіанта розбудови капіталізму без власне самих капіталістів, який має місце саме на пострадянському економічному просторі. І це не дивно, адже бізнесовий клас в Україні за своїм складом рекрутував до себе як номенклатурних працівників органів державної влади та КППС, директорський корпус державних підприємств, а також керівників виробництв тіньової економіки та разом з ними представників організованої злочинності, які сукупно заповнили і інвестиційний вакуум, і вакуум економічної активності, що утворився у відомий період нашої історії. За винятком цілого ряду дійсно яскравих випадків успішної діяльності високотехнологічних підприємств типу «Мотор-Січ» та їх неординарного керівництва, у цілому слід зазначити, що «університети» бюрократичної машини та кримінального середовища за типами реакцій на комерційні ризики, конкуренцію, необхідність шукати оптимальні конфігурації економічних інтересів, завдання вирощування людського капіталу, в тому числі через створення особливих умов для реалізації творчих здібностей працівників тощо, виявились не зовсім адекватними для формування класу підприємців епохи сучасної висококонкурентної, високотехнологічної глобальної економіки.

Саме тому підприємництво рівня малого та середнього бізнесу потребує до себе ставлення з боку суспільства та держави не тільки в контексті організації самозайнятості населення, формування середнього класу тощо, але і ставить завдання селективного плану — вирощування національної української буржуазії сучасного типу, що мала б дійсно стати мотором економічної системи. У цьому контексті важливою є швидкість економічної динаміки зростання окремого бізнесу в самій економічній системі, тобто за яких умов і як швидко інноваційне підприємство з категорії малого бізнесу може вийти на рівень великого з масовим виробництвом товарів та послуг. Адже саме така економічна динаміка дозволила б викристалізувати новий, сучасний, цивілізований тип підприємців та менеджерів. Відтак проблематика, зокрема, регуляторної політики держави має бути піднесена на значно вищій суспільно-

політичний рівень та рівень у структурі органів державної виконавчої влади. (У той же час саме в 2011 р. Держкомпідприємництва України було ліквідовано як самостійний орган державної виконавчої влади.) Як уявляється, за практикою минулого політичного п'ятиріччя переважна більшість бізнесів в Україні розвивалися шляхом нарощування капіталізації з метою подальшого продажу активів іноземним ТНК. Тобто належність до класу підприємців не має стійкого самосприйняття самими підприємцями як власної соціальної місії, тим більше, підстави як заснування певних династій у підприємстві. (Звісно, що предмет обговорення вимагає ґрунтованих соціологічних досліджень, що і мають бути покладені у розробку правової політики щодо цього.)

Однак твердження, що підприємці як соціальна група є єдиним відповідальним фрагментом в усій економічній системі, було б нелогічним і не відповідало б реаліям суспільного буття. Адже керівним елементом економічної системи суспільства, безперечно, є держава. У цьому сенсі можна підкреслити її визначальні функції і щодо нормативного забезпечення врегульованості відносин у сфері господарювання, і щодо виконавчої діяльності у сфері реалізації завдань державної політики і законодавства, і безпосередньо — регулівні організаційно-господарські повноваження, що є ключовим чинником функціонування усього господарського механізму. Перехідний, пострадянський етап розвитку Української держави звичайно позначився і на трансформаціях її функцій, завдань, структури державного апарату, характеру взаємодії між його органами тощо. Однак слід визнати, що проблема становлення у країні цивілізованої економічної системи, розбудованої на принципі економічного народовладдя, з акцентуацією на забезпечені економічної безпеки кожного громадянина, формування сучасного класу підприємців та менеджерів, із суспільно справедливим розподілом прав на результати діяльності у сфері виробничих активів державної власності в постприватизаційний період, розподілом прав щодо спеціального природокористування, формування сучасної структури економіки, що забезпечувала б за своїм інноваційним рівнем високу її конкурентоздатність тощо, предметно як цілі економічної політики держави у стратегічному плані фактично не ставились. Саме тому проблема модернізації національної економічної системи не може бути спрощеною до рівня оптимізації її господарського механізму. Оскільки, як би чудово не були законодавчо забезпечені завдання та функції держави щодо впливу на економічні процеси, корупція та криміналізація державно-

го управління зводить нанівець керівну роль держави, компрометує будь-які підстави її втручання у сферу господарювання, а відтак і відповідні неокесіанського типу економічні доктрини і підштовхує до ліберально анархічних підходів у системі взаємодії держави та суб'єктів господарювання.

Таким чином, трансформація змісту, форм, принципів, методів та засобів функціонування держави також повинна розглядатися в контексті необхідних її властивостей як важливого елемента функціонування економічної системи, а не тільки з позицій політичної владної самодостатності.

Доволі критично можна поставитись і до такого фактору виробництва, як якість трудових ресурсів, людського капіталу. Попри всі застереження щодо низького рівня оплати праці, проблематичної ефективності соціальних гарантій, чи можна визнати навіть на антропологічному рівні наші трудові властивості щодо спроможності стабільно виконувати виробничі завдання з однаковим рівнем відповідальності та напруження протягом тривалого часу. Питання високих стандартів трудової етики взагалі не ставиться. Не є дивним в цьому сенсі, що і розподіл праці в глобальному економічному контексті відбувся між розвинутими країнами, що попри всі вигоди аутсорсингу, креативно-інноваційні підрозділи ТНК дислокують і залишають у себе, та країнами, що розвиваються і спеціалізуються саме на розміщенні виробництва, що потребує названих властивостей найманої праці. Остання спеціалізація викликана не тільки низьким рівнем оплати праці, адже він за останнє десятиліття значно виріс, зокрема у країнах Східної Азії, але і якісними показниками людського капіталу, нехай і у такому утилітарному сенсі.

Отже, виходячи з важливості людського капіталу (навіть не порушуючи питання про його творчу складову) виникає запитання: чи держава на рівні стратегічних завдань економічного розвитку суспільства ставила питання про необхідність формування сучасного класу соціально захищених найманих працівників, що відповідали б за своїми трудовими якостями вимогам сучасного, технологічно передового виробництва товарів та послуг?

Узятий до уваги рівень, масштаб суспільно-економічної проблематики, на якому саме і доцільно розробляти питання модернізації національної економічної системи, правового господарського порядку, потребує сутнісного удосконалення понятійно-операційної бази. У цьому сенсі дефінітивно-кваліфікуючого значення повинні набути,

через їх інкорпорацію до чинного законодавства, такі поняття: приватна і публічна економічна влада; критерії концентрації економічної влади; розподіл економічної влади; оптимізація розподілу економічної влади в економічній системі суспільства; кваліфікаційні ознаки зрощування політичної, економічної та інформаційної влади; кваліфікуючі ознаки транснаціональної корпорації як національної, так і іноземних; форми та механізм реалізації прав громадян на об'єкти власності Українського народу; зміст, правові форми та механізм реалізації прав на об'єкти, що належить до національного багатства тощо.

Задыхайло Д. Модернизация правового хозяйственного порядка в Украине (определение масштаба проблематики)

В статье актуализируется проблема модернизации национальной экономики хозяйственно-правовыми средствами и рассматриваются три уровня (масштаба) решения проблемы: хозяйственного механизма, правового хозяйственного порядка, и наконец, уровень экономической системы общества. Последний требует создания адекватного правового инструментария.

Ключевые слова: правовой хозяйственный порядок; экономическая система общества; экономическая власть; субъекты хозяйственной деятельности.

Zadykhaylo D. Modernization of the legal economic order in Ukraine (the determination of the scale of the problem)

In the article is analyzed the problem of modernization of the national economic by the economic-law means and are observed three levels (scales) of solving this problem. The levels of the economical mechanism, legal economical order and the level of the economical system of the society. The last one needs the creation of the appropriate legal tools.

Keywords: legal economic order; economic system of the society; economic power; subjects of the economical activity.

УДК 346:615.012.001.76

В. Пашков, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри приватного права Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», провідний науковий співробітник НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

Господарсько-правові аспекти промислового виробництва інноваційних лікарських засобів

Сутність переходу до інноваційного характеру економічного розвитку полягає у створенні такого державно-приватного суспільно-економічного механізму, що дозволив би ефективно створювати суспільно затребувані інноваційні продукти та надзвичайно швидко запроваджувати їх масове виробництво. Фармацевтична сфера може слугувати яскравим прикладом або наявності такого інноваційного механізму, або поступової деградації у разі його відсутності.

Утім необхідно зазначити, що лікарські засоби займають окрему нішу серед продукції, що споживається населенням: не ми їх вибираємо, а нам їх призначають. Навіть якщо ми купуємо цей товар самостійно, ми керуємося рекомендаціями лікарів або фармацевтів. Юридичні механізми введення та просування лікарських засобів на фармацевтичному ринку безпосередньо пов'язані з їх властивостями та мають свої «показання» і «протипоказання» до застосування, а також «побічні ефекти». Саме це й обумовлює специфіку всіх об'єктів інтелектуальної власності, пов'язаних із розробкою, виробництвом та обігом лікарських засобів. Крім того, лікарські засоби як товар, як правило, мають три назви: хімічну (за діючими речовинами), міжнародну непатентовану та торгову, яка може бути зареєстрована як товарний знак¹. Так, у Законі України «Про лікарські засоби» (ч. 7 ст. 9) зазначено, що у Державному реєстрі лікарських засобів України серед іншого зазначаються торговельна назва лікарського засобу, міжнародна непатентована назва, синоніми, хімічна назва чи склад,

¹ Див.: Кириченко И. Актуальные проблемы защиты прав интеллектуальной собственности в судебном порядке / И. Кириченко // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 30 (801). – С. 10–11.

фармакотерапевтична група тощо. Найважливіше значення для введення лікарського засобу в господарський обіг мають торгова та міжнародна непатентована назви¹. Крім того, згідно з ч. 11 ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби», для державної реєстрації лікарських засобів, що базуються або мають відношення до об'єктів інтелектуальної власності, на які відповідно до законів України видано патент, заявник подає копію патенту або ліцензії, якою дозволяються виробництво та продаж зареєстрованого лікарського засобу. Заявники подають лист, у якому вказується, що права третьої сторони, захищені патентом, не порушуються у зв'язку з реєстрацією лікарського засобу.

Світовий ринок лікарських засобів для потреб охорони здоров'я та ветеринарії оцінюється нині у 850 млрд дол. США. Ця галузь є капіталомісткою, наукоємною та потребує великої кількості висококваліфікованих кадрів і, крім того, стимулює розвиток багатьох суміжних індустрій². У цьому розумінні розгляд питань щодо аналізу тенденцій інноваційного розвитку фармацевтичної промисловості набуває особливого змісту. Отже, вміння формувати й ефективно використовувати інноваційний потенціал стає вирішальним фактором забезпечення конкурентоспроможності та розвитку вітчизняних підприємств. З іншого боку, за роки ринкових трансформацій Україна так і не змогла наблизитися до інноваційних параметрів розвинених країн і особливо — у високотехнологічних галузях.

Важливі теоретико-методичні проблеми становлення господарсько-правових засад розвитку інноваційної діяльності як фактора виробництва на рівні реалізації інноваційної стратегії і на рівні створення національного правового поля займають вагоме місце в роботах науковців усіх напрямів права, а саме: Ю. Атаманової, О. Вінник, Д. Задихайла, І. Замойського, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Устименко, В. Щербини тощо. Значна увага в дослідженні інноваційних процесів у промисловості, у тому числі фармацевтичної, приділяється науковцями з організації економіки, зокрема З. Мнушко, А. Гриньовим, В. Страшним, О. Козиревою тощо. Проте зазначені науковці більше приділяють увагу національній інноваційній системі як категорії системного порядку, що характеризується структурованістю, цілісністю

¹ Мировой опыт ценообразования на лекарственные средства // Щотижневик «АПТЕКА». – 2003. – № 6 (377). – С. 82–83.

² В Україні буде створено ефективну систему розробки лікарських засобів // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 37 (808). – С. 19.

тощо. Разом з тим у контексті вдосконалення напрямів кодифікації інноваційного законодавства щодо розвитку фармацевтичної промисловості для досягнення конкретних цілей у контексті створення в Україні інноваційних лікарських засобів вона не знайшла достатнього висвітлення в роботах цих дослідників.

Метою цієї статті є дослідження напрямів удосконалення нормативно-правової кодифікації інноваційного законодавства в частині визначення джерел фінансування заходів інноваційної реструктуризації фармацевтичної промисловості.

Проблема інноваційного розвитку вітчизняної фармацевтичної галузі, яка у світі є найбільш наукоємною і прибутковою галуззю економіки, є дуже актуальною. Проте нехтування розвитком української фармацевтичної науки (її фінансування за останні 10 років зменшилось на 46 % у порівняльних цінах) призвело до того, що вітчизняна фармацевтична галузь фактично повністю перейшла на виробництво «генериків» — повторення застарілих і тому неконкурентних лікарських засобів. Ринок фармпрепаратів в Україні заповнила надзвичайно дорога продукція зарубіжних фірм, недоступна значній частини населення. Це має вкрай негативні соціальні наслідки і є причиною величезних економічних втрат: фактично населення України вимушене інвестувати в зарубіжну фармацевтичну науку для підтримання її конкурентоздатності більше коштів, ніж вкладається в усю вітчизняну науку¹.

І дійсно, обсяги продажу лікарських засобів вітчизняного виробництва у грошовому вираженні у 2010 р. становили 24,5 %, імпортного — 75,5 %. Проте за обсягами продажу в натуральному вираженні (в упаковках) лікарські засоби вітчизняного виробництва становлять 69 %, а іноземного — 31 %².

Фармацевтична промисловість України на сьогодні представлена 127 суб'єктами господарської діяльності, які мають ліцензію на виробництво лікарських засобів у промислових умовах. З початку 2011 р. кількість ліцензіатів зменшилася на 10 суб'єктів, що пов'язано

¹ Соболева Т. О. Управління формуванням та реалізацією інноваційного потенціалу підприємства (за матеріалами фармацевтичних підприємств) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : 08.00.04 «Економіка та управління підприємствами» / Т. О. Соболева. – 2008. – 20 с.

² Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про сучасний стан та перспективи розвитку фармацевтичної галузі України» [Електронний ресурс] : Постанова Верхов. Ради України від 06.10.2011 // Законодавство України : сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

з імплементацією в Україні вимог Належної виробничої практики (GMP) до виробництва лікарських засобів, прийнятих у Європейському Союзі. На цей час не всі вітчизняні виробники змогли досягти рівня, встановленого прийнятими в Європейському Союзі стандартами на виробництво лікарських засобів. Станом на 1 січня 2011 р. в Україні було сертифіковане на відповідність GMP 21 дільницю 15 вітчизняних фармацевтичних підприємств. На цих дільницях виробляється лише 361 найменування вітчизняних ліків¹. При цьому в Україні зареєстровано 14 308 лікарських засобів². Отже, вплив стратегічного управління інноваційними процесами на ефективність функціонування підприємств визначається: адекватністю ринковим відносинам (в умовах вітчизняних підприємств — їхньому становленню), інтеграцією науки та виробництва, реалізацією державних науково-технічних пріоритетів, підвищенням сприйнятливості виробництва до нововведень, забезпеченням розширеного відтворення всіх стадій інноваційного процесу³.

З цього приводу слід зазначити, що *серед напрямів інноваційної діяльності у фармацевтичній промисловості необхідно виокремити, по-перше, організаційну діяльність, пов'язану з модернізацією технологічних процесів, освоєння нового обладнання, впровадження нових технологій, зокрема із запровадження Належної виробничої практики (GMP). По-друге, науково-виробничу сферу інноваційної діяльності, пов'язану зі створенням інноваційних лікарських засобів, проведенням їх клінічних досліджень та подальшою реєстрацією і промисловим виробництвом.*

За інформацією Держкомстату, зміцненню інноваційної діяльності в країні у цілому перешкоджають перш за все вартісні фактори, а саме: брак власних коштів (80,1 %), великі витрати на нововведення (55,5 %), недостатня фінансова підтримка держави

¹ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про сучасний стан та перспективи розвитку фармацевтичної галузі України» [Електронний ресурс] : Постанова Верхов. Ради України від 06.10.2011 // Законодавство України : сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

² Розвиток імпортозамінних виробництв в Україні та заміщення імпортованих лікарських засобів вітчизняними, у тому числі біотехнологічними препаратами та вакцинами на 2011–2021 роки : Проект державної цільової програми // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 15 (786). – С. 31–33.

³ Див.: Гриньов А. В. Стратегія інноваційного розвитку підприємства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра екон. наук : 08.06.01 «Економіка, організація і управління підприємствами» / А. В. Гриньов. – 2004. – 37 с.

(53,7 %), високий економічний ризик (41 %), тривалий термін окупності нововведень (38,7 %), відсутність коштів у замовників (33,3 %), недосконалість законодавчої бази (40,4 %), відсутність попиту на продукцію (16 %), кваліфікованого персоналу (20 %), можливість кооперації з іншими підприємствами та науковими організаціями (19,7 %), брак інформації про ринки збуту (17,4 %) і про нові технології (17,3%), а також 15,5% підприємств зазначили про свою несприятливість до нововведень¹.

Іноземні фахівці зазначають, що серед основних причин того факту, що витрати охорони здоров'я Європи збільшуються швидше, ніж рівень надходжень бюджетних асигнувань, серед іншого, займає висока вартість інноваційних технологій². Можливо, саме тому, незважаючи на наявність потужних напрацювань у фармацевтичному секторі економіки з боку науковців, у вітчизняних фармацевтичних підприємств відсутня зацікавленість у цих наукових розробках, які не бажають іти на витрати та ризики, пов'язані з упровадженням інноваційних препаратів³. І дійсно, з точки зору фахівців, інноваційна діяльність, джерелом якої є розумова праця людини, має такі характерні особливості: висока капіталомісткість; значний період окупності інвестицій; високий ступінь ризику її здійснення⁴.

Так, великі фармацевтичні компанії вкладають значні кошти в розробку інноваційних лікарських засобів. Вартість створення одного інноваційного лікарського засобу оцінюється в 0,4–1,2 млрд доларів США залежно від складності молекули діючої речовини⁵. І при цьому не можна забувати про те, що відрізняє лікарські засоби від іншої інноваційної промислової продукції. Це те, що витрати на розробку інноваційних лікарських засобів включають у себе також ви-

¹ Наукова та інноваційна діяльність в Україні : зб. ст. – К. : Держкомстат, 2007. – 340 с.

² Див.: Снегирёв Ф. Здоровоохранение Европы – 2030. Кризис финансового управления, или полдесяток ветров в спину эволюции / Ф. Снегирёв // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 34 (805). – С. 10–12.

³ Барміна Г. Питання збільшення частки ліків вітчизняного виробництва / Г. Барміна // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 34 (805). – С. 8

⁴ Соболева Т. О. Управління формуванням та реалізацією інноваційного потенціалу підприємства (за матеріалами фармацевтичних підприємств) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : 08.00.04 «Економіка та управління підприємствами» / Т. О. Соболева. – 2008. – 20 с.

⁵ Лукьянчук Е. Создание нового торгового названия: прежде чем найти принца, нужно поцеловать много жаб / Е. Лукьянчук // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 33 (804). – С. 12–13.

трати на їх клінічні дослідження, страхування пацієнтів, що беруть участь у цих дослідженнях, та подальшу державну реєстрацію цих лікарських засобів.

Отже, одним із основних чинників стримування поширення в Україні оригінальних патентованих препаратів є їх висока ціна та собівартість. До чинників, які негативно впливають на ефективність інновацій у фармацевтичній промисловості, належать відсутність або низький рівень фінансування, висока кредитна ставка, високий економічний ризик, недостатня інформація про стан фармацевтичного ринку, труднощі із сировиною та матеріалами і застаріле виробниче обладнання¹. Тобто співвідношення прямих і непрямих фінансових методів стимулювання інноваційного розвитку підприємств передусім визначається економічним потенціалом держави. Так, в умовах дефіциту державного бюджету в Україні пріоритет повинен надаватися таким непрямим фінансовим методам, як податкова, амортизаційна, кредитна, цінова політика держави, впровадження протекціоністських заходів².

Проте, наприклад, у Рекомендаціях парламентських слухань на тему: «Про сучасний стан та перспективи розвитку фармацевтичної галузі України», що відбулися в жовтні 2011 р., так і не було запропоновано дійсно важливих заходів, що можуть сприяти покращенню інноваційно-інвестиційного середовища у фармацевтичній промисловості. У Рекомендаціях, серед іншого, наприклад, запропоновано: забезпечити розробку та подати проекти законів України, спрямованих на включення діяльності з імпорту лікарських засобів до переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також щодо обмеження кількості аптечних закладів для фізичних осіб-підприємців, які застосовують спрощену систему оподаткування тощо. Зазначені заходи важко визнати такими, що покращать інвестиційний клімат у країні, та й навіть такими, що взагалі спрямовані на покращення господарювання на фармацевтичному ринку.

Одним із основних параметрів у конкурентній боротьбі підприємств — виробників генеричних препаратів є ціна. Їх мета — про-

¹ Мнушко З. М. Дослідження інноваційних процесів на вітчизняних фармацевтичних підприємствах / З. М. Мнушко, О. Ю. Вінник, В. В. Страшний // Вісн. фармації. – 1988. – № 2 (18). – С. 92–96.

² Козирева О. В. Соціально-економічна спрямованість інноваційного розвитку підприємства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : 08.06.01 «Демографія, економіка праці, соціальна економіка і політика» / О. В. Козирева. – 2005. – С. 21.

давати якісні препарати за максимально низькими цінами. Уведення генеричних препаратів на ринок зумовлює швидке зниження цін на оригінальні патентовані препарати. Як правило, протягом трьох років після закінчення строку патентного захисту і введення генеричного еквіваленту ціна на препарат знижується більш як на 60 %. Результати проведеного аналізу частини найбільш поширеного асортименту лікарських засобів свідчать про те, що фармацевтичний ринок України майже на 80 % формується за рахунок генеричних препаратів¹. Але дешевий генеричний препарат не завжди виявляється дешевим у використанні на курс лікування, тому для його оцінки доцільно використовувати інтегральний показник — залежність ціни та якості. Проте на практиці фармацевтичний ринок України продовжує використовувати лише ціновий показник. Парадокс полягає в тому, що зростаючі витрати на медикаменти в окремо розглянутих випадках можуть реально зменшити витрати на лікування. Витрати на лікарські засоби не можна розглядати ізольовано, оскільки політика дешевих медикаментів може збільшити витрати на медичне обслуговування. Справжні витрати на проведення фармакотерапії необхідно визначати не на основі цін на продукцію, що постачається, а на основі вартості медичного обслуговування.

За інформацією європейських дослідників, Україна за рівнем витрат на лікарські препарати на одну людину, включаючи обсяг аптечних продаж і госпітальних закупок, займає одне з останніх місць у Європі, і головне з цих витрат, як мінімум четверту частину, займають препарати зі спірною ефективністю, від яких розвинуті країни повністю відмовилися.

Іншим прикладом є нераціональне застосування ліків, тобто які призначаються, розповсюджуються та використовуються неналежним чином. За сучасними оцінками, у світі більше половини препаратів застосовуються нераціонально. Значну частку ринку займають нераціональні препарати, в яких застосовуються комбінації застарілих або неефективних речовин. Так, досліджуючи діючий в Україні Національний перелік основних лікарських засобів та виробів медичного призначення, затверджений постановою КМУ від 25.03.2009 р. № 333 «Деякі питання державного регулювання цін на лікарські засоби та вироби медичного призначення», закордонні фахівці встановили, що

¹ Дослідження тенденцій ринку лікарських препаратів-дженериків / З. М. Мнушко, О. Ю. Вінник, І. В. Пестун, В. В. Страшний // Фармац. журн. – 1998. – № 4. – С. 19–24.

у структурі ринку лікарських засобів України зі спірною ефективністю є близько 25 % загального обсягу та 59 % є нераціональними або такими, що мають незначну користь¹.

За дослідженнями фахівців, на фармацевтичному ринку у структурі інноваційних витрат основним джерелом фінансування інноваційної діяльності на фармацевтичних підприємствах (майже 90 %) є власні кошти. Саме тому постає питання щодо залучення інших шляхів фінансування інноваційної діяльності у фармацевтичній промисловості².

Однією з форм фінансування впровадження результатів наукових розробок у країнах ЄС та у США є венчурний капітал. При цьому процес венчурного фінансування супроводжується підвищеним ступенем ризику порівняно з іншими альтернативними джерелами фінансування, високими нормами доходу та ступенем залучення венчурного інвестора у процес управління проінвестованої компанії³. Уважають, що перевагою інвестування венчурним капіталом є отримання у повному обсязі фінансування, необхідного для всіх видів діяльності з упровадження розробки⁴. У зв'язку з цим необхідно звернути увагу і на позитивні процеси, що відбуваються у світі в цьому напрямі. Так, за підсумками другого кварталу 2011 р., обсяг венчурного інвестування у світі в галузі біотехнологій збільшився на 46 % у порівнянні з аналогічним періодом попереднього року. У цілому по всіх галузях економіки загальносвітовий обсяг венчурного капіталу збільшився на 19 % у порівнянні з другим кварталом 2010 р. і склав 7,6 млрд доларів США⁵. Проте, зазначає Д. В. Задихайло, слід визнати, що далеко не всі правові форми економічних факторів ринкової економіки, що напрацьовані досвідом її функціонування у розвинутих країнах, успішно реалізують себе в Україні. Так, венчурні

¹ Полякова Д. Препараты со спорной эффективностью: между «списком Швабе» и ВОЗ / Д. Полякова // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 29 (800). – С. 15–16.

² Соболева Т. О. Управление формированием та реализацией инновационного потенциала предприятия (за материалами фармацевтических предприятий) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : 08.00.04 «Економіка та управління підприємствами» / Т. О. Соболева. – 2008. – 20 с.

³ Бердников Д. Основные направления государственного воздействия на становление и развитие рынка венчурного капитала / Д. Бердников // Підприємництво, госп-во і право. – 2003. – № 11. – С. 30–33.

⁴ Каналош Е. А. Венчурный капитал – разработчику лекарственных средств / Е. А. Каналош, М. В. Колесник // Фармацевт практик REVIEW. – 2006. – Берез.– С. 22–24.

⁵ Биотехнологическая отрасль воспрянула духом после 46 % прироста венчурного капитала // Щотижневик «АПТЕКА». – 2011. – № 28 (799). – С. 16.

фонди, що працюють у розвинутих країнах, в умовах надлишкової інвестиційної пропозиції можуть набувати глобального характеру та здійснювати діяльність. Проте в Україні спостерігається недостатність умов для створення національних венчурних фондів, які б акумулювали кошти національних інвесторів і здійснювали б успішне інноваційне інвестування на постійній основі. Саме тому, не відмовляючись від уже усталених на світовому інвестиційно-інноваційному ринку організаційно-правових форм інвестування в об'єкти інноваційного права, слід запропонувати національній інноваційній системі варіативну низку структур подібного функціонального призначення, спеціально пристосованих для здійснення такої специфічної діяльності¹. І дійсно, зазначають західні фахівці, ситуація щодо цих питань в Україні не зовсім сприятлива. Так, на їх погляд, лише 40 % інвестицій доходить до науковця, натомість 60 % — поглинає бюрократичний апарат. В Україні із 1000 грантових проектів реально діє лише 7, при цьому щорічна загальна кількість українських публікацій у рейтингових виданнях становить лише третину річної доробки вчених одного університету в Манчестері².

Також до недоліків інноваційної діяльності у промисловому фармацевтичному секторі можна віднести недосконалість державної законодавчої політики у сфері охорони здоров'я щодо спрямування перш за все на забезпечення обов'язкового запровадження в лікувальному процесі нових оригінальних препаратів із більш високими лікувальними властивостями (безумовно, з дотриманням вимог фармакоеконіміки), а не генеричних, що втратили право патентного захисту. Для усунення зазначених недоліків необхідне нормативне запровадження відповідних медичних стандартів. Таке становище свідчить про те, що промислова інноваційна діяльність у галузі охорони здоров'я нерозривно пов'язана з організаційною сферою інноваційної діяльності³.

¹ Задихайло Д. В. Модернізація інноваційного законодавства України шляхом його кодифікації / Д. В. Задихайло // Правове забезпечення становлення економіки інноваційного типу в Україні : матеріали наук.-практ. конф., м. Харків, 15 груд. 2009 р. / редкол.: Ю. П. Битяк, С. М. Прилипко, Ю. Є. Атаманова, Д. В. Задихайло. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 11–16.

² Лесик Р. Інноваційні інвестиції в українській фармації: швидше нема, аніж є / Р. Лесик // Фармацевт практик REVIEW. – 2006. – Лип.-серп. – С. 25–27.

³ Пашков В. М. Проблеми правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я (господарсько-правовий контекст) / В. М. Пашков. – К. : МОПІОН, 2009. – С. 240.

Ще один із способів інвестування інноваційної діяльності, на який необхідно звернути увагу щодо можливості застосування у сфері охорони здоров'я, — застосування лізингових операцій. Їх застосовують, якщо організація, що має вільні фінансові кошти, може брати участь у фінансуванні проектів інших фірм, коштів яких для їх повного фінансування недостатньо. Йдеться про освоєння великих технічних новацій, що потребує придбання дорогого обладнання. За схемою лізингу у довгострокову оренду беруть сучасне устаткування, діагностичну апаратуру, цілісні технологічні комплекси, медичне устаткування, вимірювальні прилади тощо. Використання лізингових операцій для інвестування інноваційних проектів у галузі охорони здоров'я має бути вигідним для всіх учасників лізингового договору¹.

Таким чином, серед можливих способів інноваційного інвестування, зокрема, фармацевтичної промисловості можна виокремити інвестування венчурним капіталом та застосування лізингових операцій, що, у свою чергу, потребує вдосконалення інноваційного законодавства в цьому напрямі.

Крім того, у законодавстві мають бути чітко визначені джерела фінансування заходів інноваційної реструктуризації промисловості, у тому числі фармацевтичної, якими мають стати: 1) власні кошти підприємств фармацевтичних підприємств, шляхом: створення виробничих об'єднань з метою концентрації фінансових ресурсів і наступного їх спрямування на інноваційну реструктуризацію; удосконалення механізмів оподаткування підприємств з метою підвищення інвестиційних можливостей; 2) державні інвестиційні ресурси, шляхом: запровадження нових підходів у проведенні державної інноваційної політики, зокрема за допомогою венчурного капіталу; застосування лізингових операцій з метою прискореного запровадження вимог належної виробничої практики (GMP) до виробництва лікарських засобів, кредитування інноваційних проектів на пільгових умовах, а також на умовах майнового забезпечення і державних гарантій їх повернення; 3) ресурси фінансово-кредитної сфери, шляхом: запровадження пільгових кредитних ставок за користування кредитами, у тому числі реструктуризації банківської системи та підвищення рівня її капіталізації; розширення цільового банків-

¹ Пашков В. М. Проблеми правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я (господарсько-правовий контекст) / В. М. Пашков. – К. : МОРІОН, 2009. – С. 244–245.

ського кредитування за пріоритетними напрямками інноваційної реструктуризації промислових підприємств; 4) іноземний капітал, шляхом: розроблення гнучкої системи стимулювання іноземного інвестування у фармацевтичну промисловість за напрямками інноваційної реструктуризації; сприяння діяльності іноземних інвесторів за довгостроковими інноваційно-інвестиційними проектами; поширення об'єктивної інформації про інвестиційні перспективи окремих підприємств, галузей з наданням іноземним інвесторам правової та методичної підтримки.

Проте застосування цих заходів неможливе без запровадження спеціальних правових режимів, зокрема, щодо найбільшого сприяння виробникам окремих груп інноваційних лікарських засобів або створення особливих умов господарювання для фармацевтичних виробників, що розробили конкурентоздатну фармацевтичну продукцію через істотне зниження витратності її виготовлення.

Пашков В. Хозяйственно-правовая характеристика инновационного промышленного производства лекарственных средств

В статье исследуются проблемы обозначения приоритетов относительно инновационного развития фармацевтической промышленности для внедрения на нормативно-правовом уровне источников финансирования ее реструктуризации.

Ключевые слова: фармацевтическая промышленность, инновационные лекарственные средства, венчурный капитал, инновационная деятельность.

Pashkov V. The business and law characteristic of the innovation industrial production of medicines.

This article investigates the problems of designation priorities concerning the innovation development of the pharmaceutical industry for the introduction of the sources of financing its restructuring on the normative legal level.

Keywords: pharmaceutical industry, innovation medicines, venture capital, innovation activity.

УДК 346.1-346.5

В. Полюхович, кандидат юридичних наук, с.н.с. НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Господарсько-правові форми державного регулювання фондового ринку України

Застосування форм державного регулювання економіки та господарської діяльності в Україні неодноразово було предметом дослідження провідних вчених-юристів у сфері адміністративного, господарського, цивільного права. Серед них вагомий внесок у розвиток зазначеної проблеми внесли Ю. А. Ведерніков, О. М. Вінник, І. М. Кравець, Т. М. Кравцова, А. С. Ластовецький, В. К. Мамутов, І. Д. Пастух, Л. Л. Попов, Г. В. Пронська, Н. А. Саніахметова, В. К. Шкарупа, В. С. Щербина та інші науковці. Разом з тим господарсько-правові форми державного регулювання господарської діяльності у сфері відносин на фондовому ринку України були предметом уваги лише епізодично при дослідженні більш широких економіко-правових відносин. Їх розгляд, на нашу думку, є важливим з позиції детального дослідження правового регулювання процесів на фондовому ринку та більш чіткого застосування використовуваної юридичної термінології.

Проте насамперед доцільно з'ясувати зміст поняття «господарсько-правові форми державного регулювання». Необхідно відзначити, що форми державного регулювання є зовнішнім виразом змісту регулюючого впливу держави на певні суспільні процеси. Так, відповідно до Юридичної енциклопедії термін «форма» серед іншого визначено як «устрій, вид, тип, структура суспільних (соціальних, економічних, правових, організаційних тощо) утворень або процесів (управління, судочинства тощо)»¹. Як нами визначено, при здійсненні дослідження змісту господарсько-правового механізму державного регулювання фондового ринку регулюючий вплив держави реалізується за певними функціональними напрямками. Кожен із функціональних напрямків реалізується в певній формі. Так, наприклад, законотворча функція державного регулювання реалізується в такій формі, як прийняття нормативних актів, а дозвільна функція — у формі видачі ліцензій, сертифікатів тощо. Термін «господарсько-правові форми державного регулювання» охоплює перш за все ті форми державного регулювання, які є виразом функціо-

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 6. — С. 294.

нальних напрямів, що реалізуються у складі організаційно-господарських відносин, а відповідно є предметом науки господарського права. Як слушно відзначає В. С. Щербина, господарсько-правова концепція визначає господарські відносини у власному (спеціальному) розумінні, а саме: господарськими є відносини між господарюючими суб'єктами (підприємствами, підприємцями) та органами управління, які утворюються у процесі організації і безпосереднього здійснення господарської діяльності. Господарські відносини як предмет регулювання складаються лише з двох елементів — організаційного (організація виробництва, обігу) і майнового. Сукупність господарських відносин у такому вузькому розумінні є предметом господарського права. За предметом у такому розумінні господарське право вирізняється з інших галузей права, норми яких діють у сфері господарювання¹. Відповідно і господарсько-правові форми державного регулювання вирізняються з-поміж адміністративно-правових та інших форм державного регулювання. У свою чергу, регулятивна роль держави реалізується не у всіх видах господарських відносин, а охоплює саме організаційно-господарські відносини в розумінні відповідно до змісту ч. 4 ст. 3 ГК України.

Також, як нами зазначено вище, визначені у ст. 12 ГК України засоби державного регулювання фондового ринку на практиці реалізуються в певних нормативно встановлених формах. Вважаємо, що такі форми державного регулювання є зовнішнім проявом реалізації організаційно-господарських повноважень державних органів під час їх участі в організаційно-господарських відносинах, що складаються між ними та суб'єктами господарювання у процесі регулювання та управління господарською діяльністю. Саме цим, у свою чергу, зумовлена господарсько-правова природа цих форм державного регулювання.

Якщо організаційно-господарські повноваження державних органів неодноразово були предметом дослідження таких провідних вітчизняних науковців у сфері господарського права, як О. М. Вінник, І. М. Кравець, Г. В. Пронська, Н. А. Саніахметова, В. С. Щербина, то господарсько-правовим формам державного регулювання господарської діяльності як похідній категорії приділялося менше уваги. До того ж зазначимо, що, на нашу думку, у науковій літературі не завжди обґрунтовано вживається термінологія, пов'язана з господарсько-правовими формами державного регулювання, формами організаційно-господарської діяльності держави. Так, І. М. Кравець, характеризуючи особливості правового становища органів державної влади як суб'єктів орга-

¹ Щербина В. С. Господарське право : підручник / В. С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 21.

нізаційно-господарських повноважень, відзначає, що формами здійснення ними організації господарської діяльності є: 1) управління господарською діяльністю суб'єктів господарювання державного сектору економіки; 2) регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання всіх форм власності¹. Вважаємо, що в даному випадку управління та регулювання є не формами, а способами реалізації організаційно-господарських повноважень державних органів; безпосередніми формами такої реалізації в даному випадку є, наприклад, прийняття акта законодавства, видача ліцензії, сертифіката тощо.

Виходячи з наведеного, запропонуємо авторське визначення поняття «господарсько-правові форми державного регулювання».

Господарсько-правові форми державного регулювання — це зумовлені здійсненням державними органами організаційно-господарських повноважень безпосередні зовнішні прояви регулятивного впливу держави у вигляді конкретних дій, рішень, актів, заходів тощо, кожен з яких містить владне розпорядження організаційно-господарського характеру, що врегульовує господарські відносини у відповідній галузі та є виразом реалізації певного засобу державного регулювання виду господарської діяльності.

Відповідно господарсько-правові форми державного регулювання фондового ринку визначаються нами як зумовлені здійсненням державними органами організаційно-господарських повноважень у сфері відносин на фондовому ринку України безпосередні зовнішні прояви регулятивного впливу держави у вигляді:

- прийняття актів законодавства з питань діяльності учасників ринку цінних паперів;
- регулювання випуску та обігу цінних паперів, прав та обов'язків учасників ринку цінних паперів;
- видачі ліцензій на здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів та забезпечення контролю за такою діяльністю;
- заборони та зупинення на певний термін (до одного року) професійної діяльності на ринку цінних паперів у разі відсутності ліцензії на цю діяльність та притягнення до відповідальності за здійснення такої діяльності згідно з чинним законодавством;
- реєстрації випусків (емісій) цінних паперів та інформації про випуск (емісію) цінних паперів;
- контролю за дотриманням емітентами порядку реєстрації випуску цінних паперів та інформації про випуск цінних паперів, умов продажу (розміщення) цінних паперів, передбачених такою інформацією;

¹ Кравець І. М. Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень / І. М. Кравець. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 75.

- створення системи захисту прав інвесторів і контролю за дотриманням цих прав емітентами цінних паперів та особами, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів;
- контролю за достовірністю інформації, що надається емітентами та особами, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів, контролюючим органам;
- установа правил і стандартів здійснення операцій на ринку цінних паперів та контролю за їх дотриманням;
- контролю за системами ціноутворення на ринку цінних паперів;
- контролю за діяльністю осіб, які обслуговують випуск та обіг цінних паперів;
- проведення інших заходів щодо державного регулювання і контролю за випуском та обігом цінних паперів.

Як видно з наведеного переліку, кожен із цих заходів, дій, рішень, актів:

- а) містить владне розпорядження організаційно-господарського характеру;
- б) врегульовує певний вид господарських відносин на фондовому ринку;
- в) є виразом реалізації певного засобу державного регулювання виду господарської діяльності на фондовому ринку.

На підставі викладеного пропонуємо вважати наведені ознаки критеріями вивчення та відмежування господарсько-правових форм державного регулювання фондового ринку. Надамо їм коротку характеристику.

Наявність владних розпоряджень організаційно-господарського характеру є ознакою та зумовлена наявністю адміністративних та інших відносин управління за участю суб'єктів господарювання, в яких орган державної влади або місцевого самоврядування є суб'єктом, наділеним господарською компетенцією, і безпосередньо здійснює організаційно-господарські повноваження щодо суб'єкта господарювання, що, у свою чергу, є ознакою віднесення цих відносин до предмета регулювання господарського законодавства (ч. 6 п. 1 ст. 4 ГК України).

Урегулювання певного виду господарських відносин на фондовому ринку передбачає наявність таких ознак:

- відносини є господарсько-правовими за своїм змістом;
- предметом відносин є операції на фондовому ринку або інші господарські операції, пов'язані з їх здійсненням;
- конкретна господарсько-правова форма має завданням врегулювання певного виду зазначених відносин.

Конкретна господарсько-правова форма є виразом реалізації певного засобу державного регулювання виду господарської діяльності на

фондовому ринку. Основні засоби державного регулювання господарської діяльності визначені в п. 2 ст. 12 ГК України. Але не всі з них поширюються на господарську діяльність на фондовому ринку, та водночас окремі засоби, що застосовуються на практиці, не визначені в цій базовій нормі. Це і зрозуміло, бо господарська діяльність на фондовому ринку має свою специфіку, що передбачає наявність спеціальних засобів її державного регулювання.

Перелік цих форм державного регулювання ринку цінних паперів нормативно закріплено у ст. 3 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Ми вважаємо, що всі ці форми є господарсько-правовими, оскільки вони зумовлені здійсненням державними органами організаційно-господарських повноважень. Хоча за своїм правовим змістом окремі з них є суто адміністративно-правовими, як, наприклад, здійснення всіх зазначених видів контролю. Проте з огляду на той факт, що в даному випадку контроль є невід'ємною складовою організації господарської діяльності на фондовому ринку, забезпечення її проведення відповідно до вимог законодавства, здійснення контрольної функції є формою реалізації організаційно-господарських повноважень органів державної влади.

Водночас вважаємо за необхідне зазначити, що складовою державного контролю є нагляд за дотриманням законодавства учасниками фондового ринку, зокрема законодавства про захист економічної конкуренції, прав інвесторів тощо. Часто законодавець вживає поняття «контроль» та «нагляд» як рівнозначні. Так, у ст. 1 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» державне регулювання ринку цінних паперів визначено як «комплекс заходів щодо упорядкування, контролю, нагляду за ринком цінних паперів та їх похідних та запобігання зловживанням і порушенням у цій сфері». Проте серед визначених у ст. 3 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» форм державного регулювання нагляд як окрема форма відсутній, що ми вважаємо істотним недоліком правового регулювання в цій частині.

Поняття «контроль» та «нагляд» є близькими. У літературі висловлюються різні, часто протилежні, погляди на співвідношення контролю та нагляду. Так, В. М. Гаращук як основний критерій розмежування контролю і нагляду пропонує, по-перше, можливість втручання контролюючого органу в оперативну діяльність підконтрольного органу (що не характерно для нагляду) та, по-друге, право самостійно притягати

винних осіб до юридичної відповідальності, якою володіє орган контролю, і якими не наділений орган нагляду¹.

М. С. Студенікіна виділяє нагляд як різновид надвідомчого контролю, який відрізняється від контролю «...широтою сфери діяльності, що охоплюється контролем, а також специфікою методів і правових форм впливу. Для контролю характерна та особливість, що він не обмежується колом питань, пов'язаних із дотриманням обов'язкових приписів — законів та інших нормативних актів. Органи контролю цікавляться також тим, наскільки правильно, доцільно й ефективно використані підконтрольним суб'єктом надані йому повноваження»². З думкою Студенікіної про те, що нагляд є різновидом контролю, який здійснюється з певних питань та обмежений у методах впливу, погоджується і О. Ф. Андрійко³. Аналогічною є позиція В. С. Шестака, який стверджує, що «контроль» — родове поняття, котре охоплює «“нагляд” як особливий (“галузевий”) вид контролю, його форму»⁴. Щодо безпосередньо фондового ринку, то ми погоджуємося з позицією Г. М. Остапович⁵, яка називає нагляд різновидом контролю на фондовому ринку, якому притаманні певні особливості, що дозволяють виділити його в окремий вид контролю: неможливість втручання в оперативну діяльність підконтрольного суб'єкта та звужений предмет — лише перевірка законності діяльності підконтрольного суб'єкта.

Предметом нагляду є дотримання учасниками фондового ринку норм законодавства про державне регулювання ринку цінних паперів, відповідність кадрового, матеріально-технічного, програмного та іншого забезпечення функціонування учасників ринку, виконання обов'язків щодо розкриття інформації, одержання ліцензій, проходження процедур державної реєстрації у передбачених законом випадках, дотримання норм законодавства про захист економічної конкуренції тощо.

У зв'язку із зазначеним пропонуємо визначення наглядових форм державного регулювання фондового ринку в ст. 3 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» таким чином:

¹ Гаращук В. М. Контроль та нагляд у державному управлінні : навч. посіб. / В. М. Гаращук ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – С. 14.

² Студенікіна М. С. Государственный контроль в сфере управления. Проблемы надведомственного контроля / М. С. Студенікіна. – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 18.

³ Андрійко О. Ф. Контроль в демократическом государстве: проблемы и тенденции / О. Ф. Андрійко ; Ин-т государства и права им. В. М. Корецкого. – Киев : Наук. думка, 1994. – С. 39.

⁴ Шестак В. С. Державний контроль у сучасній Україні (теоретико-правові питання) : монографія / В. С. Шестак. – Х. : Держ. спец. вид-во «Основа», 2003. – С. 15.

⁵ Остапович Г. М. Державний контроль на ринку цінних паперів України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Г. М. Остапович ; Київ. нац. торг.-екон. ун-т. – К., 2006. – С. 52.

– аналіз звітності з метою встановлення відповідності діяльності учасників фондового ринку вимогам законодавства (зокрема, вимогам майнового та фінансового стану, ліквідності активів тощо), що має сприяти захисту прав інвестора;

– аналіз інформації та відомостей про події, тенденції та явища на ринку з метою виявлення ознак порушень законодавства на фондовому ринку;

– безпосередній нагляд за діяльністю професійних учасників фондового ринку у процесі здійснення ними операцій з цінними паперами з метою недопущення порушень законодавства шляхом участі представників уповноваженого державного органу в торгових сесіях фондових бірж, у загальних зборах акціонерів тощо.

Наведене також є підтвердженням комплексного характеру методів державного регулювання економіки, що використовуються та є предметом вивчення в господарському праві. Імперативні та диспозитивні методи застосовуються в межах господарського законодавства залежно від конкретних економіко-правових умов, а також виходячи з мети і завдань, що стоять перед державою та її економікою на певному етапі історичного розвитку. Поєднання імперативних та диспозитивних методів зумовлює всебічний характер регулюючого впливу держави на поведінку суб'єктів господарювання на фондовому ринку України.

Визначені теоретичні засади є підґрунтям для подальшого дослідження окремих господарсько-правових форм державного регулювання господарської діяльності на фондовому ринку України.

Полюхович В. Хозяйственно-правовые формы государственного регулирования фондового рынка Украины

В статье обосновываются применение и содержание понятия «хозяйственно-правовые формы государственного регулирования», рассматриваются виды форм государственного регулирования фондового рынка Украины, вносятся предложения по их усовершенствованию.

Ключевые слова: хозяйственно-правовые формы, хозяйственные отношения, формы государственного регулирования фондового рынка, контроль и надзор на фондовом рынке.

Polyukhovych V. Economic-legal forms of state regulation of the share market of Ukraine

The article considers the application and the contents of concept «economic — legal forms of state regulation», kinds of forms of state regulation of the share market of Ukraine, offers concerning their improvement.

Keywords: economic-legal forms, economic relations, forms of state regulation of the share market, the control and supervision in the share market.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

УДК 342.95

І. Бойко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Охорона й захист персональних даних адміністративно-правовими засобами

Інформація в історії суспільства завжди відігравала визначальну роль і служила основою для прийняття рішень на всіх рівнях та етапах розвитку суспільства і держави. За образним висловом академіка А. І. Берга, «інформація проникає у всі пори життя людей і суспільства, а життя неможливе в інформаційному вакуумі»¹. Сьогодні людство перебуває у стадії формування суспільства нового типу — інформаційного.

В умовах сучасного розвитку цивілізації та інформаційних технологій розширюється доступ людей до інформації, що сприяє здійсненню права на свободу інформації. У той же час збільшується обсяг інформації, що містить які-небудь дані про фізичних осіб. До того ж така інформація є більш важливою для ведення підприємницької діяльності, для політичної, соціальної сфери тощо. Збір, вільний потік і використання даних персонального характеру сприятимуть розвитку багатьох сфер життєдіяльності. Проте при цьому може відбуватися й втручання в життя людини. І ми стикаємося з проблемою гармонічного поєднання права на інформацію й права на недоторканність і повагу до особистого життя.

Життя людини складається із двох пов'язаних сфер — особистої і суспільної. Особисте життя людини — поняття неоднозначне. Право на недоторканність особистого життя проголошено Загальною декларацією прав людини, прийнятою Генеральною Асамблеєю ООН

¹ Берг А. И. Кибернетика и общественные науки / А. И. Берг // Методологические проблемы науки. – М., 1964. – С. 259–260.

10 грудня 1948 р., у якій сказано, що «ніхто не може зазнавати довільного втручання в його особисте і сімейне життя, довільного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань». Недоторканність приватного життя особи означає заборону державі, її органам (по-садовим особам), а також іншим особам незаконно втручатися в особисте життя громадян.

Хоча особисте життя людини є тією основою, завдяки якій формується суспільна сфера, саме воно найбільш уразливе для усіляких вторгнень, утручань і посягань як з боку іншої особи, так і з боку держави.

Особисте життя людини охоплює різні аспекти життєдіяльності особи. Так, Л. О. Красавчикова до його «компонентів» відносить:

- суто особистісні (інтимні), тобто ті, що стосуються даної індивідуальної особистості як такої, які роблять особисте життя даної особи самобутнім і неповторним (звички, індивідуальні форми і способи вираження ставлення індивіда до навколишнього середовища тощо);

- побутові компоненти, що виражають уклад повсякденного життя індивіда (його біологічні властивості) із підтримання його існування шляхом задоволення своїх матеріальних потреб у їжі, одязі, житлі, засобах пересування тощо;

- сімейні компоненти, які охоплюють широке коло дій і відносин, пов'язаних із виконанням основної функції сім'ї — продовження роду. Сюди входять відносини по вихованню дітей, по взаємній матеріальній і духовній підтримці тощо;

- майнові компоненти, які мають складний характер, тому що вказані зв'язки і відносини, з одного боку, належать до особистого життя індивіда, а з другого — є його соціальними зв'язками. Проте порядок і характер користування відповідними речами (як матеріального, так і культурного значення) визначаються самою людиною;

- культурні компоненти, в яких знаходить своє відображення освоєння людиною досягнень культури;

- організаційні компоненти, що виявляються в установленні розкладу дня, у вирішенні питань придбання або відчуження майна, обрання професії, місця проживання і місця роботи тощо;

- санітарно-гігієнічні компоненти, що охоплюють особисту гігієну, досягнення певного рівня санітарного стану майна, приміщення тощо;

- оздоровчі компоненти, які зводяться, по суті, до тих або інших дій, спрямованих на підтримання здоров'я людини (звернення за медичною допомогою, заняття спортом тощо);
- компоненти відпочинку та розваг, які мають різноманітний характер (наприклад, відвідування видовищних установ);
- комутаційні компоненти, що охоплюють усю систему неформальних зв'язків даного індивіда з навколишнім середовищем¹.

Інформація про зазначені сторони життя людини і належить до даних персонального характеру. Таким чином, крім звичайних даних — прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання, шлюбні відносини тощо — до даної категорії інформації також можна віднести відомості про перебування особи в тому чи іншому місці, про стан (фізичний, психічний) особи, особистісні зв'язки, укладені особою угоди, розмір доходів тощо. Використання цієї інформації іншими особами може викликати негативну реакцію в людини, завдати їй шкоди (матеріальної або моральної), мати інші несприятливі наслідки для життя і діяльності людини або може бути просто неприємним чи небажаним для неї.

З права особи на повагу до її приватного життя виникає право на захист персональних даних.

Ключовим стрижнем у становленні інформаційного суспільства, у врегулюванні правовідносин в інформаційній сфері та захисті прав і свобод людини та громадянина є держава. Саме держава виступає координатором поведінки учасників інформаційних відносин, законодавцем, що забезпечує правові засади розвитку відповідних правовідносин, юридичним гарантом реалізації права на інформацію, здатним захистити суб'єктів права від несанкціонованого доступу до інформації, забезпечити недоторканність приватного життя людини, реалізацію права на інтелектуальну власність в інформаційній сфері, а також забезпечити умови конкурентоздатності в інформаційній індустрії, правила функціонування інформаційних систем. Роль держави полягає також у встановленні балансу між розвитком конкуренції в інформаційній галузі та її врегулюванням, свободою слова, вільним вираженням своїх поглядів і переконань та захистом суспільних інтересів, національної безпеки, репутації або права конкретної людини. Основні функції держави в інформаційній сфері реалізуються через державну інформаційну політику, тобто «сукупність основних напрямів і спосо-

¹ Красавчикова Л. О. Гражданско-правовая охрана личной жизни советских граждан : дис. ... канд. юрид. наук / Л. О. Красавчикова. – Свердловск, 1979. – С. 24–26.

бів діяльності держави, спрямованої на одержання, використання, поширення та зберігання інформації»¹.

З 1 січня 2011 р. набув чинності Закон України «Про захист персональних даних»². Верховна Рада України також ратифікувала Конвенцію про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних і Додатковий протокол до Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних стосовно органів нагляду та транскордонних потоків даних³. Закон у цілому є актуальним і необхідним. Проте, як зазначають правознавці, його загальний характер вимагає прийняття низки підзаконних нормативно-правових актів, які б деталізували і конкретизували його застосування, у тому числі щодо окремих категорій суб'єктів, про що зазначається юристами-практиками⁴.

Законодавство визначає персональні дані як відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Достатньо широке визначення персональних даних дає змогу до таких віднести інформацію про будь-які сфери життя людини. Первинними джерелами відомостей про фізичну особу є видані на її ім'я документи, підписані нею документи, відомості, які особа надає про себе.

Усі дії з персональними даними охоплюються поняттям «обробка персональних даних», під чим Закон розуміє збирання, реєстрацію, накопичення, зберігання, адаптування, зміну, поновлення, використання і поширення (розповсюдження, реалізацію, передачу), знеособлення, знищення відомостей про фізичну особу. Як правило, для обробки персональних даних необхідною є згода особи — суб'єкта цих даних. Така згода має бути письмово документованою. Згода на обробку персональних даних повинна надаватися відповідно до чітко визначеної мети обробки цих даних, установленної в документах власника бази даних. На виконання цієї вимоги Закону на Державну службу України з питань захисту персональних даних покладено завдання розроблення типового порядку обробки персональних даних у базах персональних даних. За змістом ст. 6 Закону в разі зміни мети обробки потрібно отримати нову згоду особи на обробку її персональних даних. Законом

¹ Яременко О. Інформаційна сфера в Україні як об'єкт правового регулювання / О. Яременко // Підприємництво, госп-во і право. – 2006. – № 1. – С. 80–83.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 34. – Ст. 481.

³ Там само. – № 46. – Ст. 542.

⁴ Режим доступу: www.aucc.org.ua.

можуть бути визначені випадки, коли така згода не потрібна, але при цьому обробка має відбуватися лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Вельми оціночні категорії визначені як цілі обробки.

Органи державної влади (перш за все виконавчої влади) за характером своєї діяльності вправі, а то й зобов'язані збирати, зберігати, передавати, використовувати тощо відомості, що становлять персональні дані про фізичну особу. Такими органами, наприклад, є органи реєстрації місця проживання громадян, органи реєстрації актів цивільного стану, податкові органи, міліція, органи Пенсійного фонду, реєстрації нерухомого майна тощо. Звичайно, що у відносинах із цими органами громадяни реалізують свої різноманітні права та виконують обов'язки. І при цьому не ставиться питання про надання (ненадання) згоди на використання цих даних. Хоча зазначені органи створюють бази персональних даних, вони можуть використовувати інформацію, що міститься в них, тільки для цілей своєї діяльності.

Необхідність у захисті та охороні прав суб'єкта персональних даних виникає тоді, коли існує невиконання юридичного обов'язку або зловживання правом, а також у разі виникнення перешкод до їх здійснення або спору про наявність самого права чи обов'язку. Діяльність, спрямована на усунення перешкод у здійсненні прав і обов'язків, у тому числі спорів, на боротьбу з невиконанням обов'язків і зловживанням правом, становить зміст охорони та захисту. Самі поняття «охорона» та «захист» за своїм змістом є неоднозначними. Під охороною розуміють профілактичні заходи, які здійснюються державними органами шляхом попередження порушень прав громадян, а також з усунення різних перешкод для реалізації цих прав. Під захистом мається на увазі примусовий (щодо зобов'язаної сторони) спосіб здійснення порушеного права з метою його поновлення. Таким чином, охорона охоплює заходи, які застосовуються до порушення права, а захист — заходи, які застосовуються після порушення для поновлення порушеного права¹.

Особисті немайнові права особи на персональні дані є невід'ємними та непорушними. З точки зору охорони і захисту цих прав ми можемо говорити про такі чинники.

Один із способів забезпечення законності та дисципліни у державному управлінні — контроль — розглядається і як засіб попередження

¹ Див.: Пучкова М. В. Обеспечение прав граждан органами управления союзной республики / М. В. Пучкова ; отв. ред. Б. М. Лазарев. – М. : Наука, 1987. – С. 14.

соціальних конфліктів¹. Його профілактична функція виявляється у можливості визначення певних чинників з метою недопущення настання негативних наслідків, у тому числі й порушень прав.

Контроль за додержанням вимог законодавства про захист персональних даних покладено на Державну службу України з питань захисту персональних даних (далі — ДСЗПД України). ДСЗПД України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якої спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції України. Завдання, форми та методи діяльності цього органу визначені в Положенні, затвердженому Указом Президента України від 6 квітня 2011 р.²

ДСЗПД України відповідно до покладеного на неї завдання здійснення контролю в зазначеній сфері розробляє та затверджує плани перевірок володільців та (або) розпорядників баз персональних даних щодо дотримання ними вимог законодавства у сфері захисту персональних даних; проводить у межах своїх повноважень виїзні та безвиїзні перевірки володільців та (або) розпорядників баз персональних даних; видає володільцям та (або) розпорядникам баз персональних даних обов'язкові для виконання приписи щодо усунення порушень законодавства про захист персональних даних та вимагає надання необхідної інформації та документів, що підтверджують усунення виявлених порушень.

Закон України «Про захист персональних даних» також вказує на парламентський контроль за додержанням прав людини на захист персональних даних, який здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

Ще одним способом захисту та охорони прав суб'єкта персональних даних є відповідальність. За своєю сутністю вона є «центральною ланкою того механізму, який забезпечує усунення неузгодженості, дезорганізації в суспільному житті, зняття протиріч та конфліктів між учасниками суспільних відносин»³.

Аналізуючи ст. 212⁶ Кодексу України про адміністративні правопорушення «Здійснення незаконного доступу до інформації в інформаційних (автоматизованих системах, незаконне виготовлення чи

¹ Див.: Гаращук В. М. Контроль та нагляд у державному управлінні / В. М. Гаращук. – Х. : Фоліо, 2002. – С. 43.

² Офіц. вісн. України. – 2011. – № 28. – Ст. 1160.

³ Прохоров В. С. Преступление и ответственность / В. С. Прохоров. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1984. – С. 107.

розповсюдження копій баз даних інформаційних (автоматизованих) систем» (далі — КУпАП), можна стверджувати, що склад цього правопорушення може стосуватися й баз персональних даних.

Об'єктом даного правопорушення є правовідносини у сфері захисту інформаційних систем, у тому числі тих, що містять дані персонального характеру. Об'єктивна сторона виявляється в активних діях із здійснення незаконного доступу до інформації, яка зберігається, обробляється чи передається в інформаційних (автоматизованих) системах, а також незаконного копіювання, безоплатного незаконного розповсюдження і збуту інформації, яка зберігається в інформаційних (автоматизованих) системах, у паперовій чи електронній формі. Дане правопорушення може скоюватися з умислом. Мотив і мета при цьому не мають суттєвого значення. Суб'єкт правопорушення — загальний — фізична особа, яка досягла 16-річного віку.

Кваліфікуючими ознаками складу правопорушення, передбаченого ст. 212⁶ КУпАП, є повторність скоєного, незаконні дії стосовно інформації з обмеженим доступом.

Протокол про адміністративне правопорушення, передбачене згаданою статтею, складають органи Служби безпеки України, а справу розглядають районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди (судді).

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порушення законодавства про захист персональних даних» доповнено КУпАП статтями «Порушення законодавства у сфері захисту персональних даних» і «Невиконання законних вимог посадових осіб спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань захисту персональних даних».

Об'єктивна сторона зазначених правопорушень полягає в такому:

- неповідомлення або несвоєчасне повідомлення суб'єкта персональних даних про його права у зв'язку із включенням його персональних даних до бази персональних даних, мету збору цих даних та осіб, яким ці дані передаються;
- неповідомлення або несвоєчасне повідомлення спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань захисту персональних даних про зміну відомостей, що подаються для державної реєстрації бази персональних даних;
- ухилення від державної реєстрації бази персональних даних;
- недодержання встановленого законодавством про захист персональних даних порядку захисту персональних даних у базі персональних даних, що призвело до незаконного доступу до них;

– невиконання законних вимог посадових осіб спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань захисту персональних даних щодо усунення порушень законодавства про захист персональних даних.

Положенням про Державну службу України з питань захисту персональних даних передбачено, що цей орган складає протоколи про виявлені порушення законодавства у сфері захисту персональних даних. Це дасть змогу більш ефективно реагувати за правопорушення у сфері захисту персональних даних.

Отже, розглянуті чинники є такими, що сприяють захисту й охороні прав громадян у сфері персональних даних адміністративно-правовими засобами.

Бойко И. Охрана и защита персональных данных административно-правовыми средствами

В научной статье проанализированы административно-правовые способы защиты и охраны права граждан на персональные данные, в частности контроль со стороны государственных органов в этой сфере и ответственность виновных лиц за нарушение законодательства о персональных данных.

Ключевые слова: персональные данные, контроль, административная ответственность, защита и охрана.

Boyko I. Health and personal data protection administrative and legal means

This research analyzed the administrative and legal means of protecting citizens' rights and protection of personal data, such as control of public authorities in this area and the guilty person's responsibility for violating the legislation on personal data.

Keywords: personal data, control, administrative responsibility, protection and security.

УДК 342.92:342.9.03

Д. Лученко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Про правову природу оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень

Однією з нагальних проблем функціонування апарату публічної влади в Україні є забезпечення принципу законності у його діяльності. Важливим елементом цього принципу є реальне гарантування для громадян можливості оскаржити рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень¹. На наше переконання, питанням адміністративно-правового оскарження у науці не приділено достатньої уваги. Існуючі праці присвячені переважно або адміністративно-процесуальним аспектам оскарження певних актів², або процедурним моментам оскарження у конкретних сферах правового регулювання (виборчі, митні, податкові та інші справи)³. Такий стан дослідження не може бути визнаний задовільним, що актуалізує подальші розвідки у цій сфері. Метою цієї статті є вивчення оскарження рішень, дій і бездіяльності суб'єктів владних повноважень як правової категорії, що включає напрацювання поняття адміністративно-правового оскарження, аналіз його особливостей, співвідношення з іншими правовими явищами тощо.

Відправним пунктом аналізу будь-якої правової категорії є визначення її поняття. Потрібно зазначити, що в літературі відсутні єдині підходи у вирішенні цього питання. Так, М. Костенніков, А. Куракін,

¹ Для зручності викладення матеріалу оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень далі ми будемо називати адміністративно-правове оскарження.

² Див., напр.: Рябченко Я. С. Оскарження нормативно-правових актів в адміністративному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук / Я. С. Рябченко ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого». – Х., 2011. – 190 с.

³ Див., напр.: Актуальные проблемы административно-правового регулирования / под ред. Е. В. Горина, М. В. Костенникова, А. В. Куракина. – Т. 1. – М. : Маросейка, 2010. – С. 256–316; Альфер С. А. Обжалование нарушений избирательных прав : науч.-прав. и практ. пособие / С. А. Альфер, О. Н. Гулак, Г. П. Погоняйло. – Минск : Тесей, 2010. – 52 с.; Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Вид. дім «Ін Юре», 2002. – С. 202–216.

В. Сафронов, М. Звягін ототожнюють оскарження із суб'єктивним правом особи¹. Аналогічну думку висловлюють С. Альфер, О. Гулак, Г. Погоняйло². В. Полюхович використовує термін «оскарження в адміністративному порядку» для позначення процедури оскарження³.

Така неузгодженість підходів скоріше за все зумовлена не тільки недослідженістю даної категорії⁴, а й багатогранністю самого адміністративно-правового оскарження. На нашу думку, зазначена категорія може бути використана для позначення кількох правових явищ, які відображають різні боки розглядуваного феномену.

Перш за все під оскарженням слід розуміти охоронні адміністративно-правові відносини, що виникають між скаржником, суб'єктом владних повноважень і органом, компетентним розглядати скарги, з приводу скасування (визнання нечинним) рішення та (або) визнання незаконними дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Зазначеним відносинам притаманна низка ознак:

а) їх виникнення пов'язане із ухваленням суб'єктом владних повноважень протиправного рішення або вчинення незаконних дій чи бездіяльності;

б) ці відносини входять до предмета регулювання адміністративного права;

в) вони, по суті, виражають наявний між суб'єктами адміністративний спір, тобто юридичний конфлікт, що виникає в публічних управлінських правовідносинах, спричинений таким, що зачіпає публічні інтереси, порушенням (або невизнанням) прав і інтересів однієї сторони спору рішеннями, діями чи бездіяльністю іншої сторони — суб'єкта владних повноважень⁵;

г) юридичним фактом, на підставі якого ці відносини виникають, є подання уповноваженим суб'єктом (скаржником) в установленому

¹ Актуальные проблемы административно-правового регулирования. – С. 257. Подібний підхід був властивий і радянській науці адміністративного права (див.: Козлов Ю. М. Институт жалобы по советскому административному праву : дис. ... канд. юрид. наук / Ю. М. Козлов. – М., 1953. – 20 с.; Килясханов И. Ш. Институт обжалования в административной деятельности органов внутренних дел : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / И. Ш. Килясханов. – М., 1984. – 19 с.).

² Альфер С. А. Обжалование нарушенных избирательных прав. – С. 4–5.

³ Виконавча влада і адміністративне право. – С. 195.

⁴ У цьому сенсі привертає увагу, що, оперуючи категорією адміністративно-правового оскарження, більшість дослідників тим не менше не вважають за потрібне здійснити її аналіз, визначити правову природу.

⁵ Бринцева Л. В. Адміністративно-правовий спір: сутність, поняття, ознаки : монографія / Л. В. Бринцева. – Х. : ФІНН, 2010. – С. 91.

законом порядку скарги щодо скасування (визнання нечинним) рішення та (або) визнання незаконними дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень¹;

д) припиняються відносини оскарження ухваленням уповноваженим органом правозастосовного акта за наслідками розгляду скарги (рішення, постанови тощо). Причому цей акт не обов'язково містить рішення по суті питання, адже суб'єкт оскарження може, наприклад, відкликати свою скаргу або відмовитись від відповідного адміністративного позову;

е) наслідком виникнення відносин оскарження може бути притягнення суб'єкта владних повноважень до адміністративної або дисциплінарної відповідальності;

ж) як і будь-які правові відносини, відносини адміністративно-правового оскарження мають свій склад, що включає суб'єктів оскарження, об'єкт оскарження та юридичний зміст².

Суб'єктами відносин оскарження є суб'єкти владних повноважень, чий рішення, дії або бездіяльність оскаржені, суб'єкти, уповноважені розглядати скарги, та суб'єкти-скаржники. Останні можуть бути поділені на дві великі групи: суб'єкти, що мають матеріальну зацікавленість в оскарженні актів, дій і бездіяльності органів публічної влади і їх посадових осіб (особи, права яких порушені), та суб'єкти, зацікавленість яких є юридичною (законні представники, прокуратура, інші органи контролю і нагляду тощо). З огляду на це особа, чий права, свободи або законні інтереси були порушені суб'єктом владних повноважень, не завжди є суб'єктом відносин оскарження (наприклад, неповнолітня особа, яка не має необхідного обсягу дієздатності).

Особливістю суб'єктного складу відносин оскарження є також те, що ці відносини завжди повинні мати тричленний характер (скаржник, суб'єкт владних повноважень, чий рішення, дії, бездіяльність оскаржені, і орган, який розглядає скаргу). В іншому ж випадку, коли скаргу розглядає орган, який прийняв оскаржуване рішення або вчинив незаконну дію чи бездіяльність (або посадова особа такого органу), порушується відомий ще з римського права принцип «ніхто не може бути суддею у власній справі». Крім того, у такій ситуації неможливо забез-

¹ Потрібно розуміти, що, говорячи про скаргу, ми маємо на увазі суть подібного документа. За формою ж ці документи можуть відрізнятися. Наприклад, формою позасудового оскарження є протест прокурора (ст. 22 Закону України «Про прокуратуру»).

² Взяте за основу розуміння складу правових відносин викладене у: Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 336.

печити юридичну рівність сторін при розгляді скарги. З урахуванням цього законодавче врегулювання процедур оскарження не повинно передбачати позасудових процедур оскарження до органу (або керівника органу), дії, бездіяльність чи рішення якого оскаржені¹.

Об'єктом відносин оскарження є адміністративно-правова діяльність суб'єкта владних повноважень, яка оформлюється у вигляді певних рішень, дій, бездіяльності. Ця діяльність має управлінський, державно-владний характер і за цим критерієм відмежовується від іншої діяльності носія влади (наприклад, організаційної), яка не може бути об'єктом оскарження в адміністративному порядку. Предметом оскарження виступає конкретне рішення, дія, бездіяльність суб'єкта владних повноважень.

Юридичний зміст відносин оскарження утворюють права і обов'язки суб'єктів цих відносин. Ці права і обов'язки кореспондують одне одному, що дозволяє забезпечити функціонування механізму оскарження. Наприклад, праву скажника звернутися зі скаргою відповідає обов'язок компетентного органу цю скаргу своєчасно розглянути; праву компетентного органу (наприклад, адміністративного суду) вимагати необхідних для розгляду скарги матеріалів кореспондує обов'язок інших суб'єктів ці матеріали надати тощо.

Відносини оскарження, набуваючи нормативного характеру, втілюються у сукупності норм права, що ці відносини врегульовують, тобто у відповідному інституті права. Це є другим аспектом розуміння адміністративно-правового оскарження. З урахуванням природи відносин, що унормовані даним інститутом, він є охоронюваним і у цьому сенсі є проявом дії охоронної функції права². Указаний момент визначає цільове і функціональне навантаження адміністративно-правового оскарження.

¹ У цьому аспекті слід визнати правильною позицію законодавця, який у ст. 56 Податкового кодексу України передбачив, що рішення податкових органів оскаржуються у позасудовому порядку до вищих органів (наприклад, рішення районної ДПП може бути оскаржене до Державних податкових адміністрацій в АРК, областях, містах Києві та Севастополі). Попередній же акт, що діяв у цій сфері (Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платниками податків перед бюджетами і державними цільовими фондами»), передбачав, що першою ланкою оскарження є сам орган, який прийняв спірне рішення. Подібний механізм слід поширити і на інші види позасудового оскарження. Аналогічна позиція підтримується і вченими-конституціоналістами (див.: Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общ. ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. – М. : Юрид. лит., 1994. – С. 196).

² Ковальський В. С. Охоронна функція права : монографія / В. С. Ковальський. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 155.

По-перше, воно має своєю ціллю усунення порушень норм права, допущених суб'єктами владних повноважень і в цьому сенсі виступає гарантією підтримання законності і правопорядку. Причому дія інституту оскарження спрямована на дотримання суб'єктами владно-розпорядчої діяльності як обсягу своїх повноважень, так і процедури їх здійснення.

По-друге, метою оскарження є усунення наслідків порушення правових вимог із боку суб'єкта владних повноважень (скасування незаконного акта, визнання його нечинним, спонукання носія публічної влади до вчинення певних дій тощо).

І нарешті, по-третє, інститут оскарження є способом відновлення прав і законних інтересів осіб, що були порушені через діяльність суб'єктів владних повноважень.

Слід також зазначити, що інститут оскарження є зовнішньо оформленим, тобто закріпленим у законодавстві. Характерним для інституту оскарження є його закріпленість у низці різних нормативно-правових актів (Кодекс адміністративного судочинства України, Податковий кодекс України, Закон України «Про звернення громадян» тощо). У зв'язку з цим постає питання про співвідношення інституту оскарження як інституту права та інституту законодавства. Не заглиблюючись у це питання, зазначимо у порядку дискусії, що, на нашу думку, розмаїття нормативно-правових актів у сфері оскарження, їх різно-рідність свідчить, по-перше, про відсутність чітко сформованого законодавчого інституту оскарження, а по-друге, про необхідність нормативного впорядкування у цій сфері. Наприклад, по аналогії з наглядом у сфері господарської діяльності можна прийняти закон, який би унормовував основи процедури позасудового оскарження. Додамо до цього, що на розгляді парламенту вже перебував проект подібного акта — Адміністративно-процедурного кодексу України (реєстр. № 2789), однак на сьогодні цей проект відкликано суб'єктом законодавчої ініціативи. Викладене вище, однак, не піддає сумніву існування оскарження саме як інституту права, оскільки, як справедливо зазначає О. А. Киримова, зовнішньо відокремлене закріплення правових інститутів у системі законодавства не є їх обов'язковою ознакою¹.

Слід ураховувати, що розвиток інституту адміністративно-правового оскарження має спиратися на європейські стандарти. Передусім йдеться про рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № Rec (2001) 9 від 05.09.2001 р. «Про альтернативні методи врегулювання спорів між

¹ Киримова Е. А. Правовой институт: понятие и виды : учеб. пособие / Е. А. Киримова ; под ред. И. Н. Сенякина. – Саратов, 2000. – С. 41.

адміністративними органами і приватними особами», № R (84) 5 від 28.02.84 р. «Про принципи цивільного судочинства, спрямовані на удосконалення судової системи», практику Європейського суду з прав людини в частині забезпечення права людини на справедливий суд, доктрину європейського адміністративного права тощо.

Зазначимо, що сьогодні законодавче врегулювання інституту оскарження не завжди відповідає європейським стандартам. Крім уже згаданої відсутності єдиного регулювання процедури позасудового оскарження, можна побачити, що нерозвинутою залишається сама система позасудових засобів оскарження. Проблему становить і ускладненість процедур оскарження на підзаконному рівні. Це стосується, наприклад, норм Положення про порядок подання та розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби, затвердженого наказом ДПА України від 23.12.2010 р. № 1001. Це Положення не тільки встановлює додаткові вимоги при поданні скарг на рішення органів державної податкової служби порівняно з приписами Податкового кодексу України, а й надмірно обтяжує сам процес подання скарги, зобов'язуючи, наприклад, платника податків, який направив скаргу поштою, додавати опис відправлених матеріалів та повідомлення про вручення. У сфері судового оскарження вельми актуальним є питання боротьби зі зловживанням правом на оскарження та недобросовісною поведінкою сторони під час судового розгляду, а також зловживанням права на оскарження (принципи 2, 7 Рекомендації № R (84) 5 від 28.02.84 р.). Позитивно у цьому сенсі можна оцінити прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо недопущення зловживань правом на оскарження» від 13.05.2010 р. № 2181-VI, яким внесені зміни до Кодексу адміністративного судочинства України стосовно підсудності окремих категорій справ, заборони окремих способів забезпечення адміністративних позовів тощо.

Адміністративно-правове оскарження можна також розуміти як суб'єктивне право особи. Вченими-адміністративістами у цьому контексті досить часто вживається вираз «право на скаргу»¹. Вважаємо такий підхід не зовсім коректним. Використання цього терміна призводить до певної понятійної неузгодженості (оскарження може бути реалізоване не лише у формі скарги, а й подання, петиції, позову тощо), а найголовніше, фактично зводить право на оскарження виключно до права на

¹ Див., напр.: Ремнев В. И. Право жалобы в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. И. Ремнев. – М., 1963. – 19 с.; Актуальные проблемы административно-правового регулирования. – С. 259.

звернення зі скаргою, тоді як оскарження обумовлює і право суб'єкта на розгляд скарги, і право на отримання рішення за скаргою, і право на відмову від скарги та ін. Некоректним і дуже розмитим у контексті розглядуваної теми також є вживаний у літературі вираз «право на захист права», що означає право особи звернутися до компетентного державного органу за примусовим захистом порушеного права¹. У даному випадку, по-перше, ігнорується, що захист права відбуватиметься саме через процедуру адміністративно-правового оскарження, тобто відбувається термінологічне подвоєння, а по-друге, як вже зазначалося, захист права особи не обмежується лише зверненням за захистом.

Характеризуючи право на оскарження, слід урахувати, що:

а) право на оскарження є складовою права на звернення і в цьому сенсі становить громадянське право людини, що є елементом її правового статусу²;

б) право на оскарження є конституційним правом, закріпленим у ст. 55 Конституції України, тобто входить до каталогу основних прав і свобод людини і громадянина у нашій державі;

в) це право виступає також юридичною гарантією прав людини. Необхідність реалізації цього права виникає лише тоді, коли порушені інші права особи. З огляду на це на демократичну державу покладений обов'язок забезпечити максимально можливу доступність процедур адміністративно-правового оскарження для фізичних і юридичних осіб (створення необхідної нормативно-правової бази та інститутів у державному апараті, проведення роз'яснювальної роботи серед громадян тощо)³;

¹ Гжевський В. К. Правові основи захисту прав і законних інтересів платників податків в адміністративному порядку : навч. посіб. / В. К. Гжевський, О. М. Буханевич, О. М. Федорчук. – К. : Атіка, 2010. – С. 21.

² На нашу думку, не має підстав погоджуватися з Ю. М. Алістратовим, який відносить право на звернення до політичних прав (див.: Алістратов Ю. Н. Право петицій в Российской Федерации / Ю. Н. Алістратов ; отв. ред. Ю. А. Дмитриев. – М. : Манускрипт, 1997. – С. 35). Право на звернення, так само як і право на оскарження, не зумовлене характером зв'язку людини з державою і має бути гарантоване кожному. Аналогічна логіка, очевидно, втілена і у статтях 40, 55 Конституції України, в яких ці права гарантуються всім, а не лише громадянам України.

³ Демократія як форма держави, зазначає відомий вітчизняний теоретик права М. В. Цвік, має три форми: наявність форм народовладдя (пряма, представницька демократія), діяльність державних органів на основі демократичних принципів, реалізація і гарантування прав людини і громадянина (див.: Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка / відп. за вип. О. В. Петришин. – Х. : Право, 2010. – С. 187–191). Забезпечення права на оскарження є однією з важливих умов втілення в суспільній практиці третьої з перелічених форм.

г) здійснення права на оскарження може передувати зверненню особи за захистом своїх прав до міжнародних органів і установ, юрисдикція яких визнана Україною (наприклад, судове оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, якщо воно не призвело до задоволення порушених прав, є необхідною передумовою для звернення до Європейського суду з прав людини);

д) це право є способом зворотного зв'язку між громадянами і державою. Процедури оскарження забезпечують суспільний контроль за державним апаратом, а також дозволяють останньому оперативно корегувати власну діяльність відповідно до соціальних запитів і потреб.

І нарешті, адміністративно-правове оскарження можна розуміти як адміністративний процес. Як відомо, адміністративний процес являє собою систему проваджень, що співвідносяться з ним, як категорії загального і конкретного. Адміністративно-правове оскарження з огляду на його цілі і функції належить до правоохоронних проваджень¹ і становить адміністративно-юрисдикційну діяльність органів державної влади та їх посадових осіб щодо розгляду індивідуально-правових справ.

Адміністративно-правове оскарження як процес спирається на низку принципів. Серед них можна виділити як принципи, властиві усьому адміністративному процесу, так і спеціальні принципи провадження із розгляду скарг. До першої групи належать принципи верховенства права, справедливості, законності, об'єктивності, правової рівності, охорони інтересів особи і держави, гласності, диспозитивності, економічності та ін. Другу групу утворюють принципи необмежуваності права на оскарження, визначеності права на оскарження, переваги інтересів скаржника, недопустимості зловживання правом на оскарження, обов'язковості встановлення механізмів позасудового оскарження, поєднання письмового й усного розгляду скарг та ін.

За специфікою засобів оскарження, суб'єктів останнього, підстав та порядку розгляду скарг провадження з розгляду скарг можна поділити на дві великі групи: судове і позасудове оскарження. У правовій державі судове оскарження має пріоритетне значення і не може бути обмежене жодними досудовими процедурами. Однак, як уже зазначалося, важливим є розвиток і позасудових процедур, без яких повно-

¹ Адміністративне право України / за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. – Х. : Право, 2010. – С. 211.

цінна реалізація права особи на оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень є неможливою.

Викладене вище дозволяє дійти таких висновків.

1. Категорія адміністративно-правового оскарження не може бути осмислена лише через одне з розумінь даного явища. Саме цим пояснюються наявні в літературі розбіжності у підходах до визначення поняття оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень.

2. Адміністративно-правове оскарження як правове явище слід розглядати як правові відносини, інститут права, суб'єктивне право та адміністративний процес. Дослідження зазначених аспектів дозволяє охопити як нормативний (суб'єктивне й об'єктивне право), так і динамічний (правові відносини і правозастосування) боки оскарження.

Необхідно також зазначити, що накреслені розуміння адміністративно-правового оскарження можуть бути використані як методологічна основа для його подальшого вивчення. Запропоновані підходи дозволяють не лише опрацювати окремі моменти правового регулювання інституту оскарження чи оцінити правозастосовну практику в даній сфері, а й створити цілісне бачення цього явища, що, на нашу думку, є нагальним завданням вітчизняної науки адміністративного права.

Лученко Д. О правовой природе обжалования решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий

В статье предлагается авторское видение категории обжалования решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий. Акцентируется внимание на невозможности редуцирования этого явления к одному из его аспектов. Излагаются аспекты понимания административно-правового обжалования, через исследование которых последнее может быть познано.

Ключевые слова: обжалование, субъект властных полномочий, правовые отношения, субъективное право, административный процесс.

Luchenko D. About law nature of appeal of decisions, actions and inaction of the authoritative powers subjects

In the article the author vision of category of the appeal of decisions, action or inaction of the authoritative powers subjects has been proposed. The special attention has been given to the impossibility of this phenomenon reducing to one of its aspect. The aspects of the administrative-legal appeal interpretation have been given, with the help of their research the latter can be got to know.

Keywords: appeal, authoritative powers subjects, legal relations, equitable right, administrative procedure.

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

УДК 347.973:340.133(477)

В. Городовенко, кандидат юридичних наук, голова Апеляційного суду Запорізької області

Принцип державної мови судочинства і діловодства в судах України: проблеми правозастосування

Принцип мови судочинства традиційно досліджується в галузевих процесуальних науках¹, хоча він прямо передбачений законодавством про судоустрій. Це, а також регламентація відносин, пов'язаних із визначенням і реалізацією мовної політики держави на конституційному рівні, свідчить про міжгалузевий характер принципу мови судочинства. Нове законодавство про судоустрій, прийняте у липні 2010 р., встановило якісно нові підходи до визначення мовної політики в судах². Указані чинники, а також традиційний для українського суспільства високий рівень політизації мовних відносин визначають актуальність проблем, пов'язаних із дослідженням змісту та правової регламентації визначеного принципу. Отже, метою цієї роботи є вивчення практичних проблем застосування законодавства, яке регламентує принцип державної мови судочинства.

Відповідно до ст. 10 Конституції України державною мовою в Україні є українська мова. Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України. В Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України. Пунктом 4 ч. 1 ст. 92 Конституції України передбачено, що порядок застосування мов визначається виключно законом³. Цю позицію підтвердив Конституційний Суд України в рішенні у справі про

¹ Див.: Маляренко В. Т. Про державну мову та перекладача у кримінальному процесі України / В. Т. Маляренко // Голос України. – 2006. – № 175. – С. 3.

² Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіц. вісн. України. – 2010.

³ Конституція України // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

застосування української мови від 14.12.1999 р. № 10-рп/99¹. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» судочинство і діловодство в судах України провадяться державною мовою. Суди забезпечують рівність прав громадян у судовому процесі за мовною ознакою. Суди використовують державну мову в процесі судочинства та гарантують право громадян на використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють. У судах, поряд із державною, можуть використовуватися регіональні мови або мови меншин відповідно до Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» в порядку, встановленому процесуальним законом. Використання в судочинстві регіональних мов або мов меншин гарантується державою та забезпечується за рахунок коштів Державного бюджету України².

Численні суперечності законодавства про мову судочинства сприяли появі різноманітних підходів у застосуванні вказаних положень на практиці, а також дискусії в науковій юридичній літературі.

По-перше, спірним було визначення обсягу процесуальних гарантій, якими користуються особи, що не володіють державною мовою судочинства. До зазначених осіб належать: підсудний, потерпілий, їх законні представники, цивільні позивач і відповідач, їх представники у кримінальних справах; у господарських справах — сторони, треті особи, заінтересовані особи та їх представники.

Особам, які не володіють мовою, якою ведеться судочинство, забезпечується: 1) право користуватися рідною мовою — робити заяви, давати пояснення і свідчення, заявляти клопотання; 2) право на ознайомлення з усіма матеріалами справи і участь у судових засіданнях через перекладача; 3) право виступати в суді рідною мовою; 4) слідчі й судові документи вручаються особам, які беруть участь у справі, за їх вимогою, а обвинуваченому — у будь-якому випадку в письмовому перекладі його рідною або іншою мовою, якою він володіє; 5) залучення до участі в судовому процесі перекладача за рахунок держави (за винятком господарського судочинства, де витрати при задоволенні позову покладаються на відповідача, а при відмові в позові — на позивача). Процесуальне законодавство гарантує реалізацію

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі про застосування української мови від 14.12.1999 р. № 10-рп/99 // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 4. – С. 109. – Ст. 125.

² Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіц. вісн. України. – 2010.

права користування рідною мовою як у суді першої інстанції, так і у вищих судах¹.

По-друге, проблемним є саме визначення «особи, яка не володіє державною мовою судочинства». Відповідно до Конституції України володіти державною мовою зобов'язані Президент України (ст. 103), судді Конституційного Суду (ст. 148) та судді судів загальної юрисдикції (ст. 127)². Нікого більше Конституція не зобов'язує володіти державною мовою. Разом з тим сам термін «державна» передбачає, що всі державні органи влади, її службові та посадові особи на офіційному — державному — рівні повинні використовувати державну мову, тобто українську. Це, у свою чергу, вимагає від судді володіння державною мовою.

Значною проблемою є те, що чинне законодавство не встановлює критеріїв визначення «достатнього рівня володіння державною мовою», а також не встановлює, яким чином і хто має визначати цей рівень. У цьому аспекті можна відзначити лише намагання окремих науковців розробити критерії рівня знань української мови³. Очевидно, що в судовому процесі рівень володіння певної особи українською мовою має визначати суддя. Питання про володіння державною мовою громадянина України вирішується просто, адже законодавство ставить до громадян вимогу володіння державною, тобто українською, мовою або розуміння її в обсязі, достатньому для спілкування. У випадку, якщо громадянин мешкає у місцевості, де компактно проживають національні меншини, то питання про володіння державною мовою можна перевірити за допомогою документа про освіту. Так, якщо особа навчалася в Україні, здобула середню, професійно-технічну або вищу освіту в навчальному закладі України після 1991 р. (набуття Україною незалежності), вона мусить володіти державною мовою. Складніше питання вирішується щодо осіб, які державною мовою не володіють. Суд може вирішити питання про надання особі перекладача на підставі документа, який засвідчує особу (паспорт або інший документ громадянина іншої держави, закордонного паспорта), документа про освіту або загальної оцінки

¹ Див.: Господарський процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56; Кодекс адміністративного судочинства України // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – Ст. 446; Кримінальний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15; Цивільний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

² Конституція України // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Див.: Мазурик Д. Державний стандарт з української мови як іноземної (від теорії до практики) / Д. Мазурик // Теорія і практика викладання української мови як іноземної. – 2010. – Вип. 5. – С. 10–14.

рівня володіння державною мовою відповідної особи. Очевидно, що якщо особа не розуміє звернення українською мовою, не може викласти свої думки українською мовою, то питання про надання судом перекладача варто вирішувати позитивно.

По-третє, виникає принципове запитання: якщо держава зобов'язана забезпечити особі, яка не володіє державною мовою, перекладача в судочинстві, то яку модель реалізації цього положення слід обрати?

У першому випадку (який визначався раніше чинним процесуальним законодавством) судочинство провадиться державною мовою, а особі, яка нею не володіє, надається переклад усіх процесуальних дій, що провадяться судом (а також органами досудового слідства у кримінальному процесі). Тут можуть виникнути такі проблеми. По-перше, переклад процесуальних дій може бути письмовим або усним, а також повним (коли перекладаються як процесуальні дії, так і матеріали, наявні у справі) і неповним (коли перекладаються виключно процесуальні дії, в яких бере участь відповідна особа, і кінцеве рішення суду по справі). Труднощі можуть виникнути насамперед із визначенням переліку тих процесуальних дій і документів, які підлягають перекладу. В якому випадку можна вважати, що право особи на перекладача буде повною мірою реалізовано? Очевидно, що це залежить як від процесуального статусу цієї особи по конкретній справі, так і від виду судового провадження. Не викликає сумнівів, приміром, той факт, що для свідка по кримінальній справі може бути достатньо усного перекладу дій суду та інших учасників процесу під час процесуальних дій, що відбуваються за його участю. Такий переклад може бути усним і це не становитиме проблеми. Інша справа, коли йдеться про обвинуваченого (підсудного). Забезпечення у повному обсязі його процесуальних прав вимагає набагато більшого обсягу залучення перекладача. Він має право не лише брати участь у більшості процесуальних дій по справі, а й знайомитися з її матеріалами, обов'язково має ознайомитися із змістом як основних процесуальних рішень по справі, так і остаточного судового вироку. Від цього прямо залежить реалізація інших процесуальних прав обвинуваченого (підсудного), адже недотримання права на переклад є безумовною підставою для скасування судового рішення у вищих судових інстанціях. Стосовно перекладача цілком правомірно ставити питання про письмовий переклад відповідних процесуальних і судових рішень по справі, що і передбачено ст. 19 КПК України¹. Водночас ряд процесу-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

альних дій, приміром допити, хід судового засідання, потребує усного перекладу, оскільки вимагає безпосереднього сприйняття дій, що відбуваються, і надання пояснень, подання клопотань у разі необхідності. На жаль, законодавство не визначає чіткого обсягу і форм відповідного перекладу, тобто — в якому випадку слід забезпечувати усний переклад, а в якому — письмовий. Варто зауважити і на ще одному важливому аспекті. При перекладі будь-яких дій, документів з однієї мови на іншу втрачається безпосередність сприйняття того, що відбувається. Це пояснюється різною термінологією, яка існує в різних мовах, тонкощами перекладу, психологічними особливостями сприйняття іншомовного середовища. Велика відповідальність за правильність і точність перекладу покладається на перекладача, і це підтверджується і в процесуальних нормах щодо його статусу. Усі ці чинники варто враховувати при законодавчому регулюванні принципу національної мови судочинства.

У другому випадку (який передбачений пореформеним законодавством про судоустрій) в разі, якщо особа не володіє мовою, якою ведеться судочинство, за наявності відповідних клопотань процесуальні дії проводяться мовою, якою володіє ця особа. Тут виникає ряд труднощів як організаційного, так і правового характеру. По-перше, як визначити випадки, коли суд може перейти на іншу мову провадження, окрім державної. Відповідно до ст. 10 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у судах, поряд із державною, можуть використовуватися регіональні мови або мови меншин¹ відповідно до Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» в порядку, встановленому процесуальним законом². Хартія передбачає здійснення судами провадження регіональними мовами або мовами національних меншин³. Однак, по-перше, чинне українське законодавство про мови не передбачає поняття «регіональні мови або мови національних меншин», це визначення міститься лише в Хартії. Закон України «Про мови в Українській РСР» від 28.10.1989 р. використовує термін «мови інших національностей». Немає і чітко визначеного механізму визнання певної мови відповідно мовою регіональною або мовою національних меншин. Згідно з ч. 3 ст. 3 Закону Укра-

¹ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіц. вісн. України. – 2010.

² Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин : Закон України від 15.05.2003 р. № 802-IV 162 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 24. – С. 14. – Ст. 1109.

³ Європейська хартія регіональних мов або меншин від 05.11.1992 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 50. – С. 379. – Ст. 3381.

їни «Про мови в Українській РСР» від 28.10.1989 р. у разі, коли громадяни іншої національності, що становлять більшість населення зазначених адміністративно-територіальних одиниць, населених пунктів, не володіють у належному обсязі національною мовою або коли в межах цих адміністративно-територіальних одиниць, населених пунктів компактно проживає кілька національностей, жодна з яких не становить більшості населення даної місцевості, у роботі названих органів і організацій може використовуватись українська мова або мова, прийнята для всього населення¹. У Законі України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» від 27.06.2003 р. вказано, що положення Хартії застосовуються до мов таких національних меншин України: білоруської, болгарської, гагаузької, грецької, єврейської, кримськотатарської, молдавської, німецької, польської, російської, румунської, словацької та угорської². Однак виникає запитання, а чи дійсно це вичерпний перелік мов національних меншин? Чи всі національні меншини, що мешкають на території України, враховано у даному переліку? Чинне законодавство не дає відповіді на важливі запитання, а саме: 1) яку територію слід брати за одиницю обліку при визначенні регіональної мови або мови національної меншини; 2) який відсоток громадян має володіти цією мовою у певній місцевості (адміністративно-територіальній одиниці або їх сукупності), а також бути носіями цієї мови (спілкуватися нею в побуті, використовувати під час громадських заходів тощо), для того щоб були підстави визнати цю мову регіональною або мовою національної меншини; 3) яким має бути механізм виміру поширеності використання певної мови, що не є державною в Україні, для набуття нею статусу регіональної мови або мови національної меншини; 4) який порядок прийняття рішення про визнання певної мови регіональною мовою або мовою національної меншини та який орган державної влади має приймати відповідне рішення. Без вирішення цих питань у законодавстві про мови неможливе застосування положень Європейської хартії регіональних мов або мов меншин у діяльності державних органів і судочинстві.

По-друге, процесуальне законодавство (окрім кримінально-процесуального) передбачає ведення судочинства і складення судових документів виключно державною мовою із наданням відповідного

¹ Про мови в Українській РСР : Закон УРСР від 28.10.1989 р. № 8312-11 // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1989. – № 45. – Ст. 631.

² Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин : Закон України від 15.05.2003 р. № 802-IV 162 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 24. – С. 14. – Ст. 1109.

перекладу особам, що не володіють державною мовою. І по-третє, незрозуміло, як можна вимагати від судді ведення судочинства іншою ніж державна мова? А якщо суддя не володіє цією мовою? Законодавчі вимоги до судді передбачають імперативну вимогу володіння державною, тобто українською мовою. Відповідно суддя може не володіти у повному обсязі мовою національної меншини, яка компактно проживає на певній території. Чи можна вимагати від судді відповідних знань? Чи не є достатнім для особи, яка не володіє державною мовою, забезпечення якісного і повного перекладу відповідних процесуальних і судових дій? І взагалі, наскільки достатніми є на сьогодні фінансові та інші ресурси держави, щоб забезпечити ведення діловодства не однією, а кількома мовами? Очевидно, що нині фінансово-економічний стан держави України цього не дозволяє, адже матеріальне забезпечення судів є вкрай низьким. Окрім того, це питання має багато політичних аспектів, які лежать поза полем правового регулювання.

По-четверте, у судовій практиці досить часто траплялися цікаві прецеденти, пов'язані із забезпеченням державної мови судочинства. Прикладом, 30.07.2010 р. суд міста Миколаєва заборонив миколаївському міському голові Володимирі Чайці виступати будь-якою іншою мовою, крім державної, без перекладу на українську. Про це йдеться у двох постановках Ленінського райсуду Миколаєва, винесених під головуванням судді Румянцевої на підставі звернення пенсіонера Анатолія Ільченка. Зокрема, у них вказано, що Чайка, виступаючи перед городянами у День Перемоги російською мовою, порушив інтереси україномовної частини населення. «Позивач вважає, що у зв'язку з подібними діями він був позбавлений можливості отримувати інформацію українською мовою, у нього погіршується здоров'я, він змушений звертатися до суду, що викликає в нього душевний біль і моральні муки», — говориться у постанові суду. Суд задовольнив позов Ільченка частково. Так, Чайці було заборонено виступати будь-якою іншою мовою, крім української, без перекладу на державну мову, але відмовив пенсіонеру в моральній компенсації. Також відповідно до постанови Ленінського райсуду під головуванням Румянцевої від 27.07.2010 р. дії міського голови, який привітав миколаївців із Новорічними й Різдвяними святами російською мовою, були визнані неправомірними. Більше того, в інтересах пенсіонера з Чайки було стягнуто 100 гривень моральної компенсації, тоді як позивач оцінював свою моральну шкоду в 3000 гривень¹.

¹ Суд заборонив меру Миколаєва виступати російською мовою [Електронний ресурс]: публікація від 16.09.2010. – Режим доступу: human-rights.unian.net. – Заголовок з екрана.

Існують також прецеденти скасування судом рішень органів місцевого самоврядування про визнання російської регіональною мовою. Так, 27.12.2007 р. Ленінський районний суд м. Луганська визнав протиправним рішення Луганської обласної ради від 25.04.2006 р. № 2/13 «Про заходи із забезпечення реалізації положень Указу Президента України від 07.04.06 р. № 295/2006р. щодо російської мови на території Луганської області» в частині визнання російської мови в Луганській області регіональною мовою у визначенні Європейської хартії регіональних мов або мов меншин (справа № 2 „а“-81/07 р). Із посиланням на Конституцію України, правову позицію Конституційного Суду України від 14.12.99 р., Європейську хартію регіональних мов або мов меншин, законодавство про мови і про звернення громадян суд навів такі аргументи на користь свого рішення. По-перше, ст. 43 Закону України «Про органи місцевого самоврядування», визначаючи коло повноважень обласних рад, не передбачає можливість вирішення відповідно до закону питання про мову (мови), якою користується у своїй роботі рада, виконавчий орган та яка використовується в офіційних оголошеннях¹. Водночас п. 4 ч. 1 ст. 92 Конституції України передбачає, що порядок застосування мов визначається виключно законом. Таким чином, при прийнятті рішення про надання російській мові статусу регіональної Луганська обласна рада вийшла за межі своїх повноважень. По-друге, діючим законодавством України не передбачено механізм порядку запровадження заходів, визначених Європейською хартією регіональних мов або мов меншин, та межі їх застосування. При цьому цікавим є те, що суд у мотивувальній частині наводить дані, що свідчать про домінування російської мови на території Луганської області. «Як вбачається з матеріалів справи, за даними Всеукраїнського перепису населення Луганської області у 2001 р., 91 % жителів Луганської області вважають рідною російську мову і вільно нею володіють, з них 38 % — росіяни за національністю, 31 % — представники інших національностей, але вказали у якості рідної мови російську»².

Схожа ситуація мала місце і в Запоріжжі. Так, рішенням від 08.10.2010 р. Запорізька обласна рада прийняла рішення про присвоєння російській мові статусу регіональної. Це рішення було опротестовано прокуратурою області, але обласна рада цей протест відхилила. Лише 24.02.2011 р.

¹ Про органи місцевого самоврядування : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

² Рішення Луганського суду стосовно надання російській мові статусу регіональної [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://khp.org.index.php?id=1200667158>. – Заголовок з екрана.

Запорізька обласна рада внесла зміни до свого рішення від 08.10.2010 р. шляхом коригування його назви і викладення в новій редакції. Таким чином, обласна рада скасувала присвоєння російській мові статусу регіональної¹. Зокрема, у новій редакції рішення йдеться про те, що обласна рада буде інформувати громадськість і ради на території Запорізької області про те, що відповідно до рішення Конституційного Суду України від 14.12.1999 р., поряд із українською державною мовою, при здійсненні повноважень місцевими органами виконавчої влади, органами АРК і органами місцевого самоврядування можуть використовуватися російська мова та інші мови національних меншин.

Підсумовуючи викладене, зазначимо таке. З метою вдосконалення регулювання принципу національної мови судочинства у процесуальному законодавстві пропонуємо вирішити такі проблеми: а) визначити критерії визначення рівня володіння державною мовою шляхом прийняття відповідних державних стандартів; б) уніфікувати підходи до мовного режиму в усіх видах судочинства, встановивши пріоритет державної мови у веденні судового діловодства із забезпеченням особам, які нею не володіють, доступу до якісного і всебічного перекладу судового провадження і судового рішення; в) визначити обсяг надання перекладу особам, які не володіють державною мовою, шляхом закріплення переліку процесуальних дій і документів, які мають бути перекладені в обов'язковому порядку; г) визначити механізм використання мов національних меншин.

Городовенко В. Принцип государственного языка судопроизводства и делопроизводства в судах Украины: проблемы правоприменения

В статье анализируются проблемы применения законодательства, которое регламентирует принцип государственного языка судопроизводства и делопроизводства в судах Украины.

Ключевые слова: государственный язык, язык судопроизводства и делопроизводства, владение государственным языком.

Gorodovenko V. Principle of Official Language of Trial and Office Work in the Courts of Ukraine: practical issues

The author analyses practical problems of application of legislation, which regulates principle of official language of trial and office work in the courts of Ukraine.

Keywords: official language, language of trial and office work, speaking on official language.

¹ Запорожский облсовет укоротил русский язык [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://news.mail.ru/inworld/ukraine/politics/5398969/>. – Заголовок з екрана.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 343.1:340.132

О. Капліна, доктор юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри криміналь-
ного процесу Національного універси-
тету «Юридична академія України імені
Ярослава Мудрого»

Телеологічне (цільове) тлумачення норм кримінально-процесуального права

Законно й обґрунтовано застосувати норму кримінально-процесуального права відповідно до її дійсного смислу, який вклав у неї законодавець, а також згідно із сучасними праворозуміннями, з урахуванням міжнародно-правових стандартів захисту прав та свобод осіб у кримінальному судочинстві неможливо без її тлумачення. У свою чергу, діяльність із тлумачення норми права, що підлягає застосуванню, не можна уявити без належним чином розробленого теоретичного підґрунтя. Саме тому тлумачення здавна привертає до себе увагу дослідників і знаходить своє певне теоретичне висвітлення в юридичній літературі.

Здійснюючи тлумачення норм кримінально-процесуального права, правозастосовник має у своєму арсеналі вироблені юридичною наукою і практикою спеціальні способи. У юридичній літературі виділяється цілий ряд способів тлумачення норм права. Причому загально визнаним і незаперечним є лише один — граматичний (філологічний, лексико-граматичний). Інші способи визнаються не всіма науковцями. Серед цих способів еволютивний, логічний, етичний, політичний (історико-політичний), семантичний, синтетичний, систематичний, соціологічний, спеціально-юридичний, телеологічний, термінологічний, функціональний, юридико-джерелознавчий, спосіб тлумачення за аналогією та ін.

У рамках цієї статті хотілося би зосередитися на розгляді такого способу тлумачення, як телеологічний, або цільовий.

Існування цільового способу тлумачення норм права визнавалося вченими не завжди. Так, зокрема, А. С. Піголкін висловлював точку зору, згідно з якою мету закону інтерпретатор у будь-якому разі може

тлумачити так, як це вигідно панівному класу на конкретному етапі історичного розвитку. Доцільніше говорити лише про телеологічний елемент тлумачення, властивий будь-якому прийому, оскільки застосування будь-якого прийому сприяє виявленню цілей правової норми як частини виявлення її смислу¹. Підтримуючи позицію вченого, П. С. Елькінд наводить додаткову аргументацію недоцільності виділення цього способу тлумачення, вважаючи, що навіть його найменування не можна визнати виправданим. На її думку, телеологія — релігійне ідеалістичне вчення, що пояснює доцільність життєвих явищ заздалегідь зумовленою метою, надприродними божественними силами і тим самим відкидає наукове пізнання причин, що викликають такі явища в житті².

Аналіз наведених точок зору дозволяє зробити висновок про їх очевидний ідеологічний контекст, породжений політичними умовами, в яких вони формувалися і були висловлені. Подібний підхід науковців зумовлений панівною ідеологією середини минулого сторіччя. Тому неприйнятність виділення цього способу тлумачення й аргументується свавіллям «буржуазного апарату», «вигодою панівного класу», релігійно-ідеалістичною спрямованістю телеологічного вчення.

За останні десятиліття багато що змінилося. Практично всі автори, що вивчають тлумачення норм права, визнають важливість встановлення мети видання норми права для з'ясування її справжнього смислу. Проте слід зазначити, що стрижньові питання цільового тлумачення норм права в той же час належать до найменш розроблених проблем юридичної науки. Метою статті і є розгляд сутності цільового способу тлумачення норм кримінально-процесуального права, розробка його поняття, визначення співвідношення з іншими способами та ролі у зміцненні законності.

Дослідження телеологічного способу тлумачення норм права взагалі і кримінально-процесуального права зокрема необхідно, на наш погляд, почати з його найменування. Телеологія (від грец. телос — завершення, мета, той, що досяг цілі, і логос — учення) — філософське вчення про пояснення розвитку у світі за допомогою кінцевих, цільових причин. Зародившись як ідеалістичне вчення про мету й доцільність, у сучасній методології розглядається як принцип пояснення, який до-

¹ Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. – М. : Юрид. лит., 1962. – С. 94–95.

² Элькин П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права / П. С. Элькин. – М. : Юрид. лит., 1967. – С. 103.

повнює традиційну причинність причинами-цілями¹, як учення про мету й доцільність². Таким чином, керуючись досягненнями сучасної науки, можна зробити висновок, що у філософії розрізняються ідеалістичний (релігійний і світський) і матеріалістичний підходи до цього вчення.

Звернути увагу необхідно також на відмінності в номінації цього способу тлумачення, що існують в юридичній літературі. Зокрема, відомий французький учений Ж.-Л. Бержель іменує цей спосіб «теологічним»³. Відмінність у значенні двох термінів очевидна, оскільки теологія, на відміну від телеології, — є богослов'я, сукупність релігійних доктрин про сутність і дію бога, систематизований виклад віровчення⁴. Мабуть, французький учений бере за основу дещо застарілі погляди на ці два вчення, які на початку минулого сторіччя практично не розрізнялися і не мислилися інакше як у зв'язку з ідеалістичними уявленнями.

Проводячи розмежування між двома ученнями, використовуючи новітні досягнення сучасної філософської науки, розуміння телеології як учення про мету й доцільність, можна зробити два висновки. По-перше, про можливість оперування таким терміном, як «телеологічне тлумачення норм права», і, по-друге, про можливість його використання як синоніма до терміна «цільове тлумачення».

Незважаючи на те, що багатьма авторами визнається важливість мети видання норми права для з'ясування її справжнього смислу, досить суперечливими до цього часу є думки про можливість виокремлення цільового тлумачення як самостійного способу. Можна вказати на декілька груп учених, що відстоюють свою точку зору з цього приводу. Зокрема, перша група авторів вважає встановлення мети видання

¹ Новейший философский словарь. – 3-е изд., испр. – Минск : Кн. дом, 2003. – С. 1025–1026; Новый энциклопедический словарь. – М. : Больш. рос. энцикл. : РИПОЛ КЛАССИК, 2004. – С. 1197–1198; Философия : энцикл. слов. / под ред. А. А. Ивина. – М. : Гардарики, 2004. – С. 849, 691; Философский энциклопедический словарь / редкол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичев [и др.]. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 645–646.

² Большой иллюстрированный словарь иностранных слов : 17000 слов. – М. : Рус. словари : Астрель : АСТ, 2003. – С. 773; Комлев Н. Г. Словарь иностранных слов / Н. Г. Комлев. – М. : ЭКСМО-Пресс, 2001. – С. 351; Фролов И. Т. Органический детерминизм, телеология и целевой подход в исследовании / И. Т. Фролов // Вопр. философии. – 1970. – № 10. – С. 47–48.

³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко. – М. : NOTA BENE, 2000. – С. 432.

⁴ Философский энциклопедический словарь / редкол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичев [и др.]. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 647–648.

норми права прийомом одного із способів тлумачення: історичного¹, логічного² або соціологічного³. Друга — дотримується погляду, згідно з яким установа мети видання норми права є результатом застосування всіх відомих способів тлумачення⁴. І нарешті, третя група вчених висловлюється за необхідність виділення цільового тлумачення як самостійного способу. Причому слід указати на загальну сучасну тенденцію, пов'язану із збільшенням числа прихильників саме останньої точки зору⁵.

За основу власної позиції з цього питання автор статті бере аксіому, що немає і не може бути правових приписів, які не мають своєї мети. Як праву в цілому, так і його окремим елементам властиве певне цілеспрямовання. Для характеристики будь-якої галузі права разом з предметом і методом правового регулювання виділяють її цілеспрямовання. Кожен юридичний акт має свою мету незалежно від того, виражена вона в ньому прямо, виразно чи ні. У свою чергу, цільова спрямованість властива нормам права як первинному еле-

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2 т. / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973. – Т. 2 : Нормативные юридические акты, применение права, юридическая наука (правоведение). – С. 176; Головистикова А. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриев. – М. : ЭКСМО, 2005. – С. 572; Петрушев В. А. Проблемы толкования права в Российской Федерации / В. А. Петрушев. – М. : РПА МЮ РФ, 2003. – С. 214–215.

² Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 66–67; Шаргородский М. Д. Уголовный закон / М. Д. Шаргородский. – М. : МЮ СССР, 1948. – С. 163.

³ Манукян А. Г. Толкование норм права: виды, система, пределы действия : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Артем Генрихович Манукян. – СПб., 2006. – С. 101.

⁴ Соцуро Л. В. Толкование договора судом / Л. В. Соцуро. – М. : ТК Велби : Проспект, 2008. – С. 23; Черданцев А. Ф. Теория государства и права : учебник / А. Ф. Черданцев. – М. : Юристъ, 2003. – С. 248.

⁵ Загальна теорія держави і права : [підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко [та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 429-430; Лукашук И. И. Толкование норм международного права / И. И. Лукашук, О. И. Лукашук. – М. : NOTA VENE, 2002. – С. 77; Насырова Т. Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Теория и практика / Т. Я. Насырова. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1988. – С. 4; Рабінович П. М. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) / П. М. Рабінович, С. Є. Федик. – Л. : Астрон, 2004. – С. 79; Садыкова Э. Л. Проблема целевого толкования международных договоров : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Эльмира Ленаровна Садыкова. – Казань, 1994; Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика : монография / Ю. Н. Тодыка. – Х. : Факт, 2001. – С. 161; Шундииков К. В. Цели и средства в праве (общетеоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Константин Валентинович Шундииков. – Саратов, 1999. – С. 157–158.

менту системи права. Мета норми права — це бажаний результат, для досягнення якого вона прийнята.

Ототожнення логічного способу з цільовим, на наш погляд, відбувається тому, що досить поширеною в літературі є точка зору про логічність будь-якого правильного мислення. Проте використовувані при телеологічному тлумаченні логічні прийоми набувають специфічного характеру, вони застосовуються не як самостійні, а паралельно з правилами телеологічного способу тлумачення. Крім того, логічність лексико-граматичного й системного тлумачення не приводить дослідників до думки про несамотійність останніх двох способів та існування їх виключно як прийомів способу логічного.

Розмежування цільового способу тлумачення та історичного має особливо важливе значення, оскільки, як уважають окремі автори, у межах застосування саме цього способу тлумачення відбувається встановлення мети видання нормативно-правового акта, у зв'язку з чим пропонується йменувати його як історико-цільовий¹.

Із цього приводу можна висловити певні зауваження. По-перше, історичне тлумачення покликане встановити, що було до видання закону, а цільове тлумачення має на меті виявити, що буде (має бути) після втілення закону в життя, відмінність у безпосередньому предметі того пізнання, яке здійснюється в процесі тлумачення права, і вимагає відповідно різних засобів, прийомів пізнання. Крім того, мета норми права може бути безпосередньо окреслена в самій нормі, що виключає звернення до історії її ухвалення, а отже, і до правил історичного способу тлумачення. І навпаки, з'ясування мети норми права в процесі її тлумачення може бути настільки складним завданням, що без залучення всього правотлумачного інструментарію в сукупності встановити її буде неможливо. Сказане ще раз підкреслює, що способи тлумачення норм права взаємно проникають один в одного за змістом, мають системний характер, здатність функціонувати в єдності і досягати мети тлумачення на основі їх умілого комбінування.

Можна виділити цілий комплекс аргументів на підтримку необхідності виділення телеологічного способу тлумачення. Т. Я. Насирова пропонує до їх числа віднести такі положення: а) право є цілеспрямованою системою; б) єдність системи права забезпечується також урахуванням цілей чинних нормативних актів у всій правотворчій діяльності; в) мета має важливе значення для забезпечення стабільності

¹ Ткаченко Ю. Г. Нормы советского социалистического права и их применение / Ю. Г. Ткаченко. – М. : Госюриздат, 1955. – С. 40–42.

й функціонування правової системи, що означає можливість проникнення в зміст права через визначення цілей правових норм; г) цілі є ієрархічною цілісною системою, якій властива певна стабільність, що дозволяє, знаючи про зв'язки, що існують у цій системі (горизонтальні, вертикальні, непрямі), досить точно встановити мету аналізованої норми; д) з'ясування цілей закону охоплюється призначенням процесу тлумачення права і входить до його основних функцій; е) мета є одним із найважливіших критеріїв тлумачення смислу правових норм; ж) без пізнання цілей закону не може бути плідної практичної діяльності з його реалізації¹. Крім того, на наш погляд, слід також додати, що виділення телеологічного тлумачення в самостійний спосіб зумовлене наявністю власного інструментарію — специфічних правил, які допомагають суб'єктові правотлумачення з'ясувати дійсний смисл норми права. Ціннісне значення такого підходу полягає в тому, що телеологічне тлумачення сприятиме не лише адекватному з'ясуванню смислу тлумаченої норми права, а й правильному визначенню засобів досягнення мети, які перебувають у взаємозв'язку і взаємопроникненні. Саме цей аспект проблеми має суттєве значення для кримінального судочинства у зв'язку з детальною правовою регламентацією як порядку, так і засобів досягнення певної мети.

Вагомим складником у нашій аргументації необхідності виділення цільового тлумачення норм права стане також указівка на те, що в Указі Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» підкреслюється необхідність юридичної визначеності, однаковості судової практики і відкритості судових рішень. «Суд, — указується в Концепції, — застосовуючи положення закону, повинен урахувати цілі та намір законодавця»².

Проблема цілей кримінально-процесуального права має самостійне значення й плідно розроблялася вченими. У межах статті не ставиться завдання детального аналізу точок зору вчених. Вплив мети норми права на правотлумачення осмислюється крізь призму відповідного способу тлумачення норм права.

Оскільки кримінально-процесуальне право є галуззю вітчизняного права, має зі всіма іншими галузями права загальні соціально-економічні й конституційні основи, спрямованість, забезпеченість і покли-

¹ Насырова Т. Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Теория и практика / Т. Я. Насырова. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1988. – С. 33.

² Офіц. вісн. України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

кане регулювати особливим методом правового регулювання суспільні відносини, що складаються у сфері боротьби зі злочинністю, то кримінально-процесуальним регулюванням є цілеспрямований правовий вплив держави на суб'єктів, між якими виникають кримінально-процесуальні відносини.

Тією мірою, якою єдність цілей кримінально-процесуального права забезпечує системність його норм, реалізація конкретних цілей, що містяться в нормах права, забезпечує втілення в життя єдності цілей кримінально-процесуального регулювання¹.

Актуальним для суб'єкта, що тлумачить норми права, може стати питання, чи завжди необхідно за допомогою телеологічного тлумачення встановлювати мету норми кримінально-процесуального права або тільки в тому випадку, якщо це на його переконання необхідно або прямо вказано в нормі права як умова її застосування. Відповідь на це питання залежить від форми викладу норми права і цілей норми в статті кримінально-процесуального закону. Від цього ж чинника залежить і роль цього способу тлумачення.

Не кожна норма вимагає її телеологічного тлумачення. У разі прямої вказівки мети в нормі права для з'ясування і правильного тлумачення норми достатньо буде лексико-граматичного або логічного тлумачення. Так, зокрема, у ч. 2 ст. 20, ч. 1 ст. 38, ч. 1 ст. 103, ч. 1 ст. 116, ст. 148, ч. 1 ст. 186, статтях 190, 194, 201, п. 9 ч. 1 ст. 227, статтях 254, 315¹, ч. 4 ст. 358, ст. 404, ч. 4 ст. 447 КПК їх мета безпосередньо виділена в тексті. Наприклад, відповідно до правил територіальної підсудності кримінальна справа має бути розглянута в тому суді, у районі діяльності якого вчинено злочин (ст. 37 КПК). Проте як виняток із загального правила кримінальна справа може бути передана на розгляд суду за місцем мешкання або роботи обвинуваченого чи за місцем знаходження більшості свідків. Передача справи з одного суду до іншого можлива тільки з метою забезпечення найбільш об'єктивного й повного розгляду справи, а також найкращого забезпечення виховної ролі суду (ст. 38 КПК). Якщо переслідується інша мета, не окреслена законом (наприклад, прискорити розгляд справи), посилення для обґрунтування свого рішення на ст. 37 КПК буде незаконним й необґрунтованим.

Цілі норми права можуть бути викладені в законі найзагальнішим чином або неповно. У таких випадках необхідно звернутися до логічного тлумачення норми права, оскільки цілеспрямування може виходити

¹ Элькин П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве / П. С. Элькин. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1976. – 143 с.

з контексту нормативного припису, цілей відповідних інститутів галузі права. Таким чином сформульована ст. 22 КПК. Телеологічне тлумачення дозволяє зробити висновок, що обов'язок, який покладається на прокурора, слідчого та особу, що проводить дізнання, з ужиття всіх передбачених законом заходів, виявлення як тих обставин, що викривають, так і тих, що виправдовують обвинуваченого, а також обставин, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність, установлений з метою всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи.

У більшості випадків у нормі права вказівка на її мету взагалі відсутня. Але це не дає підстав говорити про «безцільність» норми. Коли мета текстуально не виражена в нормі права, з точністю не конкретизована, часом усе ж таки вона пронизує всю норму, неминуче впливає із смислу нормативного розпорядження, що стає очевидним для правозастосувача. У протилежному разі за умов відсутності необхідного законодавчого формулювання з'ясування мети неминуче вимагає залучення не лише правил цільового тлумачення, а й інших способів — логічного, системного або історичного. Тільки їх сукупність дасть можливість установити справжній смисл норми права й винести законне й обґрунтоване рішення. Таким чином, мета норми може бути розкрита за допомогою вивчення системного зв'язку з іншими нормами, на основі визначення місця норми права в законодавчому акті, у розділі, главі, за допомогою з'ясування цілей правового інституту, при зіставленні із завданнями галузі права в цілому та принципами права.

У зв'язку з цим можна навести приклад. Відповідно до ст. 1 Закону України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду»¹ особам відшкодовується шкода, завдана внаслідок незаконного засудження, незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян.

При тлумаченні цієї статті закону в правозастосовника можуть виникнути труднощі в з'ясуванні підстав відшкодування шкоди, оскільки при констатації таких підстав уживається термін «незаконні дії» — незаконне засудження, незаконне притягнення як обвинуваченого тощо. Правозастосовник опиняється перед дилемою: чи слід

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 1.

буквально тлумачити вказаний перелік, чи можливе його поширювальне тлумачення?

При буквальному лексико-граматичному тлумаченні статті логічно припустити, що право на відшкодування шкоди при реабілітації виникає в тих випадках, коли дії посадових осіб органів дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду були незаконними. Доречно зауважити, що нерідко можна зустріти саме такий підхід до тлумачення загальних підстав відшкодування шкоди в разі реабілітації¹. Проте це правотлумачна помилка.

Дійсно, формулювання «незаконний» не зовсім відповідає тому правовому смислу, який вкладається в це поняття законодавцем. Безумовно, у деяких випадках саме ця ознака — «незаконність дій» — стосовно невинного і є умовою виникнення реабілітаційного відношення. Але цим далеко не вичерпується можливість отримання від держави компенсації за завдану матеріальну й моральну шкоду.

Системне й телеологічне тлумачення дозволить правильно з'ясувати смисл цієї статті закону й правильно її застосувати. Конституція України (статті 56, 63) передбачає право кожного на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень, а також у разі безпідставного засудження. Крім того, ч. 2 ст. 1 вищевказаного Закону України від 1 грудня 1994 р. закріплює, що завдана шкода відшкодовується у повному обсязі незалежно від вини посадових осіб органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Таким чином, законодавець, закріплюючи інститут реабілітації в кримінальному процесі, ставить за мету відшкодувати заподіяну шкоду у повному обсязі незалежно від вини посадових осіб. Ураховуючи цю мету інституту реабілітації, відновлення невинного в колишніх правах, можливість відшкодування йому заподіяної шкоди не повинні залежати від того, якими діями — законними чи незаконними, винними особами чи невинуватими ця шкода спричинена.

¹ Боброва Д. В. Ответственность за вред, причиненный гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда / Д. В. Боброва // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развитого социализма. – Харьков, 1985. – С. 34; Козлов Ю. Ответственность за вред, причиненный незаконными действиями должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей / Ю. Козлов, С. Донцов // Сов. юстиция. – 1982. – № 16. – С. 14; Уголовный процесс : учеб. для юрид. вузов и фак. – М. : Зерцало, 1997. – С. 470.

Установивши мету норми права, правозастосовник повинен зіставити з нею правовий припис і зробити висновок про результат тлумачення — як слід розуміти норму — буквально, поширювально чи обмежувально.

Правильне визначення мети дозволяє правозастосовнику не лише з'ясувати зміст норми права в цілому, а й визначити процесуальні засоби досягнення мети, винести законне й обґрунтоване рішення, ефективно застосувати норму права.

Наведемо ще один приклад, коли саме цільове тлумачення допомагає правильно з'ясувати смисл норми права. Важливим в аспекті вчасного забезпечення прав та законних інтересів постраждалого від злочину є питання щодо моменту визнання особи потерпілим. Ні лексико-граматичне, ні системне, ні логічне тлумачення ст. 49 КПК не дає слідчому (особі, яка провадить дізнання) змоги зробити висновок про цей момент. У зв'язку з цим можна говорити про прогалину правового регулювання, кваліфіковане умовчання законодавця або про те, що слідчий має право виносити постанову про визнання особи потерпілим у будь-який момент досудового розслідування, у тому числі й незадовго до його закінчення, безпосередньо перед ознайомленням із матеріалами кримінальної справи. Але це не узгоджується з цілями кримінального процесу.

Тому на допомогу правозастосовнику в цьому разі має прийти телеологічне тлумачення. Метою визнання особи потерпілим є, по-перше, необхідність усебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи, оскільки дані, які повідомляє потерпілий, можуть бути важливими, а інколи вирішальними та єдиними доказами у справі; по-друге, можливість забезпечення своєчасного використання прав, які становлять процесуальний статус потерпілого.

Викладене дає змогу зробити висновок, що визнати особу потерпілим необхідно відразу ж після отримання фактичних даних про заподіяння їй майнової, фізичної або моральної шкоди. Якщо такі дані є на момент порушення кримінальної справи, одночасно слід виносити дві постанови — про порушення кримінальної справи та про визнання особи потерпілим.

Таким чином, держава виконуватиме не лише обов'язок щодо кримінального переслідування та притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, а й щодо захисту права потерпілого як учасника кримінального процесу.

У правовій доктрині країн англо-саксонської системи права телеологічний спосіб тлумачення як такий не виділяється, проте застосовується такий канон тлумачення, як «правило суспільного призначення» (the social purpose), відповідно до якого тлумачення статуту покликане виконати те суспільне призначення, задля якого він приймався. Причому сформульовано його було ще в 1584 р. англійським судом і з тих пір узятю на озброєння судовою практикою¹.

Можна навести наочний приклад із практики Верховного Суду США, який ілюструє, по-перше, необхідність визнання цільового тлумачення як самостійного способу і, по-друге, його ціннісне значення, роль у правозастосовній практиці.

Для розкриття діяльності злочинної групи поліція використовувала підслуховувальні пристрої. Без порушення права приватної власності й вторгнення до житла до телефонного кабелю були підключені спеціальні прилади, що дозволяли агентам поліції прослуховувати на телефонній станції переговори керівників злочинного угруповання. Адвокати обвинувачених заявили про неможливість використання стенограм телефонних розмов (їх було 775 сторінок) як доказів, оскільки була порушена Конституція США: поліція прослуховувала телефонні переговори без дозволу судової влади (тобто мали місце «необґрунтовані обшуки й арешти, вторгнення в папери, майно обвинувачених»), окрім того, обвинувачені по суті «свідчили проти самих себе».

Думки суддів із цього питання розділилися. Так, суддя Тафт, проаналізувавши подібні раніше розглянуті справи, констатував, що як такого фізичного вторгнення або проникнення до житла при прослуховуванні не було. Особа, що встановлює телефон у своєму будинку, має намір передавати повідомлення за його межі. Оскільки телефонний кабель знаходиться поза будинком, то телефонні послання не захищені Конституцією, а звідси і докази були отримані відповідно до закону. Як видно, суддя Тафт застосував пряме (буквальне) тлумачення Конституції.

Принципово інший спосіб тлумачення — цільовий привів іншого суддю — Л. Брендіса до протилежного висновку. Прогрес науки, на його думку, дасть можливість використовувати засоби шпигунства досконаліші, ніж підслуховування. Успіхи у фундаментальних і приклад-

¹ Бернам У. Правовая система США / Уильям Бернам. – 3-е изд. – М. : Нов. юстиция, 2006. – С. 132.

них науках зможуть зробити явними навіть невисловлені думки, відчуття і переконання. Проте мета Конституції — захистити приватне життя від будь-яких подібних вторгнень. Батьки-засновники прагнули захистити американців в їх переконаннях, думках, емоціях і найінтимніших відчуттях. Вони вважали, що право людини бути одному — найбільш усебічне з прав і найбільш цінване будь-якою цивілізованою людиною. Тому подібний факт прослуховування телефонних переговорів без санкції судової влади є незаконним.

Таким чином, саме телеологічне тлумачення Конституції США, застосоване суддею Л. Брендісом, визнано найбільш правильним, а сам його автор із тих пір вважається одним із засновників доктрини недоторканності приватного життя в США¹.

Нині телеологічне тлумачення особливо широко розуміється й використовується в практиці Європейського суду². Це зумовлюється загальними положеннями, закріпленими у Віденській конвенції «Про право міжнародних договорів», де в ст. 31 передбачається, що «Договір повинен тлумачитися сумлінно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їх контексті, а також у світлі об'єкта й цілей договору»³. На основі цих положень Європейський суд неодноразово демонстрував свою прихильність принципу «предмета і мети» в тлумаченні Конвенції⁴.

Отже, проведені дослідження дозволяють зробити висновок, що телеологічне тлумачення норм кримінально-процесуального права — це інтелектуально-вольова діяльність суб'єктів тлумачення, спрямована на з'ясування смислу норми кримінально-процесуального права крізь призму тих цілей та завдань, які ставляться перед кримінальним процесом у цілому, окремими його інститутами й нормами, а також впливають із системності права.

Телеологічне тлумачення доцільно розглядати як самостійний спосіб тлумачення норм кримінально-процесуального права. Застосуван-

¹ Лузин В. В. Методы толкования Конституции в деятельности Верховного Суда США / В. В. Лузин // Государство и право. – 1997. – № 10. – С. 90–93.

² Лукашук И. И. Толкование норм международного права / И. И. Лукашук, О. И. Лукашук. – М. : NOTA BENE, 2002. – С. 32; Рабінович П. М. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) / П. М. Рабінович, С. Є. Федик. – Л. : Астрон, 2004. – С. 80.

³ Венская Конвенция о праве международных договоров : комментарий. – М. : Юрид. лит., 1997. – С. 79.

⁴ Манукян В. И. Европейский суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии : науч.-практ. пособие / В. И. Манукян. – Киев : Истина, 2006. – С. 22.

ня цільового тлумачення сприяє глибшому з'ясуванню волі законодавця, є гарантією від суб'єктивізму, свавілля і зловживання правами тих суб'єктів, які тлумачать і застосовують право. Це тлумачення сприяє знаходженню шляху до встановлення розумного балансу в пізнанні єдності змісту й форми кримінально-процесуального закону.

Каплина О. Телеологическое (целевое) толкование норм уголовно-процессуального права

В статье поднимаются проблемы выделения в качестве самостоятельного способа телеологического (целевого) толкования норм уголовно-процессуального права; рассматривается его сущность, дается понятие, раскрывается соотношение с другими способами толкования; иллюстрируется его значение для правильного понимания смысла нормы уголовно-процессуального права и законности ее применения.

Ключевые слова: правоприменительное толкование, правотолковательная деятельность, телеологическое (целевое) толкование, способы толкования, цель нормы права.

Kaplina O. Theleological interpretation of norms of criminal procedure

The thesis is devoted to the research of the problems of realization of the law applicable theleological interpretation of the norms of criminal-procedural law; his essence is examined a concept is given; correlation opens up with another ways of interpretation.

Keywords: law applicable interpretation, norm of criminal-procedural law, law interpreting activity, law interpreting practice, ways of interpretation.

УДК 343.135 (477)

В. Маринів, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Перегляд судових рішень у кримінальному процесі України: окремі питання

Формою реалізації судової влади є правосуддя, яке, на наш погляд, було б помилково обмежувати лише діяльністю судів першої інстанції, оскільки важливе значення для забезпечення прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства, прийняття законного, обґрунтованого і справедливого рішення у справі має діяльність вищестоящих судів з перегляду судових рішень. Хоча слід зауважити, що подібний підхід не є беззаперечним. У процесуальній науці була висловлена й інша позиція, згідно з якою діяльність вищестоящих судів являє собою судовий контроль¹. Ми ж виходимо з того, що за своїми сутнісними критеріями ця діяльність цілком відповідає ознакам правосуддя (здійснюється лише спеціально створеним органом — судом; тільки шляхом розгляду і вирішення кримінальної справи у судовому засіданні; виключно у передбаченому законом порядку (процесуальній формі) тощо). При цьому головним завданням судів апеляційної і касаційної інстанцій є виправлення помилок, допущених під час розгляду справи судом першої інстанції, винесення законного й обґрунтованого рішення у справі, утвердження законності й верховенства права.

Питання перегляду судових рішень завжди привертало значну увагу науковців. Серед робіт, присвячених цій проблематиці, можна згадати праці процесуалістів колишньої Російської імперії: І. Я. Фойницького, М. В. Давидова, В. П. Случевського, С. І. Вікторського; СРСР та сучасної України: Л. О. Богословської, Т. В. Варфоломеєвої, І. В. Вернидубова, М. М. Гродзинського, Ю. М. Грошевого, Є. Г. Ко-

¹ Рябцева Е. В. Деятельность судов в апелляционной и кассационной инстанциях в состязательном уголовном процессе / Е. В. Рябцева // Проблемы состязательности правосудия : сб. науч. тр. / под ред. В. Л. Будникова ; ВолГУ, Урюп. фил. – Волгоград, 2005. – С. 167.

валенка, О. Ю. Костюченко, Є. Г. Мартинчика, М. М. Михеєнка, В. Т. Маляренка, О. Р. Михайленка, В. В. Молдована, Г. М. Омельяненко, М. І. Сірого, Н. П. Сизої, П. П. Пилипчука, В. А. Познанського, М. С. Строговича, В. П. Шибіка та ін. Поряд із цим багатогранність даної проблематики робить її практично невичерпною для наукового дослідження.

Право на перегляд судового рішення в сучасних наукових працях розглядається як невід'ємна складова права на судовий захист¹. Окрім цього зазначене положення є міжнародним стандартом, оскільки гарантувати справедливість судового рішення неможливо без забезпечення права зацікавленої особи на його перевірку іншим складом суду. Такий підхід закріплено у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції), Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (п. 5 ст. 15), відповідно до яких кожен, кого засуджено за вчинення злочину, має право на перегляд його справи вищестоящим судом.

Логічним кроком стала імплементація даних міжнародних положень у чинне законодавство нашої держави. Так, одним із принципів судочинства, відповідно до ст. 129 Конституції України, є забезпечення апеляційного і касаційного оскарження рішень суду. Ця норма конкретизована у ст. 14 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р., відповідно до якої учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальним законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України.

Як стадія здійснення правосуддя апеляційне провадження в Україні було введено Законом від 21 червня 2001 р., спрямованим, у тому числі, на приведення кримінально-процесуального законодавства в частині перегляду судових рішень у відповідність із положеннями Конституції України.

Слід відзначити той факт, що поява апеляційної інстанції з перегляду кримінальних справ певним чином позначилась на реалізації права громадян щодо звернення до Європейського суду з прав людини. Нагадаємо, що згідно зі ст. 35 Конвенції про захист прав і основопо-

¹ Див., наприклад: Шило О. Г. Теоретичні основи та практика реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. Г. Шило. – Х., 2011. – С. 14.

ложних свобод Європейський суд приймає скаргу до розгляду лише після «вичерпання особою всіх національних засобів захисту». До створення апеляційної інстанції відповідно до законодавства України перегляд рішень у кримінальних справах здійснювався в порядку касації та в порядку судового нагляду. Разом з тим, відповідно до практики Європейського суду щодо України, вичерпанням усіх національних засобів захисту вважалось звернення до касаційної інстанції. Рішення наглядової інстанції не розглядалось як необхідне для встановлення факту вичерпання всіх національних засобів захисту, оскільки вважалось «неефективним засобом правового захисту», адже право ініціативи такого перегляду було віднесено до дискреційних повноважень обмеженого кола посадових осіб¹. Тобто для отримання права на звернення до Європейського суду достатньо було пройти дві інстанції: першу і касаційну. З 2001 р. в Україні шляхом уведення апеляційної інстанції була створена трирівнева система правосуддя, і відповідно для вичерпання всіх національних засобів захисту й отримання права на звернення до Євросуду стало необхідним пройти не лише першу та апеляційну, а й касаційну інстанцію².

Під апеляцією розуміють форму оскарження і перегляд судового рішення, яке не набрало законної сили, за фактичними обставинами, тобто це повторний розгляд справи по суті з можливістю винесення нового судового рішення. Виходячи з аналізу чинного законодавства та враховуючи наукові досягнення у цій сфері, можливим є виділення певних характерних рис апеляційного провадження в Україні: свобода оскарження судового рішення учасниками процесу; обмеженість можливості суду щодо погіршення становища засудженого або виправданого; можливість подання нових матеріалів до апеляційної інстанції; недопустимість установлення поза судовим слідством фактів, які не були встановлені судом першої інстанції; неможливість скасування виправдувального вироку лише з мотивів суттєвого порушення прав підсудного; можливість постановлення нового вироку. Слід зауважити, що саме можливість постановлення власного рішення (нового вироку) є однією з принципів відмінностей апеляцій-

¹ Див.: Ухвала відносно прийнятності по справі «Кучеренко проти України» від 4 травня 1999 р., заява № 41974/98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int>. – Заголовок з екрана.

² Див.: Ухвала відносно прийнятності по справі «Воробйова проти України» від 17 грудня 2002 р., заява № 27517/02 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int>. – Заголовок з екрана.

ного провадження від касаційного. Саме дозвіл на винесення власного рішення без повернення справи на додаткове розслідування або новий судовий розгляд звільняє суди першої інстанції від надмірної завантаженості. Однак, як зазначають деякі вчені, судова практика свідчить про те, що апеляційні суди досі не стали справді апеляційною інстанцією, продовжують і надалі скасовувати рішення судів нижчого рівня, тоді як у них є можливість постановити свій вирок або ухвалити постанову¹.

Предметом апеляційного оскарження можуть бути як питання факту (односторонність або неповнота дізнання, досудового або судового слідства, невідповідність висновків суду першої інстанції фактичним обставинам справи), так і питання права (істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону, неправильне застосування кримінального закону, невідповідність призначеного судом покарання тяжкості злочину і даним про особу засудженого).

Убачається, що саме на можливість усунення всіх прогалин у питанні факту спрямований такий кримінально-процесуальний інститут, як судове слідство в апеляційній інстанції. При цьому кримінально-процесуальний закон передбачає принаймні три варіанти провадження в апеляційній інстанції залежно від вирішення питання про проведення чи не проведення судового слідства. Зокрема, можна виділити апеляційний розгляд із повним судовим слідством, частковим або взагалі без такого. Подібний висновок можна зробити, проаналізувавши положення ч. 3 ст. 358 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК), відповідно до якої апеляційний суд може визнати необхідним проведення судового слідства в повному обсязі чи частково, коли є підстави вважати, що судове слідство судом першої інстанції було проведено неповно чи однобічно. Поряд з цим ніяких чітких критеріїв визначення випадків необхідності проведення судового слідства закон не наводить. Не роз'яснив дане питання і Пленум Верховного Суду України². Відповідно в судовій практиці досі залишається дискусійним питання щодо необхідності обов'язкового проведення судового слідства апеляційним

¹ Бобечко Н. Недопустимість погіршення становища підсудного в апеляційному провадженні / Н. Бобечко // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юридична. – 2011. – Вип. 53. – С. 331.

² Див.: Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ у апеляційному порядку : постанова Пленуму Верхов. Суду України від 15 трав. 2006 р. № 1 // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України з кримінальних справ (1973–2011 рр.) : станом на 26 вересня 2011 р. / упоряд.: Ю. М. Грошевий, О. В. Капліна, В. І. Тютюгін. – Х. : Право, 2011. – С. 343–345.

судом у разі подання прокурором, потерпілим або його представником апеляції, в якій вони просять погіршити становище підсудного. Одні апеляційні суди в таких випадках постановляють свій вирок (постанову) без проведення судового слідства, а інші вдаються до безпосереднього дослідження доказів і лише після цього за наявності до того підстав погіршують становище підсудного¹. Убачається, що це питання потребує вирішення на концептуальному рівні. Основною відмінністю апеляційного провадження від касаційного є перевірка судового рішення не лише з юридичної сторони (за формою), а й з фактичної точки зору. При цьому повноцінно перевірити питання факту можливо лише особисто, безпосередньо дослідивши весь доказовий матеріал. Отже, видається доцільним закріпити законодавче положення про обов'язковість проведення судового слідства в усіх випадках, коли предметом оскарження є питання факту.

Важливим аспектом, що має значення для забезпечення доступності правосуддя, є передбачені у ст. 350 КПК вимоги до форми і змісту апеляції, недотримання яких тягне за собою залишення її без руху. Слід зазначити, що вказаний порядок не завжди забезпечує позитивний результат, оскільки апелянт, як правило, не володіє інформацією про реальні вимоги закону. Подібна процедура суттєво ускладнює реалізацію права підсудного, потерпілого та інших учасників процесу, які не мають достатніх юридичних знань, з оскарження судового рішення. Установлення «жорстких» нормативних вимог до апеляції, на наш погляд, є перешкодою на шляху до правосуддя. Відповідно логічним буде встановити подібні вимоги лише щодо професійних учасників процесу².

Касаційний перегляд кримінальної справи є стадією здійснення правосуддя з перевірки відповідності судових рішень нормам матеріального і процесуального права, тобто з перевірки юридичної сторони справи. Аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства дає можливість назвати такі ознаки вказаної стадії: свобода оскарження судових рішень учасниками процесу; недопустимість погіршення становища засудженого або виправданого; можливість надання нових

¹ Бобечко Н. Проведення судового слідства в апеляційному суді: суддівський угляд чи процесуальна необхідність? / Н. Бобечко // Право України. – 2011. – № 6. – С. 198.

² Поряд із цим доводиться констатувати, що аналогічні вимоги до форми і змісту апеляційної скарги передбачено й відповідно до проекту КПК (див.: Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проект Закону України, ухвалений Робочою групою з питань реформування кримінального судочинства 16 червня 2011 р. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/35980> – Заголовок з екрана).

матеріалів до касаційної інстанції, які не можуть бути отримані шляхом провадження слідчих дій; недопустимість проведення судового слідства для встановлення будь-яких фактів; перевірка законності й обґрунтованості судового рішення лише в частині, в якій воно було оскаржене; неможливість скасування виправдувального вироку з мотивів істотного порушення прав обвинуваченого; заборона постановлення нового вироку за результатами перегляду.

З прийняттям 7 липня 2010 р. Закону України «Про судоустрій і статус суддів» правова регламентація касаційного перегляду зазнала суттєвих змін. Якщо раніше функції касаційної інстанції здійснював Верховний Суд України, то після набрання чинності вказаним нормативним актом в Україні було створено окремий орган, уповноважений розглядати кримінальні справи в порядку касації — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Крім того, змінено перелік судових рішень, які підлягають касаційному перегляду. Раніше КПК передбачав можливість касаційного оскарження рішень апеляційного суду, винесених ним як судом першої інстанції. Зауважимо, що до змін, про які йдеться, до підсудності апеляційних судів як судів першої інстанції були віднесені справи про злочини проти основ національної безпеки, злочини, за вчинення яких передбачено покарання у виді довічного позбавлення волі, а також справи особливої складності або особливої важливості. Прийняття Закону «Про судоустрій і статус суддів» потягло внесення змін до КПК, згідно з якими всі кримінальні справи по першій інстанції вправі розглядати лише місцеві суди. Відповідно було звужено коло рішень, які можуть стати предметом касаційного перегляду, оскільки зникло поняття «вирок (ухвала, постанова) апеляційного суду, винесені ним як судом першої інстанції». На наш погляд, указані зміни слід оцінювати як позитивні, оскільки такий підхід до законодавчого врегулювання підсудності кримінальних справ усунув існуючий раніше дисонанс у реалізації права на оскарження судового рішення, а саме: особам, чиї справи по першій інстанції були розглянуті місцевим судом, надавалось право оскаржити рішення двічі — спочатку в порядку апеляції, а потім, за потреби, у порядку касації, а ті особи, чиї справи по першій інстанції розглядав апеляційний суд, могли звертатися зі скаргою лише в касаційну інстанцію. З унесенням змін будь-яка особа може пройти всі передбачені законом стадії перегляду судового рішення незалежно від категорії справ, що, безумовно, сприяє утвердженню такого принципу, як рівність перед законом і судом.

Відтак на сьогодні, згідно з КПК України, у касаційному порядку можуть бути переглянуті: вироки і постанови апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку (ч. 1 ст. 383 КПК); вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, а також ухвали апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку щодо видачі особи (екстрадиції) (ч. 2 ст. 383 КПК)¹.

Якщо сутність апеляції полягає в перегляді вищестоящим судом рішень нижчестоящего суду з новою перевіркою раніше розглянутих і нових доказів, що надані сторонами, то особливістю касаційного перегляду є неможливість розгляду справи з викликом і допитом нових свідків, призначенням експертиз, оглядом речових доказів та вчиненням інших судово-слідчих дій. На відміну від апеляції, де можливим є проведення судового слідства, у касаційному розгляді судове слідство не провадиться, а в судовому засіданні розглядаються матеріали досудового і судового проваджень. Відповідно логічним є і встановлення в законі лише таких підстав для касаційного перегляду, які мають формальний характер, тобто є результатом помилки не в питанні факту, а лише в питанні права: істотне порушення кримінально-процесуального закону, неправильне застосування кримінального закону, невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого.

Стосовно загальних рис слід зазначити, що як в апеляційному, так і в касаційному провадженні суд досліджує питання правильності застосування матеріального і процесуального закону. Що ж стосується правильності встановлення фактичних обставин, то в касаційному провадженні така можливість обмежена². Проте слід зауважити, що

¹ При цьому слід указати, що, зберігши без змін строк подачі касаційної скарги на рішення, указані у ч. 1 ст. 383 КПК, – один місяць, законодавець скоротив строк касаційного оскарження рішень, перерахованих у ч. 2 даної статті, – з шести місяців до трьох.

² Рябцева Е. В. Деятельность судов в апелляционной и кассационной инстанциях в состязательном уголовном процессе / Е. В. Рябцева // Проблемы состязательности правосудия : сб. науч. тр. / под ред. В. Л. Будникова ; ВолГУ, Урюп. фил. – Волгоград, 2005. – С. 168.

чинним законодавством касаційному суду надані окремі можливості апеляційного суду. Це, зокрема, стосується дослідження нових матеріалів, які згідно зі ст. 393 КПК надано право подавати до касаційного суду на підтвердження або спростування доводів, які викладені у скарзі. Такі матеріали можуть бути витребувані і самим касаційним судом.

Однією з принципових характеристик касаційного перегляду кримінальних справ є інститут «недопустимості повороту до гіршого», закріплений у ст. 397 КПК, відповідно до якої касаційний суд не вправі посилити покарання або застосувати закон про більш тяжкий злочин; обвинувальний вирок, постановлений апеляційним чи місцевим судом, ухвалу апеляційного суду щодо вироку місцевого суду може бути скасовано у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або більш суворе покарання лише у разі, коли з цих підстав подав скаргу прокурор або потерпілий чи його представник; виправдувальний вирок, постановлений апеляційним чи місцевим судом, ухвалу апеляційного суду щодо вироку місцевого суду може бути скасовано не інакше як за скаргою прокурора або потерпілого чи його представника, а також за скаргою виправданої особи з мотивів виправдання.

Аналіз юридичної літератури дає можливість констатувати факт неоднакової оцінки науковцями ролі і місця зазначеного нормативного положення в процесі перегляду судових рішень. Так, зустрічаються позиції, відповідно до яких неможливість повороту до гіршого — це інститут, притаманний лише касаційній (а ніяк не апеляційній) інстанції¹. Поряд з тим убачається, що даний підхід не враховує сутність розглядуваного інституту та його основного призначення. Останнє ж полягає в тому, що реалізація права на перегляд судового рішення вищестоящою інстанцією (незалежно від рівня) не повинна бути для апелянта своєрідною «рулеткою», зважившись на яку особа одночасно й отримує шанс покращити своє становище і ризикує його погіршити. Указаний інститут перегляду як складовий елемент права на доступ до справедливого суду має виключати будь-які ризики для особи, яка вирішила ним скористатися. Відтак принцип недопустимості повороту до гіршого характерний як для касаційного, так і апеляційного провадження. При цьому певні особливості на його нормативне форму-

¹ Див., напр.: Петрухин И. Л. Запрет поворота к худшему в российском уголовном процессе / И. Л. Петрухин // Государство и право. – 2006. – № 3. – С. 47–48; Россинский С. Б. Уголовный процесс России / С. Б. Россинский. – М. : Эксмо, 2008. – С. 453.

лювання накладає той факт, що апеляційний суд, на відміну від касаційного, може прийняти власне рішення, яке погіршує положення особи. Тож слід погодитись із дослідниками, які вказують, що розглядуваний принцип на стадії апеляційного розгляду має дещо обмежений характер. Останнє виявляється в тому, що заборона погіршення становища особи не діє у випадку наявності двох умов одночасно: 1) апеляції, поданої чітко визначеним кримінально-процесуальним законом суб'єктом (прокурором, потерпілим чи його представником), та 2) порушення у даній апеляції питання про погіршення стану засудженого (виправданого)¹.

На жаль, обсяг публікації позбавляє можливості торкнутися значної кількості інших не менш важливих теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із нормативною регламентацією перегляду судових рішень у кримінальних справах. Разом з тим викладені вище міркування та їх наукове осмислення дають змогу сформулювати деякі висновки та пропозиції:

– право на перегляд судового рішення, будучи міжнародним стандартом, є невід'ємною складовою права на судовий захист, оскільки гарантувати справедливість судового рішення неможливо без забезпечення права зацікавленої особи на його перевірку іншим складом суду;

– можливість постановлення власного рішення (нового вироку) є однією з принципових відмінностей апеляційного провадження від касаційного, яка спрямована на звільнення судів першої інстанції від надмірної завантаженості. Проте як негативну тенденцію слід відмітити, що на сьогодні суди апеляційної інстанції не повною мірою використовують даний процесуальний інститут, продовжуючи скасовувати рішення суду першої інстанції з поверненням справ на повторний розгляд;

– предметом апеляційного оскарження можуть бути як питання факту, так і питання права. Саме на можливість усунення всіх прогалин у питанні факту спрямований такий кримінально-процесуальний інститут, як судове слідство в апеляційній інстанції;

– повноцінно перевірити фактичні обставини справи можливо лише особисто, безпосередньо дослідивши весь доказовий матеріал. Відтак убачається доцільним закріпити законодавче положення про

¹ Див.: Фідря Ю. Особливості реалізації заборони повороту до гіршого на стадії апеляційного провадження / Ю. Фідря // Генезис публічного права: від становлення до сучасності : зб. наук. пр. / за ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка. – Миколаїв : Іліон, 2010. – С. 191.

обов'язковість проведення судового слідства в усіх випадках, коли предметом апеляційного оскарження є питання факту;

– чітка деталізація нормативних вимог до змісту і форми апеляційної скарги ускладнює реалізацію права учасників процесу, які не наділені достатніми юридичними знаннями, на оскарження судового рішення, відповідно логічним є встановлення таких вимог лише для професійних учасників процесу;

– позитивну оцінку слід надавати скасуванню положення про розгляд апеляційним судом по першій інстанції деяких категорій справ, оскільки такий підхід до законодавчого врегулювання підсудності кримінальних справ усунув існуючий раніше дисонанс у реалізації права на оскарження судового рішення та забезпечив подальше утвердження принципу рівності учасників процесу перед законом і судом;

– інститут перегляду як складовий елемент права на доступ до справедливого суду повинен виключати будь-які ризики для особи, яка вирішила ним скористатися. Отже, принцип недопустимості повороту до гіршого характерний як для касаційного, так і для апеляційного провадження. При цьому на деякі особливості щодо його нормативного формулювання може впливати той факт, що апеляційний суд, на відміну від касаційного, може прийняти власне рішення, яке погіршує положення особи.

Марынив В. Пересмотр судебных решений в уголовном процессе Украины: отдельные вопросы

В статье рассматриваются актуальные теоретические и практические вопросы нормативного регулирования и правоприменения, связанные со стадиями апелляционного и кассационного пересмотра в уголовном процессе Украины; исследуются последние законодательные изменения; анализируются существующие проблемы и предлагаются возможные пути их разрешения.

Ключевые слова: пересмотр решений, апелляция, кассация, стадии пересмотра решений в уголовном процессе.

Maryniv V. Revision of the justice decisions in the criminal process in Ukraine: selected issues

The article deals with relevant theoretical and practical issues of regulation and application of the law associated with the stages of appeal and cassation review in the criminal process in Ukraine; examines the recent legislative changes: analysis, of existing problems and possible ways of solving them.

Keywords: review of decisions, appeal, cassation, the stage of review of decisions in criminal proceedings.

УДК 343.1

В. Вапнярчук, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Поняття кримінально-процесуального доказування

Проблематика кримінально-процесуального доказування досить активно досліджувалась дореволюційними¹ та радянськими вченими². Українські процесуалісти, на жаль, приділяють цьому інституту кримінального процесу небагато уваги.

Вітчизняний кримінальний процес традиційно вважається процесом змішаного типу (інквізиційне (розшукове) досудове розслідування і змагальний судовий розгляд). Останніми роками відзначається розширення змагальних засад кримінального судочинства, зокрема передбачено можливість здійснення судового контролю за рішеннями та діями суб'єктів, які здійснюють досудове провадження, розширено права потерпілого (щодо його участі в судових дебатах, можливості закриття справи і публічного обвинувачення у зв'язку із примиренням з обвинуваченим), а також і права обвинуваченого (зокрема, кримінально-процесуальний закон передбачає можливість користування допомогою захисника з моменту появи суб'єкта, який має право на захист) тощо. Хоча слід відзначити, що права сторони захисту в порівнянні із повноваженнями сторони обвинувачення є дещо обмеженими. Але така нерівність прав сторін на досудовому провадженні компенсується нерівним розподілом і обов'язків. Можна сказати, що обвинувачений захищений не стільки своїми правами, скільки обов'язками, покладеними на суб'єктів кримінального переслідування.

¹ Див., зокрема: Владимиров Л. Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств / Л. Е. Владимиров. – Харьков : Унив. тип., 1873. – 255 с.; Бентам И. О судебных доказательствах : трактат / И. Бентам ; по изд. Дюмана ; пер. с фр. И. Гороновичем. – Киев : Тип. М. П. Фрица, 1876 – 421 с.; Люблинский П. И. Речь государственного обвинителя на уголовном суде / П. И. Люблинский. – СПб., 1894; Кони А. Ф. Введение к систематическому комментарию к Уставу уголовного судопроизводства / А. Ф. Кони ; под ред. М. Н. Гернета. – М., 1915. – 302 с.; та ін.

² Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М. : Юрид. лит., 1973. – 736 с.; Горский Г. Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькинд. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. – 304 с.; та ін.

На судових же стадіях кримінального процесу змагальність забезпечується рівними правами суб'єктів як сторони обвинувачення, так і сторони захисту; наявністю незалежного від сторін арбітра (суду), який не бере (або, правильніше сказати, не повинен брати) участі в кримінальному переслідуванні особи і який оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням. Лише незалежний суд як суб'єкт правозастосування може забезпечити справжню змагальність сторін, і навпаки, лише змагальність є передумовою справжньої незалежності суду.

Як бачимо, принцип змагальності останніми роками набуває все більш вагомого значення у вітчизняному кримінальному процесі, що, у свою чергу, зумовлює необхідність дослідження розуміння поняття кримінально-процесуального доказування. Адже, ураховуючи останні наукові дослідження (передусім російських процесуалістів), на сьогодні робляться численні спроби ревізувати як саме поняття кримінально-процесуального доказування, так і розуміння його змісту, предмета, меж і суб'єктів доказування. Крім того, необхідність розгляду і вирішення цього питання обумовлена й підготовкою та скорим прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України.

На підставі аналізу юридичної літератури можна виділити декілька концептуальних підходів щодо цього правового інституту.

Перший із них, який отримав у науці кримінального процесу найбільше поширення та зайняв домінуюче положення, — це розуміння *доказування як пізнання, тобто діяльності із встановлення наявності або відсутності істотних для вирішення справи фактів*. Однак тут доцільно зауважити, що в юридичній літературі майже всі дослідники цього питання наголошують, що поняття доказування й пізнання не збігаються. І це дійсно так. При провадженні у кримінальній справі пізнання окремих фактів може здійснюватися шляхом оперативно-розшукової діяльності та його результати не завжди можуть містити доказову інформацію (як правило, результати оперативно-розшукової діяльності мають орієнтувальний характер і можуть використовуватися для належної організації досудового розслідування чи судового розгляду); або ж можуть бути використані для формування окремих видів доказів, як-от: показань свідка, потерпілого, підозрюваного чи обвинуваченого, отримання речових доказів чи документів; і лише у визначених законом випадках використовуються в доказуванні як самостійні джерела (види) доказів — так звані протоколи з відповідними додатками, які складаються за результатами провадження визначених ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативно-розшукових заходів.

Окремі процесуалісти, які в цілому підтримують указаний підхід до розуміння сутності доказування, вважають *доказуванням не лише пізнання, а й посвідчення встановлених фактів*. Отримане у процесі доказування знання про спірний факт повинно бути не тільки отримане, а й належним чином засвідчене¹. Такий підхід виділяється окремими авторами на підставі відмінностей у розумінні пізнання «для себе» і «для інших». Якщо суб'єкт здійснює пізнання для своїх потреб, він не зобов'язаний піклуватися про посвідчення своїх знань, оскільки не планує їх комусь передавати. Однак у кримінально-процесуальному доказуванні будь-яке пізнання здійснюється «для інших», воно завжди має можливих або обов'язкових адресатів (прокурора, який здійснює нагляд, суд, який розглядає справу, учасників процесу), кінцевим з яких є суспільство загалом. Велике громадське значення відомостей, які отримуються у процесі доказування, зумовлює необхідність їх належного посвідчення.

Посвідчувальна діяльність включає в себе, по-перше, фіксацію отриманої інформації й обставин її одержання і, по-друге, засвідчення правильності цієї фіксації (підписами, печаткою). Здійснюється посвідчення, як правило, двома способами: шляхом протоколювання (складання протоколу слідчої дії) або з використанням науково-технічних засобів (створення з їх допомогою таких носіїв інформації, як, наприклад зліпків, аудіо- чи відеозаписів тощо).

Другий підхід — це *доказування як обґрунтування певних висновків*, тобто ототожнення доказування й обґрунтування, розуміння під доказуванням лише виключно діяльності з переконання суду в істинності фактів. «Будь-який доказ зводиться до силогізму, — писав проф. І. Я. Фойницький, — ...центральну його частину складає велика посилка, і сила самого висновку обумовлюється її істинністю, точністю малої посилки і правильністю висновку за умови подальшої об'єктивної перевірки висновку»². Доказ³ (доказування в сучасному розумінні. — В. В.) — це процес, під час якого обставина, що з'ясовується, зв'язується

¹ Ратинов А. Р. Вопросы познания в судебном доказывании / А. Р. Ратинов // Сов. государство и право. — 1964. — № 8. — С. 106–108; Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 288–290.

² Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства / И. Я. Фойницький. — СПб.: Альфа, 1996. — Т. 1. — С. 164.

³ Слід зауважити, що в логіці процес обґрунтування тезису йменується не доказуванням, а доказом. Однак ця невідповідність понять, яка склалася історично, має виключно термінологічний характер і не має принципового значення.

з відомою обставиною і показується ним¹. У радянський період, а також окремими авторами і в післярадянській така позиція була піддана критиці. Вважалося, що розуміння доказування як діяльності, яка заключалася в обґрунтуванні одних думок за допомогою інших (такий підхід мав місце тільки в логіці), до процесуального доказування застосоване бути не може². Зокрема, С. В. Курильов писав, що доказування є тільки практичною діяльністю (виключаючи з нього будь-яку мислену діяльність, у тому числі навіть оцінку доказів)³.

Окремі автори — прихильники цієї позиції вважали, що доказування — це діяльність з логічного обґрунтування зібраними у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку доказами твердження лише про винуватість підозрюваного, обвинуваченого, підсудного у вчиненні злочину (тобто з обґрунтування обвинувачення (обвинувального тезису)). Пізнавальна ж діяльність по збиранню, перевірці та оцінці доказів — це не доказування, а лише види, елементи діяльності, спрямованої на доказування обвинувачення⁴. Такий підхід був підданий ґрунтовній критиці в юридичній літературі⁵.

Інші вчені обґрунтовували третій концептуальний, так званий *двозначний підхід* до трактування доказування, пропонуючи розрізнити

¹ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства / И. Я. Фойницкий. – СПб. : Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 162.

² Див., зокрема: Соловьев А. Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса / А. Б. Соловьев. – М. : Юрлитинформ, 2002. – С. 7.

³ Курылев С. В. Доказывание и его место в процессе судебного познания / С. В. Курылев. – Иркутск, 1955. – С. 57–60. Такий же погляд, хоча і не в багатьох випадках, висловлюється й окремими сучасними процесуалістами (див., наприклад: Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания / А. А. Давлетов. – Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1991. – 152 с.; Джатиев В. С. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. С. Джатиев. – Владикавказ, 1995. – 40 с.; Соловьев А. Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса / А. Б. Соловьев. – М. : Юрлитинформ, 2002. – С. 7).

⁴ Лазарева В. А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России / В. А. Лазарева. – Самара, 2007. – С. 37, 43; Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учеб.-практ. пособие / В. А. Лазарева. – М. : Высш. образование, 2009. – С. 45. Таку ж думку висловлює і В. С. Джатієв (див.: Джатиев В. С. Об устранении противоречий в уголовном процессе / В. С. Джатиев // Государство и право. – 1995. – № 5. – С. 54; Джатиев В. С. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам : дис. ... д-ра юрид. наук / В. С. Джатиев. – Владикавказ, 1995. – С. 11).

⁵ Див., зокрема: Ковтун Н. Н. Спорные вопросы в теории доказательств (об устранении действительных и мнимых противоречий в уголовном процессе) / Н. Н. Ковтун // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 70–75; Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – М. : Норма, 2008. – С. 26–29.

два значення поняття доказування: по-перше, *доказування як пізнавальна діяльність зі встановлення та дослідження обставин справи (або доказування-пізнання)*; по-друге, *доказування як логічне обґрунтування і підтвердження фактами та міркуваннями (судженнями) висунутого тезису (доказування-обґрунтування)*. У кожному з цих двох значень доказування несе певне змістове навантаження, при цьому відрізняючись одне від одного за своїм змістом, призначенням та аспектом використання доказового матеріалу¹. Так, М. С. Строгович писав: «Доказування — це встановлення за допомогою доказів усіх фактів, обставин, які мають значення для вирішення кримінальної справи, — скоєння (чи не скоєння) злочину, винність (чи невинуватість) тієї чи іншої особи у вчиненні злочину та всі інші обставини, які визначають відповідальність особи, яка скоїла злочин. Поняття доказування має й інше значення: доказування певного тезису, обґрунтування певного твердження»².

Серед прихильників цього підходу є вчені, які вважають, що доказування як пізнавальна діяльність, яка охоплює збирання, перевірку й оцінку доказів, — це розуміння в широкому значенні, доказування як логічна діяльність з обґрунтування висунутого тезису — це вузьке трактування цього поняття³. Таке уявлення знаходить підтримку й у загальній теорії права. Наприклад, на думку С. С. Алексєєва, «доказування (в широкому значенні) — це діяльність суб'єктів, спрямована на встановлення за допомогою доказів істинності обставин справи». Сюди автор включає збирання, дослідження і оцінку доказів. «У...вузькому значенні поняття доказування... заключається в діяльності з обґрунтування доводів і заперечень, що висуваються, з переконання в їх істинності тих чи інших осіб»⁴.

¹ Прихильниками такого розуміння сутності доказування були і є багато вчених-процесуалістів (див., зокрема: Мотовиловкер Я. О. Некоторые вопросы теории советского уголовного процесса в свете нового уголовно-процессуального законодательства / Я. О. Мотовиловкер. — М., 1961. — С. 99; Стрёмовский В. А. Участники предварительного следствия / В. А. Стрёмовский. — Ростов/н/Д, 1966. — С. 175; Якуб М. Л. Советский уголовный процесс : учебник / М. Л. Якуб ; под ред. Д. С. Карева. — М., 1968. — С. 110–111; Ларин А. М. Уголовный процесс России : лекции-очерки / А. М. Ларин, Э. Б. Мельникова, В. М. Савицкий. — М., 1997. — С. 98).

² Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. — М., 1968. — С. 298–299.

³ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. — М., 1971. — Т. 1. — С. 298–299; Савицкий В. М. Государственное обвинение в суде / В. М. Савицкий. — М., 1971. — С. 156–158.

⁴ Алексєєв С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексєєв. — Свердловск, 1973. — Т. 2. — С. 247–248.

На наш погляд, саме останній (так званий двозначний) підхід є правильним. Однак вважаємо, що складові саме такого розуміння кримінально-процесуального доказування не варто розцінювати як значення чи його різний обсяг. У кримінально-процесуальному доказуванні доцільно виділяти лише два взаємозв'язаних між собою аспекти цього поняття як єдиної практично-розумової діяльності.

Думається, що праві ті вчені, які вважають, що в доказуванні позбавлено логічного сенсу протиставлення отримання знань і їх обґрунтування. З одного боку, одержання знань у результаті збирання, перевірки й оцінки доказів без побудови логічно обґрунтованої системи висновків у справі не матиме ніякого значення для суб'єктів пізнавальної діяльності, з другого — обґрунтування висновків у справі неможливе без наявності самих аргументів чи доводів¹.

Указані два аспекти діяльності не можуть існувати один без одного. Не можна визнати доказування виключно розумовою, логічною (адже доказування ґрунтується на практичній діяльності, регламентованій процесуальним законом) чи виключно практичною діяльністю (сенса доказування в тому й полягає, щоб спонукати суб'єкта доказування чи правозастосовника до появи певних суджень, міркувань, сформулювати у них певні висновки, переконання). Більше того, «доказування-обґрунтування» має місце не лише після отримання знань, а є невіддільним елементом пізнання, воно проникає в систему практичних операцій зі збирання (виявлення та фіксації) і перевірки доказів. Проводячи слідчу дію, слідчий у протоколі фіксує інформацію про присутніх (прізвище, психічний та фізичний стан тощо) та порядок проведення слідчої дії (час, місце, її перебіг тощо). Ці дані свідчать, що слідчий, а також учасники процесу, які беруть участь у слідчій дії, таким чином уже на етапі отримання та перевірки знань вчиняють певні дії, що обґрунтовують ступінь достовірності цих знань.

Штучне розривання, а тим більше протиставлення цих двох аспектів один одному, спроби визначити сутність і зміст процесу доказування тільки через один із них — означає свідомо ставити досягнення цілей і завдань кримінального судочинства перед цілим комплексом невіршуваних проблем і протиріч².

¹ Кудин Ф. М. Достаточность доказательств в уголовном процессе / Ф. М. Кудин, Р. В. Костенко. – Краснодар : КГАУ, 2000. – С. 12.

² Ковтун Н. Н. Спорные вопросы в теории доказательств (об устранении действительных и мнимых противоречий в уголовном процессе) / Н. Н. Ковтун // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 71.

Таким чином, доказування є конгломератом практичної та розумової видів діяльності. Хоча варто зауважити, що залежно від етапу доказування в кримінальній справі або ж від ролі (функції) суб'єкта в кримінальному процесі доказування — як пізнавальна діяльність та доказування — як обґрунтування висновків і рішень у справі — мають різну (більшу або меншу) питому вагу¹. Так, на етапі формування доказової основи правової позиції суб'єкта доказування більшу роль відіграє пізнавальна діяльність, спрямована на отримання знань, у той час як при прийнятті кінцевих висновків у справі — проголошенні обвинувальної чи захисної промови в суді, винесенні вироку — на перший план виступає саме обґрунтовуючий аспект.

При розгляді поняття кримінально-процесуального доказування доцільно звернути увагу на різні шляхи (сторони, рівні) пізнання²: а) інформаційний (коли має місце безпосереднє отримання знання про факт, який встановлюється, — однак це не завжди можливо (наприклад, не було очевидців скоєння злочину)) та б) логічний (отримання знання з інших раніше встановлених фактів).

У доказуванні в кримінальних справах обидва ці шляхи пізнання існують одночасно, взаємозв'язані та доповнюють один одного. Однак, незважаючи на це, вони все-таки мають певну специфіку, а їх розмежування є необхідним для вирішення окремих проблем доказування (приміром, воно лежить в основі поділу доказів на прямі та непрямі). Якщо при інформаційному шляху зміст знання дається у «готовому вигляді», через отримання знань про факт, який устанавлюється, то при логічному для побудови певних висновків необхідні мисленні операції (у зв'язку з цим правильність отриманого знання залежить не тільки від істинності посилок, а й від дотримання правил логіки, що й повинно враховуватися при оцінці достовірності такого знання, — наприклад, показання свідка про те, що він бачив підозрюваного в можливий час скоєння злочину біля місця його скоєння, не дає підстав стверджувати, що саме він його скоїв, така інформація свідчить лише про те, що він був там і що він може бути причетний до скоєння злочину).

¹ Горский Г. Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькиндр. — Воронеж, 1978. — С. 206.

² Колдин В. Я. Уровни уголовно-процессуального доказывания / В. Я. Колдин // Сов. государство и право. — 1974. — № 11. — С. 86–91; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца. — М. : Юрид. лит., 1989. — С. 608.

В юридичній літературі кримінально-процесуальне доказування (кримінально-процесуальне пізнання) поділяється також на безпосереднє та опосередковане. Такий поділ ґрунтується на прийнятому у філософії розмежуванні чуттєвого й раціонального, емпіричного й теоретичного. Під безпосереднім пізнанням, як правило, розуміється встановлення фактів шляхом їх безпосереднього сприйняття, а під опосередкованим — їх логічне виведення з інших, раніше пізнаних фактів¹. Однак саме в такому змістовному розумінні цих двох видів пізнання, на наш погляд, має місце суттєва неточність, оскільки воно здійснюється за різними критеріями: перший — за формою сприйняття, другий — залежно від відношення встановлюваного факту за своїм змістом до цілі пізнання. Тобто має місце змішування двох понять: сприйняття та пізнання (і те й інше може бути як безпосереднє, так і опосередковане)².

Що стосується сприйняття, то його безпосередність чи опосередкованість визначається лише формою сприйняття, й аж ніяк не його змістом. Один і той же факт (наприклад, обстановка місця події, предмет — речовий доказ) незалежно від його доказового значення може бути сприйнятий як безпосередньо (у ході огляду), так і опосередковано (у ході оголошення в судовому засіданні процесуальних документів (протоколів слідчих дій), в яких ця обстановка чи предмет описані, або в ході допиту свідка чи потерпілого, які сприймали певні обставини злочину). Доказове значення факту не залежить від того, в якій формі він був сприйнятий, воно визначається лише його змістом.

Поділ же пізнання на безпосереднє та опосередковане слід здійснювати залежно від змісту одержуваної інформації (або про сам факт, який устанавлюється, тобто який є кінцевою метою (наприклад, винність особи у скоєнні злочину), або інший, який є лише доказовим, тобто проміжною ціллю (наприклад, чи був на місці скоєння злочину

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 291–292; Кокорев Л. Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л. Д. Кокорев, Н. П. Кузнецов. – Воронеж, 1995. – С. 218; Доля Е. А. Соотношение гносеологической и правовой сторон доказывания в российском уголовном процессе / Е. А. Доля // Государство и право. – 1994. – № 10. – С. 118–128.

² Тут варто зауважити, що у філософській літературі визначається, що сприйняття є лише однією з форм чуттєвого відображення обставин, фактів, що пізнаються, тобто пізнання загалом. У порівнянні з чуттєвим відображенням вищою сферою, новим рівнем відображення дійсності є раціональне пізнання, діяльність мислення (див., зокрема: Філософія. Релігієзнавство. Логіка (теоретичний курс) : навч. посіб. – Х. : ВД «ІНЖЕК», 2008. – С. 131).

у певний час підозрюваний)) і не залежить від форми її сприйняття. Однак у такому разі це буде вже охарактеризоване нами вище виділення інформаційного й логічного шляхів пізнання.

Підбиваючи підсумок викладеному, хотілось би зауважити, що, на наш погляд, під кримінально-процесуальним доказуванням слід розуміти діяльність зі встановлення та дослідження обставин справи (доказування-пізнання) і логічне обґрунтування та підтвердження фактами й міркуваннями (судженнями) висунутого тезису (доказування-обґрунтування). Сутність доказування в кримінальному процесі заключається в оформленні у суворій процесуальній формі поєднання як інформаційного й логічного, так безпосереднього й опосередкованого пізнання, а також обґрунтування суб'єктом доказування певного тезису (як обвинувального, так і виправдувального).

Вапнярчук В. Понятие уголовно-процессуального доказывания

В статье исследуются концептуальные подходы к пониманию понятия уголовно-процессуального доказывания, а также рассматриваются основные пути (уровни) познания при производстве по уголовным делам.

Ключевые слова: уголовно-процессуальное доказывание, познавательная деятельность, доказывание-обоснование, информационное и логическое познание, непосредственное и опосредованное познание.

Vapnyarchuk V. The concept of Criminal Procedure Evidence

The article examines the conceptual approach to understanding the concept of proof of criminal procedure and discusses the main ways (levels) in the production of knowledge in criminal cases.

Keywords: Criminal Procedure Evidence, cognitive activity, evidence-justification, the information first logical knowledge, the direct and mediating knowledge.

УДК 342.95:323.285

С. Трофімов, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративно-правових та кримінально-правових дисциплін Кримського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Визначення правового статусу суб'єктів антитерористичної діяльності

Для вироблення максимально ефективного механізму протидії будь-яким проявам терористичної діяльності на території України необхідно визначити перелік суб'єктів такої протидії та їх компетенцію. Це дозволить створити чітку інституціональну систему протидії тероризму, запобігти можливим прогалинам чи суперечкам у питанні розмежування повноважень й швидко виявляти відповідні слабкі місця та осіб, які відповідальні за певний обсяг роботи.

Системі суб'єктів протидії тероризму у вітчизняній науці та практиці до недавнього часу приділялась незначна увага, що обумовлено низьким рівнем активності провідників терористичної діяльності на території України. Але наша держава в силу різних обставин є потенційною країною щодо устремлінь осіб, які пропагують ідеї тероризму. Окремі теоретико-правові аспекти щодо статусу суб'єктів протидії тероризму були предметом дослідження В. Ф. Антипенко, О. О. Гапона, С. У. Дікаєва, О. В. Зубової, В. А. Ліпкана, Д. Д. Магомедова, В. В. Майорова, В. Я. Настюка, Т. А. Петрової, М. В. Рибачука, Д. С. Рудьмана, Р. М. Слепцова, О. В. Соколовського, В. М. Цуканова та багатьох інших вітчизняних та іноземних науковців. Отже, виходячи з певних напрацювань у цій сфері, задля комплексного аналізу адміністративно-правового забезпечення протидії тероризму в Україні ми з'ясуємо загальні питання щодо системи та компетенції суб'єктів протидії тероризму та окреслимо існуючі проблеми щодо цього елементу антитерористичної діяльності.

Відповідно до положень ст. 4 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р. № 638-IV¹ організація боротьби з тероризмом в Україні та забезпечення її необхідними силами, засобами і ресурсами здійснюються Кабінетом Міністрів України у межах його

¹ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

компетенції. Центральні органи виконавчої влади беруть участь у боротьбі з тероризмом у межах своєї компетенції, визначеної законами та виданими на їх основі підзаконними актами.

Суб'єктами, які безпосередньо здійснюють боротьбу з тероризмом у межах своєї компетенції, є:

1. Служба безпеки України — головний орган у загальнодержавній системі боротьби з терористичною діяльністю. Служба безпеки України є державним правоохоронним органом спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України. Слід зазначити, що майже всі обов'язки Служби безпеки України так чи інакше мають відношення до сфери протидії тероризму. Якщо проаналізувати діяльність Служби безпеки України в загальному вигляді, то цей орган здійснює протидію тероризму переважно шляхом проведення оперативно-розшукових заходів, спрямованих на запобігання, виявлення та припинення терористичної діяльності, у тому числі міжнародної; збору інформації про діяльність іноземних та міжнародних терористичних організацій; проведення у межах визначених чинним законодавством повноважень виключно з метою отримання упереджувальної інформації у разі загрози вчинення терористичного акту або при проведенні антитерористичної операції оперативно-технічних пошукових заходів у системах і каналах телекомунікацій, які можуть використовуватися терористами; забезпечення через Антитерористичний центр при Службі безпеки України організації і проведення антитерористичних заходів, координації діяльності суб'єктів боротьби з тероризмом відповідно до визначеної законодавством України компетенції; здійснення досудового слідства у справах про злочини, пов'язані з терористичною діяльністю, а також забезпечення у взаємодії з розвідувальними органами України безпеки установ України за межами її території, їх співробітників та членів їхніх сімей від терористичних посягань.

2. Міністерство внутрішніх справ України. Залучення співробітників органів внутрішніх справ (міліції) до протидії тероризму є достатньо ефективною практикою з огляду на їх кількість та межі повноважень. Фактично співробітники міліції найбільш наближені до населення, аніж представники інших органів влади, мають розгалужену систему інформування стосовно злочинів, що готуються або були вчинені, а також широкий комплекс технічних засобів та повноважень, за допомогою яких є можливість попередити вчинення відповідних форм терористичної діяльності.

3. Міністерство оборони України. Необхідно зазначити, що Міністерство оборони України безпосередньо виконує незначний обсяг діяльності у сфері протидії тероризму. Якщо розглянути структуру Центрального апарату Міністерства оборони України, то можна зробити висновок, що лише один структурний підрозділ виконує безпосередню діяльність з протидії тероризму — Головне управління розвідки. Цей орган функціонує на підставі Закону України «Про розвідувальні органи України» від 22.03.2001 р. № 2331-III¹ й виконує розвідувальну діяльність у воєнній, воєнно-політичній, воєнно-технічній, воєнно-економічній, інформаційній та екологічній сферах.

Слід зазначити, що у структурі Центрального апарату Міністерства оборони України існують п'ять підрозділів, які також залучаються до протидії тероризму, а саме — Департамент міжнародного оборонного співробітництва, Департамент воєнної політики та стратегічного планування, Департамент охорони державної таємниці, мобілізаційний відділ і відділ військово-технічного співробітництва та експортного контролю.

Основна роль у протидії цьому явищу належить Збройним Силам України, що є військовим формуванням, на яке відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності. Дане військове формування діє на підставі Закону України «Про Збройні Сили України» від 06.12.1991 р. № 1934-XII².

Необхідно зазначити, що Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р. № 638-IV³ є єдиним нормативно-правовим актом, що передбачає участь Збройних Сил України у припиненні терористичного акту в територіальних водах України. Проаналізувавши Закон України «Про Збройні Сили України» від 06.12.1991 р. № 1934-XI⁴ ми дійшли висновку, що цей Закон передбачає можливість застосування підрозділів Збройних Сил України для забезпечення стримування збройної агресії проти України та відсіч їй, охорону повітряного простору держави та підводного простору в межах територіального

¹ Про розвідувальні органи України : Закон України від 22.03.2001 р. № 2331-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 15. – Ст. 642.

² Про Збройні Сили України : Закон України від 06.12.1991 р. № 1934-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.

³ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

⁴ Про Збройні Сили України : Закон України від 06.12.1991 р. № 1934-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.

моря України. Постає питання в такому випадку про доцільність утримання на балансі Збройних Сил України Військово-Морських Сил, у тому числі корабельної служби у Військово-Морських Силах Збройних Сил України, оскільки можливість участі Збройних Сил України у протидії відповідним загрозам у внутрішніх водах та водній поверхні територіального моря в Законі України «Про Збройні Сили України» від 06.12.1991 р. № 1934-ХІІ¹ не передбачена.

4. Міністерство надзвичайних ситуацій України. Міністерство надзвичайних ситуацій України з огляду на наявні сили, засоби й компетенцію володіє суттєвим потенціалом щодо захисту населення і територій у разі загрози та виникнення надзвичайних ситуацій, пов'язаних з технологічними терористичними проявами та іншими видами терористичної діяльності, а також мінімізації та ліквідації наслідків таких ситуацій під час проведення антитерористичних операцій. Відповідно до п. 4 Указу Президента України «Про Положення про Міністерство надзвичайних ситуацій України» від 06.04.2011 р. № 402/2011² на Міністерство надзвичайних ситуацій України покладено виконання суттєвих функцій, зокрема тих, які мають потенціальний ефект щодо протидії тероризму.

5. Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у справах охорони державного кордону. Таким органом є Державна прикордонна служба України, на яку покладаються завдання щодо забезпечення недоторканності державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні. Державна прикордонна служба України, а також її територіальні органи та органи охорони державного кордону здійснюють протидію терористичній діяльності шляхом запобігання, виявлення та припинення спроб перетинання терористами державного кордону України, незаконного переміщення через державний кордон України зброї, вибухових, отруйних, радіоактивних речовин та інших предметів, що можуть бути використані як засоби вчинення терористичних актів, забезпечують безпеку морського судноплавства в межах територіальних вод та виключної (морської) економічної зони України під час проведення антитерористичних операцій, а також надають Антитерористичному центру

¹ Про Збройні Сили України : Закон України від 06.12.1991 р. № 1934-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.

² Про Положення про Міністерство надзвичайних ситуацій України : Указ Президента України від 06.04.2011 р. № 402/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 29. – Ст. 1236.

при Службі безпеки України необхідні сили і засоби під час проведення антитерористичних операцій на території пунктів пропуску через державний кордон України, інших об'єктів, розташованих на державному кордоні або у прикордонній смузі¹.

6. Державний департамент України з питань виконання покарань. Цей департамент діє відповідно до Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23.06.2005 р. № 2713-IV² й виконує достатньо обмежену функцію щодо протидії терористичній діяльності. Повноваження Державного департаменту України з питань виконання покарань щодо протидії тероризму суттєво обмежені за територіальною ознакою, тобто він фактично здійснює заходи щодо запобігання та припинення злочинів терористичної спрямованості виключно на об'єктах Державної кримінально-виконавчої служби України. Таким чином, віднесення цього органу державної влади до основних суб'єктів протидії тероризму є достатньо спірним питанням. На нашу думку, з огляду на наведене доцільно віднести Державний департамент України з питань виконання покарань до органів, які залучаються в разі необхідності до протидії тероризму.

7. Управління державної охорони України. Указане управління діє на підставі Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» від 04.03.1998 р. № 160/98-ВР³ і фактично, як правило, бере участь в операціях із запобігання та припинення терористичних актів, спрямованих проти посадових осіб та об'єктів, охорону яких доручено підпорядкованим цьому Управлінню підрозділам.

Ми коротко охарактеризували завдання та напрями діяльності основних суб'єктів протидії тероризму, але до участі у здійсненні заходів, пов'язаних із попередженням, виявленням і припиненням терористичної діяльності, залучаються в разі необхідності також:

1. Центральний орган виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу. Таким органом є Державна служба фінансового моніторингу України, яка діє на підставі Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) до-

¹ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

² Про Державну кримінально-виконавчу службу України : Закон України від 23.06.2005 р. № 2713-IV // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 29. – Ст. 1697.

³ Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб : Закон України від 04.03.1998 р. № 160/98-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 35. – Ст. 236.

ходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28.11.2002 р. № 249-IV¹. Цей орган державної влади фактично координує діяльність інших суб'єктів, задіяних у запобіганні та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, надає відповідні рекомендації, які мають зобов'язуючий характер.

2. Служба зовнішньої розвідки України. Нормативною основою діяльності даного органу є Закон України «Про Службу зовнішньої розвідки України» від 01.12.2005 р. № 3160-IV². Відповідно до ст. 3 цього Закону на Службу зовнішньої розвідки України покладається:

– добування, аналітична обробка та надання розвідувальної інформації Президентові України, Голові Верховної Ради України, Прем'єр-міністрові України та іншим визначеним Президентом України споживачам;

– здійснення спеціальних заходів впливу, спрямованих на підтримку національних інтересів і державної політики України в економічній, політичній, військово-технічній, екологічній та інформаційній сферах, зміцнення обороноздатності, економічного і науково-технічного розвитку;

– участь у забезпеченні безпечного функціонування установ України за кордоном, безпеки співробітників цих установ та членів їх сімей у країні перебування, а також відряджених за кордон громадян України, які обізнані з відомостями, що становлять державну таємницю;

– участь у боротьбі з тероризмом, міжнародною організованою злочинністю, незаконним обігом наркотичних засобів, незаконною торгівлею зброєю і технологією її виготовлення, незаконною міграцією;

– вжиття заходів протидії зовнішнім загрозам національній безпеці України, життю, здоров'ю її громадян та об'єктам державної власності за межами України.

З огляду на важливість указаних повноважень Служби зовнішньої розвідки України для забезпечення національної безпеки України та їх постійний характер є всі підстави віднести цей орган державної влади до основних суб'єктів протидії тероризму.

¹ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму : Закон України від 28.11.2002 р. № 249-IV // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 50. – Ст. 2248.

² Про Службу зовнішньої розвідки України : Закон України від 01.12.2005 р. № 3160-IV // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 52. – Ст. 3244.

3. Міністерство закордонних справ України, яке діє відповідно до Указу Президента України «Про Положення про Міністерство закордонних справ України» від 06.04.2011 р. № 381/2011¹. Указане Міністерство бере участь у протидії терористичній діяльності шляхом створення відповідних умов, як-от: обговорення та прийняття відповідних норм міжнародного права, налагодження зв'язків між нашою державою та іншими країнами щодо єдиного вектора в цій сфері, сприяння встановленню відповідних контактів з міжнародними організаціями, підготовка відповідної документації тощо.

4. Міністерство охорони здоров'я України (далі — МОЗ України). МОЗ України діє на підставі Указу Президента України «Про Положення про Міністерство охорони здоров'я України» від 13.04.2011 р. № 467/2011². У сфері протидії терористичній діяльності МОЗ України виконує допоміжну функцію, що, як правило, обмежується організацією виконання заходів із цивільного захисту населення і територій від наслідків надзвичайних ситуацій техногенного, природного та військового характеру, організацією служби швидкої медичної допомоги, допомогою в організації реабілітації осіб, які постраждали в ході терористичного акту, тощо.

5. Міністерство палива та енергетики України (далі — Мінпалив-енерго України), яке діє на підставі Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Міністерство палива та енергетики України» від 02.11.2006 р. № 1540³. Указане Міністерство виконує важливу роль у протидії терористичній діяльності, оскільки в його підпорядкуванні знаходяться ряд об'єктів підвищеної небезпеки, на яких запроваджені відповідні режимні правила.

6. Міністерство промислової політики України (далі — Мінпром-політики України), яке діє відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Міністерство промислової політики України» від 02.11.2006 р. № 1538⁴. Згідно з п. 4 цього По-

¹ Про Положення про Міністерство закордонних справ України : Указ Президента України від 06.04.2011 р. № 381/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 29. – Ст. 1220.

² Про Положення про Міністерство охорони здоров'я України : Указ Президента України від 13.04.2011 р. № 467/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 29. – Ст. 1273.

³ Про затвердження Положення про Міністерство палива та енергетики України : Постанова Каб. Міністрів України від 02.11.2006 р. № 1540 // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 45. – Ст. 2998.

⁴ Про затвердження Положення про Міністерство промислової політики України : Постанова Каб. Міністрів України від 02.11.2006 р. № 1538 // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 45. – Ст. 2996.

ложення Мінпромполітики України здійснює такі функції, які впливають на ефективність заходів щодо протидії тероризму:

– у межах своєї компетенції координує зовнішньоекономічну діяльність промислових підприємств, у тому числі у сфері оборонного комплексу;

– забезпечує виконання завдань мобілізаційної підготовки та мобілізаційної готовності держави в межах повноважень, визначених законодавством;

– організовує виконання робіт з комплексної утилізації непридатних боєприпасів, утилізації рідинних компонентів і твердого ракетного палива та інших токсичних речовин на підприємствах і в організаціях, що належать до сфери управління Мінпромполітики України;

– у межах своєї компетенції забезпечує здійснення державного управління у сфері охорони праці, пожежної безпеки, охорони довкілля, захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, вирішення питань цивільної оборони, здійснює відповідне методичне керівництво і контроль за діяльністю підприємств, установ та організацій, що належать до сфери його управління, тощо.

7. Міністерство транспорту України, яке було реорганізовано у Міністерство інфраструктури України. Указане Міністерство діє на підставі Указу Президента України «Про Положення про Міністерство інфраструктури України» від 12.05.2011 р. № 581/2011¹. Відповідно до зазначеного Положення на Міністерство інфраструктури України покладені широкі повноваження, у тому числі ті, що мають відношення до забезпечення ефективної протидії терористичній діяльності шляхом комплексу заходів щодо забезпечення безпеки функціонування інфраструктури України.

8. Міністерство фінансів України (далі — Мінфін України), яке діє відповідно до Указу Президента України «Про Положення про Міністерство фінансів України» від 08.04.2011 р. № 446/2011². Основна роль Мінфіну України у механізмі протидії терористичній діяльності полягає у забезпеченні запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, надання відповідних рекомендацій та участь у відповідних заходах із цього приводу.

¹ Про Положення про Міністерство інфраструктури України : Указ Президента України від 12.05.2011 р. № 581/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 37. – Ст. 1513.

² Про Положення про Міністерство фінансів України : Указ Президента України від 08.04.2011 р. № 446/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 29. – Ст. 1254.

9. Міністерство екології та природних ресурсів України. Дане Міністерство діє на підставі Указу Президента України «Про Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України» від 13.04.2011 р. № 452/2011¹.

У сфері протидії терористичній діяльності Міністерство екології та природних ресурсів України виконує завдання щодо проведення екологічного та радіологічного контролю транспортних засобів і вантажів у пунктах пропуску через державний кордон та на митній території України, визначення переліку товарів, які підлягають радіологічному та екологічному контролю у пунктах пропуску через державний кордон та на митній території України, а також бере участь у плануванні та здійсненні заходів із запобігання виникненню надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру і реагування на них.

10. Міністерство аграрної політики України, яке було реорганізовано у Міністерство аграрної політики та продовольства України. Указане Міністерство діє відповідно до Указу Президента України «Про Міністерство аграрної політики та продовольства України» від 23.04.2011 р. № 500/2011². Даним Указом Президента України Мін-агрополітики України наділено широкими повноваженнями щодо виконання покладених на нього завдань. Щодо протидії терористичній діяльності такими повноваженнями є:

- установлення нормативів екологічної безпеки водних об'єктів, що використовуються для потреб рибного господарства;
- затвердження порядку введення особливого режиму захисту рослин і заходів щодо локалізації та ліквідації особливо небезпечних шкідливих організмів, у тому числі межі території та час введення особливого режиму захисту рослин;
- затвердження порядку застосування пестицидів і агрохімікатів на території, що піддалася радіоактивному забрудненню, а також у зонах надзвичайних екологічних ситуацій;
- забезпечення у межах повноважень вирішення питань у сфері захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, здійснення заходів цивільного захисту.

11. Державна митна служба України (далі — Держмитслужба України). Держмитслужба України діє на підставі Указу Президента Укра-

¹ Про Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України : Указ Президента України від 13.04.2011 р. № 452/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 29. – Ст. 1258.

² Про Міністерство аграрної політики та продовольства України : Указ Президента України від 23.04.2011 р. № 500/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 31. – Ст. 1326.

їни «Про Положення про Державну митну службу України» від 12.05.2011 р. № 582/2011¹. Виходячи з того, що суттєва кількість проявів терористичної діяльності в конкретній країні стає можливою завдяки зовнішньому фактору, Держмитслужба України разом із Державною прикордонною службою України виконують важливу роль у забезпеченні протидії тероризму в Україні, про що ми вже вказували в іншому дослідженні².

12. Державна податкова служба України, яка діє відповідно до Закону України «Про державну податкову службу в Україні» від 04.12.1990 р. № 509-ХІІ³ та Указу Президента України «Про Положення про Державну податкову службу України» від 12.05.2011 р. № 584/2011⁴. Основне призначення Державної податкової служби України у сфері, яка розглядається нами, — участь у забезпеченні виконання заходів із запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

Необхідно зазначити, що до участі в антитерористичних операціях за рішенням керівництва антитерористичної операції можуть бути залучені з дотриманням вимог вітчизняного законодавства й інші центральні та місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації незалежно від підпорядкованості і форми власності, їх посадові особи, а також громадяни за їх згодою.

Суб'єкти, які залучаються до боротьби з тероризмом, у межах своєї компетенції здійснюють заходи щодо запобігання, виявлення і припинення терористичних актів та злочинів терористичної спрямованості, розробляють і реалізують попереджувальні, режимні, організаційні, виховні та інші заходи, забезпечують умови проведення антитерористичних операцій на об'єктах, що належать до сфери їх управління, надають відповідним підрозділам під час проведення таких операцій матеріально-технічні та фінансові засоби, засоби транспорту і зв'язку, медичне обладнання і медикаменти, інші засоби, а також інформацію, необхідну для виконання завдань щодо боротьби з тероризмом.

¹ Про Положення про Державну митну службу України : Указ Президента України від 12.05.2011 р. № 582/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 37. – Ст. 1514.

² Трофімов С. А. Митні процедури на морському транспорті: теоретичні й практичні аспекти : монографія / С. А. Трофімов. – Х. : Право, 2010. – С. 6, 160–161, 165–166.

³ Про державну податкову службу в Україні : Закон України від 04.12.1990 р. № 509-ХІІ // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 6. – Ст. 37.

⁴ Про Положення про Державну податкову службу України : Указ Президента України від 12.05.2011 р. № 584/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 37. – Ст. 1515.

Слід підкреслити, що загальну координацію діяльності суб'єктів антитерористичної діяльності у запобіганні терористичним актам щодо державних діячів, критичних об'єктів життєзабезпечення населення, об'єктів підвищеної небезпеки, актам, що загрожують життю і здоров'ю значної кількості людей, та їх припинення здійснює Антитерористичний центр (далі — АТЦ), який є постійно діючим органом при Службі безпеки України. Порядок створення та правовий статус цього органу визначений Законом України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р.¹ й указами Президента України: «Про Антитерористичний центр» від 11.12.1998 р. № 1343/98² та «Про Положення про Антитерористичний центр та його координаційні групи при регіональних органах Служби безпеки України» від 14.04.1999 р. № 379/99³. У своїй діяльності АТЦ керується Конституцією України, законами України, актами Президента України та Кабінету Міністрів України.

Необхідно зазначити, що, на нашу думку, використання особового складу суб'єктів антитерористичної діяльності, що постійно працюють у звичайних умовах на території, де вводиться правовий режим району, проведення антитерористичної операції є недоцільним за декількома причинами.

По-перше, представники органів державної влади постійно працюють на підвідомчій території, встановлюють певні зв'язки (родинні, дружні, ділові тощо) з населенням цієї території. У кризових ситуаціях, однією з яких є прояв терористичної діяльності, законодавством передбачені достатньо суттєві обмеження правового статусу осіб, що перебувають на території, де вводиться правовий режим району проведення антитерористичної операції. У зв'язку з цим, урахуовуючи неодмінні контакти населення з особами, що забезпечують режимні заходи, з високим ступенем імовірності стає можливим індивідуальний підхід до суворого виконання службового обов'язку із забезпечення режимних обмежень.

По-друге, після завершення правового режиму району проведення антитерористичної операції у співробітників, які були задіяні у режимних заходах, гіпотетично ускладняться відносини з населенням, сто-

¹ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

² Про Антитерористичний центр : Указ Президента України від 11.12.1998 р. № 1343/98 // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 7. – Ст. 300.

³ Про Положення про Антитерористичний центр та його координаційні групи при регіональних органах Служби безпеки України : Указ Президента України від 14.04.1999 р. № 379/99 // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 7. – Ст. 302.

совно яких вони були суб'єктами застосування обмежень, що неодмінно позначиться на ефективності їх подальшої роботи.

Як підсумок, зазначимо, що Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р.¹ не містить чіткого розмежування компетенції суб'єктів антитерористичної діяльності, що не відповідає загальним вимогам режимної організації й потребує вдосконалення. За таких правових реалій досить складно встановити суб'єкта, який повинен виконувати ті чи інші дії, адже за невиконання або неналежає виконання необхідно буде нести відповідальність. Окрім цього, на нашу думку, серед суб'єктів антитерористичної діяльності необхідно визначити головний відокремлений орган, який буде здійснювати безпосереднє керівництво всією антитерористичною діяльністю. Усі інші суб'єкти такої діяльності повинні мати статус допоміжних органів з чітко визначеною компетенцією із виконання антитерористичної діяльності. На нашу думку, це дозволить вирішити проблеми взаємодії та координації діяльності у протидії тероризму, зосередити висококваліфікованих фахівців у розглядуваній сфері, підвищить ефективність та відповідальність суб'єктів антитерористичної діяльності щодо прийняття рішень та їх запровадження в об'єктивну реальність.

Трофімов С. Определение правового статуса субъектов антитеррористической деятельности

В статье анализируются система субъектов антитеррористической деятельности, их полномочия и роль в обеспечении антитеррористических мероприятий, а также определяются отдельные проблемы реализации полномочий субъектами антитеррористической деятельности.

Ключевые слова: террористическая деятельность, антитеррористическая деятельность, субъект антитеррористической деятельности, антитеррористические меры, антитеррористический центр.

Trofimov S. Determination of legal status of subjects of counterterrorist activity

In the article the system of subjects of counterterrorist activity, their plenary powers and role, is analysed in providing of counterterrorist measures, and also the separate problems of realization of plenary powers of subjects of counterterrorist activity are determined.

Keywords: terrorist activity, counterterrorist activity, subject of counterterrorist activity, counterterrorist measures, counterterrorist center.

¹ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

УДК 342.53

Т. Француз-Яковець, кандидат юридичних наук, докторант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Бікамеральний парламент: правова природа та юридичний статус

Постановка проблеми. Парламент — один із найдавніших інститутів державного механізму. Історія цього вищого законодавчого органу вимірюється століттями, упродовж яких ведеться безперервна дискусія з приводу обрання найбільш оптимальної його структури. Структура парламенту (унікамеральна чи бікамеральна) впливає на порядок його роботи, підвищуючи або ж, навпаки, знижуючи ефективність діяльності. Але окрім того, структура парламенту впливає на взаємовідносини даного органу з іншими органами державної влади, а також на політику, якої дотримується законодавчий орган. Саме тому питання оптимізації структури парламенту та встановлення кількості палат у парламенті, знаходяться в центрі уваги з моменту виникнення парламентів як таких.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У статті використано праці провідних зарубіжних вчених (М. Амелер, А. Эсмен, М. В. Баглай, И. Бентам, О. Н. Булаков, Л. Дюги, Дж. Милль), в яких висвітлено питання становлення, розвитку та особливостей функціонування двопалатних парламентів світу. Використано дослідження таких українських науковців, як: О. Березюк, А. З. Георгіца, В. С. Журавський, Л. Кривенко, Ю. Шемшученко у контексті аналізу проблем реалізації двопалатного парламенту в Україні.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Питання про кількість палат вважається одним із найбільш спірних у науці конституційного права. Особливого значення це набуває для теорії українського конституціоналізму з огляду на те, що ця проблематика є досить новою. Саме тому розробка цієї тематики є актуальною для вітчизняної

конституційно-правової науки, адже чимало вчених вважають, що питання структурної перебудови парламенту має стати предметом поглибленого дослідження.

Виклад основного матеріалу дослідження. Історично парламент став першою спробою обмежити абсолютну владу монарха, а палати мали можливість обмежити владу аристократії безпосередньо в парламенті. У Середні віки наявність двох, а то і трьох палат було закономірним наслідком поділу суспільства на три великі стани. Духовенство і дворянство об'єднувались за збігом інтересів в одній палаті. Про необхідність розмежування представників різних станів на окремі палати писав англійський філософ і юрист І. Бентам: «Якщо в державі існують такі могутні і привілейовані стани, як наприклад, дворянство та духовенство, то краще надати їх представникам окремі збори, ніж об'єднувати з депутатами народу в одній палаті»¹.

Звертаючись до історії, бачимо, що двопалатна система виникла в Англії в середині XIV століття, коли відбувся розподіл парламенту Великої Британії на Палату лордів та Палату громад. Власне, англійська Палата лордів утворилася із королівської Великої Ради². Саме з цього періоду і до сьогодні (за винятком невеликої перерви середини XVII ст.). Парламент Великої Британії є класичним прикладом бікамерального парламенту, який виник під впливом сукупності історичних умов, що зумовили своєрідну природу державного ладу цієї країни³. Сьогодні у більшості європейських країн двопалатна система є інститутом швидше раціоналістичного, а не історичного походження.

Двопалатна парламентська структура на Європейському континенті формувалась під значним впливом політичної доктрини Ш. Монтеск'є⁴. В її основі — ідеї представництва меншин та врегулювання влад. Відповідно до концепції Ш. Монтеск'є, одна з палат повинна бути народною, а інша — аристократичного характеру. Палати контролюють дії одна одної, що забезпечує необхідну рівновагу влад. Обидві палати пов'язані виконавчою владою. З іншого боку, виконавча влада врівноважується законодавчою.

¹ Бентам І. Тактика законодательных собраний / И. Бентам. – СПб., 1907. – С. 43.

² Mackenzie K. The English Parliament / K. Mackenzie. – Harmondsworth, 1959. – P. 177.

³ Георгіца А. З. Двопалатна структура парламенту: доктрина і сучасна конституційна практика / А. З. Георгіца // Чернівецький ун-т. Науковий вісник : зб. наук. пр. – Чернівці : Рута, 1999. – Вип. 70: Правознавство. – С. 64.

⁴ История политических и правовых учений : учеб. для ВУЗов. – Изд. 2-е, стереотип. / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. – М. : Изд. гр. НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – С. 281–290.

Розвиток суспільства та держави зумовлює також закономірну еволюцію парламенту. Саме парламент чітко віддзеркалює тенденції розвитку в різні історичні епохи в різних країнах та співвідношення соціальних сил у різних сферах.

Період становлення парламентів сучасних демократичних держав відбувався протягом XVIII–XIX ст. У цей період питання доцільності та необхідності існування палат набуло зовсім іншого змісту. Парламенти цього часу суттєво відрізнялися від середньовічних за типом представництва, характером повноважень та місцем, яке вони займали в системі інших державних органів. Скажімо, якщо в Середні віки вважалось природним формування верхньої палати на спадковій основі, то в цей історичний період переважає принцип представництва. Окрім того, верхня палата стала зобов'язана стримувати нижню від небажаних починань.

Так, А. Есмен вважає, що верхня палата є важливим засобом забезпечення балансу гілок влади, адже саме така структура парламенту дозволяє уряду спиратись на одну із палат у випадку конфлікту з іншою¹.

У працях Л. Дюгі зазначено, що кращий спосіб уникнути парламентської тиранії полягає у створенні двох зборів, спільна робота яких необхідна для вотування законів і бюджету, і які, таким чином, обмежують один одного².

Щодо якісного складу палат, то в цей же історичний період на Європейському континенті не було жодної держави, де б верхня палата формувалась повністю на основі прямих виборів. Процедура прямих виборів була прийнята тільки при обранні верхніх палат законодавчих органів окремих штатів США. Верхні палати в основному формувались на основі непрямих, багатоступневих виборів. Їхні члени обирались органами місцевого самоврядування і дані органи вважались органами загальнодержавного представництва відповідних громад і тільки опосередковано органами народного представництва. Наприклад, у Бельгії одна частина верхньої палати обиралась прямими виборами, а інша непрямими. У Данії місця у верхній палаті розподілялись на основі двоступневих виборів і за призначенням короля.

Сьогодні однією із загальноєвропейських тенденцій є еволюція другої палати у бік її трансформації у національно-територіальну па-

¹ Эсмен А. Общие основания конституционного права / А. Эсмен. – СПб., 1909. – С. 81.

² Дюги Л. Конституционное право / Л. Дюги. – М., 1908. – С. 468.

лату, яка відбиває інтереси національностей та територій. Це й обумовлює принцип формування більшості верхніх палат. Так, Бельгія, Швейцарія, Італія, Польща, Хорватія практикує прямі вибори, Франція, Словенія — непрямі вибори, в Іспанії мають місце змішані вибори, у ФРН, РФ — призначення певної кількості сенаторів. Даний шлях формування характерний для федеративних та унітарних держав.

Загалом, способи формування верхніх палат сучасних двопалатних парламентів різноманітні. Прямі та непрямі вибори, призначення та кооптація зустрічаються в різних співвідношеннях.

Для європейських країн прямі вибори членів верхньої палати не характерні. Шляхом прямих виборів формуються сенати Польщі, Румунії та Чехії. Друга палата Швейцарської федерації також формується шляхом прямого голосування. Ці держави є швидше винятками із правила, адже сенс існування двопалатного парламенту полягає в тому, щоб палати формувалися відмінними способами.

Характерними рисами розвитку двопалатних парламентів більшості європейських держав є поєднання як власної історії розвитку парламентаризму, так і принципів розподілу влади та федералізму (Австрія, Швейцарія, Бельгія).

У тих же країнах, де не було історичного досвіду існування бікамеральних парламентів, їх зародження і розвиток пов'язано із адаптацією досвіду інших держав, зокрема Великої Британії.

Окрім національних традицій, двопалатна структура парламенту часто зумовлена формою державного устрою. Беззаперечно, функціонування двопалатного парламенту у федеративних державах є виправданим, оскільки функція верхньої палати полягає в представленні інтересів територіальних одиниць. Двопалатна структура парламенту здатна забезпечити більш різнобічне представництво. Ця риса двопалатного парламенту є необхідною для стабільного існування федеративних держав, оскільки є гарантією цілісності тих держав, які можна охарактеризувати як складні. Так, стосовно Російської Федерації М. В. Баглай зазначає: «Двопалатні Федеральні Збори виступають фундаментальною основою реального федералізму, призначення якого розширити права та самостійність народу»¹.

В унітарних державах двопалатний парламент також зустрічається досить часто. Прикладом служить досвід функціонування двопалатних

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации / М. В. Баглай. – М., 2001. – С. 449.

парламентів у Франції, Італії, Іспанії та багатьох інших європейських країнах. В унітарних державах, на відміну від федеративних, де двопалатний парламент відповідає природі держави, наявність верхньої палати парламентів не має загальних закономірностей існування. Причини функціонування бікамерального парламенту в унітарних державах мають індивідуальний характер у кожній державі.

Так, двопалатні парламенти створені в тих унітарних державах, де верхні палати є органами регіонального представництва. Конституція Франції містить положення, згідно з яким Сенат забезпечує представництво територіальних колективів Республіки. Відповідно до Конституції Італії Сенат Республіки обирається на базі областей. В інших унітарних державах створення верхньої палати зумовлено або представництвом інтересів місцевого управління та самоврядування (Хорватія) або ж історичним досвідом національного конституційного розвитку (Румунія, Польща).

Вартим уваги є і той факт, що територіальне представництво населення ефективно за умови існування розвинутого громадянського суспільства, інтереси якого можливо територіально розмежувати.

О. Булаков слушно зауважує: «Ідея двопалатної структури парламенту базується на визнанні того, що суспільство неоднорідне за своїм складом і включає велику кількість груп із різними інтересами. Сучасні демократії намагаються врахувати цю обставину шляхом створення різних форм ухвалення політичних рішень. Але неможливо одночасно врахувати різні інтереси всіх груп та окремих осіб. Непросто визначити, які з численних інтересів мають бути інституційно представлені і в якій формі. Спроби вирішити цю проблему зроблені на рівні законодавчих органів у рамках двопалатного парламенту»¹.

За останню третину ХХ ст. кількість других палат законодавчих органів значно зросла. Ця тенденція має логічне пояснення. Адже загальновизнаними перевагами двопалатної структури парламенту є: можливість врахування інтересів нації в цілому та інтересів окремих регіонів, здатність покращити законодавчий процес, шляхом утримання від непередуманих законодавчих рішень та врешті стабілізувати політичні відносини в суспільстві.

Але незважаючи на явні переваги двопалатної структури парламенту, не слід вважати, що всі конституційні проблеми необхідно виріши-

¹ Современный парламент: теория, мировой опыт, российская практика / под общ. ред. О. Н. Булакова. – М. : Эксмо, 2005. – С. 51–52. – (Российское юридическое образование).

ти лише започаткувавши діяльність другої палати. Ще видатний англійський мислитель XIX ст. Джон Стюарт Мілль вважав, що проблема форми парламентаризму має другорядне значення, тому перш ніж перейти до впорядкування структури парламенту, слід вирішити інші проблеми конституційного устрою, адже саме по собі запровадження другої палати цих проблем не вирішить¹. Тому питання організаційної структури парламенту має теоретичний характер, оскільки підвищити ефективність діяльності законодавчого органу, змінивши структуру, неможливо.

Поряд із позитивними сторонами, неможливо не згадати і негативні прояви бікамералізму. Зокрема, у період активної дискусії з приводу двопалатної структури парламенту в Україні називались декілька. Серед них беззаперечним є те, що двопалатний парламент є більшим за чисельністю, тому потребує значно більших фінансових витрат. Окрім того, наявність другої палати парламенту значно ускладнює процедуру здійснення законодавчих функцій, а сама двопалатна система закладає можливість виникнення конфліктних ситуацій у структурах влади.

Позиції українських дослідників з приводу започаткування діяльності двопалатного парламенту на теренах України розрізняються. Але неможливо не погодитися з думкою Л. Т. Кривенко, що двопалатний законодавчий орган не є раціональним у складних умовах життєдіяльності населення, суспільства і держави².

Двопалатна структура парламенту на вітчизняному ґрунті могла б виступати потужним знаряддям руйнування парламенту як цілісного законодавчого органу. При цьому тенденція світової конституційної законотворчості — це чітко окреслена лінія основних законів, спрямованих на закріплення відкритого підпорядкування верхніх палат парламентів політиці президентів та урядів (Франція, ФРН)³.

Не вдаючись у деталі дискусії навколо структурної організації двопалатного парламенту в Україні, у цьому контексті варто зазначити, що досить часто наявність бікамерального парламенту розглядається як необхідна складова демократичного суспільства. Бікамеральний

¹ Мілль Дж. Ст. Рассуждения о представительном правлении : пер. с англ. / Джон Стюарт Мілль. – Челябинск : Социум, 2006. – С. 251–264.

² Кривенко Л. Верховна Рада України – однопалатний парламент / Л. Кривенко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 4 (15). – С. 78–79.

³ Кривенко Л. Парламент без парламентаризму? / Л. Кривенко // Віче. – 1997. – № 4. – С. 13–32.

парламентський устрій сприймається теоретиками демократичного розвитку як гарантія публічності, прозорості та захисту інтересів і прав меншостей. Є багато прихильників ідеї двопалатного парламенту, які вважають, що бікамералізм здатний забезпечити реальну демократію законодавчої гілки влади, оскільки може врахувати політичну кон'юнктуру та поєднати інтереси всіх представників влади. Але справжня демократія існує лише в тому суспільстві, якому притаманне почуття глибокої політичної відповідальності та громадськості. У політично малокультурному суспільстві демократія не може встановитись лише за допомогою заснування двопалатної системи. Тому в цьому контексті не можна вести мову про більшу чи меншу демократичність тієї чи іншої моделі організації парламенту.

У державах, які розвиваються, поспішні та необдумані реформи структурної складової парламенту неприпустимі. Структура та склад парламенту, а також повноваження палат мають відповідати реальним потребам та логічному розвитку держави та суспільства. Вибір бікамеральної системи парламенту повинен бути чітко обґрунтований, ураховуючи особливості тієї чи іншої держави.

Адже навіть двопалатний парламент Великої Британії у світлі сучасних реформ постав перед проблемою зниження ефективності діяльності верхньої палати, оскільки фактично діяльність верхньої палати зводиться до виконання консультативних функцій. І це при тому, що історії Великої Британії практично не відома інша структура парламенту, аніж двопалатна.

Як слушно зазначає М. Амелер: «Питання про те, із якої кількості палат повинен складатися парламент, є одним із найбільш спірних питань конституційного права, а відповіді на нього віддзеркалюють всю багатогранність парламентських інститутів. Це питання являє не тільки академічний інтерес для вчених, які працюють у галузі політичних наук. Рішення цього питання в кожній країні є результатом політичного вибору, що визначається самим існуванням даного устрою»¹.

Отже, причини обрання двопалатної чи однопалатної системи є різними, але здебільшого вибір на користь моно- чи бікамеральної структури зумовлений політичними рішеннями. Досвід європейського бікамералізму свідчить про те, що зміна структури парламенту — проблема не теоретичного, а більше прагматичного вибору країни.

¹ Амелер М. Парламенты / М. Амелер. – М. : Прогресс, 1967. – С. 31.

Окрім того, історичні та політичні обставини з часом, як бачимо, суттєво впливають на змінення ролі других палат. Зокрема, припиняють їх існування (Данія, Швеція), зменшують їх політико-правове значення (Велика Британія) та сприймають по-різному їх призначення на різних етапах конституційного розвитку держави (Франція), або ж взагалі відкривають нову конструктивну роль у зв'язку із запровадженням федералізму (Бельгія). Саме тому зміст і призначення бікамералізму досить часто змінюються.

Француз-Яковець Т. Бікамеральний парламент: правова природа и юридический статус

В статье исследуются правовая природа и юридический статус двухпалатных парламентов.

Ключевые слова: двухпалатный парламент, правовая природа, юридический статус.

Frantsuz -Yakovets T. Bicameral parliament: the legal nature and legal status

The legal nature and legal status of bicameral Parliaments are explored in this article.

Keywords: bicameral parliament, legal nature, legal status.

УДК 347.001.76

О. Сімсон, кандидат юридичних наук,
докторант Національного університету
«Юридична академія України імені Яро-
слава Мудрого»

Державно-приватне партнерство в інноваційній сфері

Тема партнерства в інноваційній сфері набуває актуальності в Україні. Це передусім пов'язане з наслідками неефективної регуляторної політики, що останнім десятиріччям впроваджувалася в галузі науки та інновацій. За основу було взято модель активної участі держави в інноваційному процесі, яка фактично не реалізувалася, бо не мала під собою відповідного ресурсного підґрунтя. Держава виявилася неспроможною виконати функції, передбачені ст. 328 Господарського кодексу України та ст. 6 Закону України «Про інноваційну діяльність», а саме фінансувати, організувати та навіть здійснити належне регулювання у цій сфері. До сьогодні не прийнята стратегія інноваційного розвитку; не визначена інноваційна політика держави; не реалізуються пріоритетні напрями інноваційної діяльності; не працюють механізми державної фінансової підтримки через неузгодженість виділення коштів на такі цілі з бюджетним та податковим законодавством; не має розгалуженої інноваційної інфраструктури, а її окремі елементи (технопарки, наукові парки) існують у рамках нестабільного правового поля за відсутністю будь-якої (після прийняття Податкового кодексу України) фінансової підтримки.

З іншого боку, інертним до інноваційних процесів залишається приватний сектор. Так, інноваційна активність українських підприємств оцінюється на рівні 10–11 %. У чинному законодавстві зберігається цілий ряд норм, що стримують розвиток ринкової конкуренції в інноваційній сфері. Вона залишається занадто зарегульованою. Це стосується вимог до інноваційного підприємства, що не мають аналогів у світовій практиці, проектного механізму здійснення інноваційної діяльності, публічного порядку створення суб'єктів інноваційної інфраструктури, контролю в інноваційній сфері тощо. Окрема проблема стосується української науки, яка в основному сконцентрована у державному некомерційному секторі і фактично відірвана від активної інноваційної діяльності.

У результаті — інноваційна діяльність в Україні залишається не розвиненою, а в рамках національної інноваційної системи сформувався суттєвий розрив у взаємодії її елементів у трикутнику: приватний бізнес, наука і держава. Для того щоб заповнити цей розрив, *необхідна нова основа інноваційних відносин (правова модель), яка б дозволила дотримуватись балансу публічних і приватних інтересів в інноваційній сфері, забезпечити функціонування інноваційного ринку та підприємництва, залучити приватні інвестиції до інноваційного розвитку. Такою приватноправовою моделлю, що базується на рівності партнерів, довірі та свободі договору, стає модель державно-приватного партнерства.*

Визначення принципів державно-приватного партнерства (ДПП) постає завданням номер один для виконання Програми економічних реформ на 2010–2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» за напрямом «Розвиток науково-технічної та інноваційної сфери». Стимулювання державно-приватного партнерства назване необхідним кроком виконання Програми розвитку інвестиційної та інноваційної діяльності в Україні, затвердженою постановою КМУ № 389 від 02.02.2011 р. Нещодавно був прийнятий Закон України «Про державно-приватне партнерство» № 2404-VI від 01.07.2010 р. Таким чином, є всі підстави говорити, що термін державно-приватне партнерство, який донедавна був суто економічним, стає правовою реальністю. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, «якщо держава зацікавлена в партнерських відносинах з приватним сектором економіки, то мають бути запропоновані юридичні форми такого партнерства»¹.

Першими на цей виклик відгукнулися представники науки господарського права. Г. Знаменський стверджує, що партнерство стало розглядатися як нетрадиційний спосіб організації відносин між державою і бізнесом з метою реалізації проектів у багатьох сферах господарювання, тому, за словами автора, «чималий інтерес викликає і юридичний аспект державно-приватного партнерства з точки зору як концепції, так і практичного використання»². Деяким аспектам державно-приватного партнерства присвячені праці В. К. Мамутова,

¹ Спасибо-Фатєєва І. Цивілістичний погляд на поняття партнерства / І. Спасибо-Фатєєва // Право України. – 2010. – № 12. – С. 7.

² Знаменський Г. Державно-приватне партнерство: український варіант / Г. Знаменський // Юрид. вісн. України. – 2009. – № 39(743) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?jid=344. – Перевірено 23.10.2011 р.

О. М. Вінник¹. Загалом можна стверджувати, що серйозних правових досліджень на тему державно-приватного партнерства не проводилося.

Невивченість прийнятих у світі механізмів державно-приватного партнерства, зокрема у науковій та інноваційній сфері, стала причиною того, що Закон України «Про державно-приватне партнерство» не включив її до сфер застосування ДПП, зосередившись на сфері об'єктів інфраструктури і соціальних послуг. У той же час у проекті Закону України «Про загальні засади розвитку державно-приватного партнерства в Україні», схваленого Кабінетом Міністрів України 17.09.2008 р., наукова діяльність та інноваційна сфера були названі серед основних галузей, де було передбачено розгортання проектів ДПП. Цьому факту є пояснення. Аналіз норм Закону щодо суб'єктів, об'єктів, сфер та форм партнерства свідчить про те, що за основу була взята концесійна модель ДПП, запозичена з європейської практики, яка закріпилася у Зеленій книзі з ДПП та законодавства ЄС про державні контракти та концесії². Тому цей Закон не може розглядатися як широка концепція партнерства, зокрема у науково-технічній та інноваційній сферах.

Міжнародна практика свідчить про існування двох моделей ДПП, які умовно можна визначити як концесійну та організаційну.

1. *Концесійна модель ДПП у сферах традиційної відповідальності держави* у сучасному розумінні зародилася у Великій Британії. На початку 1990-х років уряд Дж. Мейджора подав ініціативу приватного фінансування (PFI) — першу системну програму, спрямовану на стимулювання державно-приватного партнерства, яка виникла як результат стурбованості з приводу зростаючого державного боргу в стандартній моделі державних закупівель 1980-х років. За ініціативою PFI держава замовляла приватним інвесторам будівництво великих капіталомістких об'єктів за їх власний рахунок. Після закінчення будівництва об'єкт брався державою у довгострокову оренду. Таким чином, приватні інвестиції поверталися за рахунок сплати орендних платежів, а після закінчення строку оренди об'єкт передавався за символічною вартістю або безкоштовно державі. У багатьох випадках інвестор за-

¹ Мамутов В. К. Принципы и методы правового регулирования хозяйственной деятельности / В. К. Мамутов // Хозяйственное право : учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др. ; под ред. В. К. Мамутова. – Глава 1, § 1. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 25–34; Вінник О. Державно-приватне партнерство з використанням угод акціонерів / О. Вінник // Право України. – 2010. – № 8. – С. 47–55.

² Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. – Brussels, 30.04.2004. – COM (2004) 327 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0327en01.pdf. – Перевірено 23.10.2011 р.

лучався до подальшої експлуатації об'єкта та отримував від цього доходи. Об'єктами приватної фінансової ініціативи могли ставати об'єкти інфраструктури (залізниці та автомобільні дороги, школи, лікарні, тюрми тощо). Тільки за 5 років з 1997 до 2003 року розквіту у Великій Британії механізму PFI було реалізовано 563 проекти із загальним кошторисом у 35,5 млрд фунтів.

У практиці західних країн використання ДПП суттєво розширилося і стало своєрідною альтернативою приватизації важливих об'єктів у галузях електроенергетики, транспорту, комунального господарства, охорони здоров'я, освіти й національної безпеки. Німеччина та Австрія використовували ДПП як механізм, спрямований на скорочення втручання держави, зокрема при прийнятті управлінських рішень, у секторах, що традиційно перебували у державній власності: енергетика, важка промисловість, гірничодобувна галузь, банківська сфера. Модель ДПП у сфері традиційної державної відповідальності була реалізована у багатьох країнах ЄС.

2. Організаційна модель публічно-приватного партнерства (ППП) забезпечує організацію і налагодження стійких зв'язків між публічним, приватним і третіми секторами з метою сприяння економічній та соціальній політиці розвитку. У ППП, яке може відбуватися у будь-якій сфері і до будь-яких об'єктів розвитку, публічним партнером виступає не тільки держава, а й регіональний суб'єкт (територіальна громада), державні та комунальні підприємства, установи, організації, об'єднання). *У межах цієї моделі ППП розглядається як ефективна модель реалізації інноваційної політики* на рівні ЄС та ОЕСР¹. Так, у межах Плану дій для Європи в рамках оновленої інноваційної політики ЄС «Інновації в дослідження»² було передбачено різноманітні заходи щодо:

– налагодження партнерських зв'язків між науково-дослідними організаціями, промисловістю та регулюючими органами щодо розробки стратегії технологічного розвитку, «створення європейських технологічних платформ» навколо ключових технологій;

– підвищення ефективності державної підтримки не тільки через фіскальні заходи, а й через налагодження зв'язків державного сектору досліджень із промисловістю;

¹ Public-Private Partnership for Innovation: synthesis report/OECD Science Technology and Industry Outlook. – Paris, 2004. – P. 88–106.

² Investing in research: an action plan for Europe. Communication from the Commission, COM(2003) 226 final/2, Brussels, 4.6.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/226/en.pdf>.

– ініціювання і проведення нормативних та адміністративних реформ, а також заходів підтримки, що дозволяють державним дослідницьким інститутам та університетам реалізувати найбільш ефективні зв'язки з промисловістю при збереженні соціальної місії у галузі освіти та фундаментальних досліджень, зокрема, через створення спільних підприємств, інкубаторів, наукових парків, венчурних фондів і нових типів публічно-приватного партнерства.

В ЄС у межах публічно-приватного партнерства були впроваджені такі ініціативи:

– у 2007 р. був створений Фонд розподілу фінансових ризиків (RSFF), який передбачає інвестиційну схему фінансування для приватних компаній і державних установ у галузі R&D, включаючи корпорації, державно-приватні партнерства, спільні підприємства, науково-дослідні інститути, університети, наукові і технологічні парки;

– у 2008 р. було прийняте рішення про створення Європейського інституту інновацій і технологій (EIT), метою якого стало створення партнерських союзів суб'єктів наукових досліджень, вищої освіти та бізнесу (підприємництва) під назвою «Співтовариство знань та інновацій» (KICs);

– у 2008 р. ЄК створила Європейську раду з досліджень (ERC) із представників науки і бізнесу для фінансування та стимулювання наукових знань, відштовхуючись від управління інвестуванням «знизу вгору», а не керуючись пріоритетами, встановленими політиками, що дозволяє формувати більш гнучку систему орієнтації досліджень на нові й перспективні напрями технологій.

Для розвитку і зміцнення зв'язків науки, промисловості і держави (територіальних утворень) Рада ЄС закликала сприяти формуванню інноваційних кластерів світового рівня, а також регіональних кластерів і мереж. У 2008 р. з'явився документ «На шляху до кластерів у Європейському Союзі: втілюючи комплексну інноваційну стратегію», у якому на основі досвіду 3000 світових кластерів були сформульовані засади політики ЄС щодо кластерів і намічені конкретні завдання в цьому напрямі.

Урешті оновлена стратегія соціально-економічного розвитку «Європа 2020», прийнята у 2010 р., також передбачила впровадження ППП як керівну ініціативу Європи з побудови Інноваційного Союзу, зокрема з метою вирішення глобальних соціальних проблем і підвищення конкурентоспроможності ЄС на міжнародному ринку.

Аналіз практики європейських країн свідчить, що ППП розглядається більшістю з них як *пріоритетний інструмент реалізації інноваційної політики* за такими напрямами, як:

1. Стратегічне співробітництво у сферах критично важливих для держави (суспільства) соціальних інновацій і високих технологій.

2. Забезпечення зв'язків між наукою і бізнесом та трансферу технологій у ринковий обіг.

3. Розумна підтримка суб'єктів підприємництва, малих і середніх підприємств, приватних інвестицій у дослідження та інновації, за допомогою партнерського фінансування та розподілу ризиків між публічним і приватним партнерами.

4. Кластероорієнтована політика.

Широка концепція партнерства у науковій та інноваційній сфері передусім пов'язана з новою функцією держави, яка стає у прямому сенсі «партнером» більше, ніж «регулятором» у тому розумінні, яке передбачає односторонній вплив. Тобто держава виступає у відносинах ДПП не як суб'єкт влади, а як рівноправний партнер, як підприємець, що готовий розділити ризики від інноваційної діяльності.

Основоположник сучасної доктрини господарського права В. К. Мамутов розглядає партнерство як основу господарських відносин взагалі¹, що не мають того характеру рівності та підпорядкування суб'єктів стосовно один одного, що притаманні цивільно-правовим і адміністративно-правовим відносинам. У горизонтальних господарських відносинах створюється інша рівність, ніж у цивільних відносинах, вона покликана не розділяти, а об'єднувати інтереси суб'єктів, перетворювати їх на партнерів, які у рівному підкоренні господарському порядку можуть знайти свій спільний інтерес.

Слід відзначити, що *відносини ППП* характеризуються не тільки рівністю суб'єктів партнерства перед законом (порядком), а саме рівністю сторін одна одній (за обсягом прав та обов'язків), що більш притаманна методології цивільного права. Характерною є й форма вираження цих відносин, в основі якої є договір, угода, формальні та неформальні домовленості, відносини особистої довіри. Цей договір може передбачати створення спеціальної гібридної структури, інституції (органу або юридичної особи) за участю сторін партнерства.

Ознакою відносин ППП в інноваційній сфері є спільність інтересів публічного і приватного партнерів, які стають не зустрічними, а єдиноспрямованими. Це накладає відбиток на характер договорів публіч-

¹ Мамутов В. К. Принципы и методы правового регулирования хозяйственной деятельности / В. К. Мамутов // Хозяйственное право : учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др. ; под ред. В. К. Мамутова. – Глава 1, § 1. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 32.

но-приватного партнерства, які за правовою природою тяжіють до спільної діяльності (простого товариства). Партнери несуть спільні витрати, ризики та відповідальність, а також беруть спільну участь у веденні справ та розподілі прибутків у межах партнерства, діють із спільною метою.

Таке уявлення відповідає сучасній концепції «Government as Entrepreneur»¹, викладеній в однойменній книзі віце-головою Комісії з інновацій та конкурентної політики ЄЕК ООН Альбертом Н. Лінком, чий дослідження ППП активно використовуються Національним науковим фондом США, ОЕСР і Світовим банком. А. Лінк стверджує², що ППП слід розглядати як:

– відносини формальні і неформальні (тобто офіційні та неофіційні. — прим. авт.) між публічними і приватними учасниками R&D процесів (до публічних він відносить федеральний уряд, уряд штатів і локальні органи, державні лабораторії, науково-дослідні інститути, державні університети, державні установи, організації і підприємства, а також об'єднання, а до приватного сектора — будь-які організаційно-правові форми, особливо спеціалізовані комерційні фірми);

– інституціональне об'єднання державних і приватних фінансових, інфраструктурних та дослідних ресурсів. Причому участь держави може бути як визначальною, так і навпаки.

Термін «інституціональний» вживається у європейських документах у розумінні перетворення певного явища (у даному випадку — партнерства) на організаційно-правове утворення з визначеною структурою відносин, ієрархією управління та правилами поведінки і є спадком теорії інституцій (франц. *institution*, от лат. *institutum* — устрій, установлення), однією з течій буржуазної політичної науки у Франції, сформованої у 20–30-ті рр. М. Оріу, Ж. Ренаром. У сфері інновацій мова йде про юридичну особу або іншу інноваційну структуру, що характеризується організаційною єдністю, ієрархією управління, наявністю відокремленого майна (зокрема, власного рахунка), здатністю виступати від свого імені у цивільному обігу. Інноваційною структурою буде, зокрема, науковий і технологічний парк, технополіс або інша кластерна організація, що являє собою господарське об'єднання без створення юридичної особи. Договірна та інституціональна основа

¹ Albert N. Link. *Government as Entrepreneur* / Albert N. Link. – N.-Y. : Oxford : University Press, 2009. – 196 с.

² Albert N. Link. *Public / Private Partnerships Innovation Strategies and Policy Alternatives* / Albert N. Link. – N.-Y. : SpringerScience+BusinessMedia, Inc., 2006. – С. 3–5.

буде правовою формою організації відносин партнерства або *організаційно-інституціональною основою партнерства*.

Світова, зокрема європейська, практика¹ свідчить про запровадження різних організаційно-правових форм ППП за такими напрямками:

– стратегічне партнерство (партнерства для вироблення стратегії і політики в галузі R&D та інновацій із врахуванням приватних і публічних інтересів) на кшталт французького Керівного комітету щодо національних досліджень та інноваційної стратегії, який створено з представників державної і приватної сфери);

– наукове партнерство (некомерційні партнерства) у сфері доконкурентних досліджень, освіти та підвищення кваліфікації, створення спеціальних служб для оцінки конкурентоспроможності досліджень (на кшталт французьких SAICs та Центрів досліджень, шведських Центрів компетенції VINNOVA);

– партнерство з трансферу технологій (комерційні партнерства на базі університетів, науково-дослідних установ з метою інноваційної діяльності, тобто комерціалізації розробок), в які державні наукові установи, наприклад, входять правами інтелектуальної власності, а приватні інвестори — фінансовими внесками і ефективним менеджментом. Такі партнерства запроваджені австрійськими програмами K-ind/K-net та COMET (Центри компетенції з досконалих технологій), бельгійською програмою СТАРТ;

– партнерство у фінансуванні: венчурні та інші фонди спільного державно-приватного фінансування (як приклад можна навести французький OSEO, який створено в організаційно-правовій формі акціонерного товариства і складається з холдингу та дочірніх компаній, 50 % капіталу якого належить державі) та програми партнерського фінансування (австрійські програми спільного фінансування Асоціації з досліджень Крістіана Доплера, за якою промисловий партнер вкладає 50 %, решта 50 % фінансується державою в основному Федеральним міністерством економіки, сім'ї та молоді, та аналогічна програма Товариства Людвіга Больцмана);

– партнерство у кластерних ініціативах (створенні інноваційних полісів, парків, центрів), що активно запроваджується у Франції, Австрії, Німеччині, Бельгії, Скандинавських та багатьох інших країнах на базі університетів та інших наукових і освітянських центрів.

¹ ERAWATCH [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cordis.europa.eu/erawatch/index.cfm>.

Можна також виділити рівні партнерської взаємодії: національний, регіональний та міжнародний.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити такі висновки.

1. Публічно-приватне партнерство є ефективним інструментом реалізації інноваційної політики у практиці країн ЄС та ОЕСР. Термін «Public-Private-Partnership» (PPP) запозичений з англосаксонської правової системи і є його дослівним перекладом. В українській правовій реальності усталеним став термін «державно-приватне партнерство», що викликане, скоріше за все, традиційно великою роллю держави у суспільних відносинах. Використання словосполучення «публічно-приватне партнерство» не тільки відбиває участь у партнерстві суб'єктів публічного та приватного права, а й свідчить про взаємодію інтересів — публічних і приватних. З цієї точки зору вживання терміна «публічно-приватне партнерство» є коректнішим. Крім того, публічним партнером в означеній сфері є не тільки держава, а й територіальна громада, а також державні та комунальні установи, підприємства, організації, об'єднання.

2. Публічно-приватне партнерство як правова модель гармонізації публічних і приватних інтересів у інноваційних відносинах та організаційно-інституціональний механізм її реалізації мають становити основу реформування політики у сфері науково-технічного та інноваційного розвитку та її правового забезпечення.

Симсон О. Государственно-частное партнерство в инновационной сфере

Статья посвящена теме государственно-частного партнерства (ГЧП) в инновационной сфере. Модель публично-частного партнерства (ППП) в сфере науки и инноваций считается на уровне ЕС и ОЭСР альтернативной концессионной модели ГЧП в сфере инфраструктуры и социальных услуг. В работе проводится анализ практики ЕС относительно видов и организационно-правовых форм и уровней партнерского взаимодействия.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, публично-частное партнерство, инновации, правовая модель.

Simson O. The public-private partnership in innovation sphere

This paper is devoted to the theme of public-private partnership (PPP) in the area of innovation. Model of public-private partnership (PPP) in the field of science and innovation is considered by the EU and the OECD as the alternative of concession model of PPP in the infrastructure and social services. In this paper it was analyzed the practices of the EU under the types, legal forms and levels of partnership.

Keywords: public-private partnership, innovation, legal model.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

УДК 340.12

А. Мерник, аспірантка НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України, головний спеціаліст Головного юридичного управління Харківської обласної державної адміністрації

Громадянське суспільство як інституційна система

Тривалий час на сторінках наукових та суспільно-політичних періодичних видань іде дискусія про громадянське суспільство. Утім усі роздуми про громадянське суспільство, як правило, лежать у площині його протиставлення всьому тотальному і державному. При визначенні поняття «громадянське суспільство» домінує не системний, а випадковий набір ознак. Його структура визначається за «залишковим принципом», тобто «за вирахуванням» із соціального життя державного початку і деяких аспектів публічного права¹.

Громадянське суспільство визначають або як сукупність рівноправних індивідів², або як сукупність різноманітних суспільних відносин між індивідами³, або на перший план виступає така сутнісна риса громадянського суспільства, як права і свободи людини і громадянина⁴.

Так, представники першого підходу вважають, що розвинене громадянське суспільство будується як взаємодія та взаємовплив суб'єктів, якими і є окремі вільні особистості. Якщо виходити з того, що головною діючою особою суспільства є конкретна, вільна, автономна людина, то вся сукупність відповідних інституцій, які опосередковують

¹ Див.: Кальной И. И. Гражданское общество: истоки и современность / И. И. Кальной, И. Н. Лопушанский. – 2-е изд., доп. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002 – С. 133.

² Теория государства и права для юридических ВУЗов и факультетов / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский и др. – М. : Норма, 1998. – С. 82.

³ Див.: Мацюк А. Р. Громадянське суспільство – соціальна основа держав демократії / А. Р. Мацюк // Укр. право. – 1996. – № 1. – С. 24.

⁴ Див.: Рабінович П. М. Громадянське суспільство і правова держава (загально-теоретичні міркування) / П. М. Рабінович // Укр. право. – 1996. – № 3. – С. 32.

приватне життя і через які вона задовольняє свої потреби та інтереси, і є громадянським суспільством¹.

Представниками наступного підходу громадянське суспільство трактується через систему суспільних відносин і громадських інститутів: «Громадянське суспільство — це система самостійних і незалежних від держави громадських інститутів і відносин, які покликані забезпечувати умови для самореалізації окремих індивідів і колективів, реалізацію приватних інтересів і потреб»². Ці інтереси і потреби виражаються і здійснюються через такі інститути громадянського суспільства, як церква, система освіти, наукові, професійні та інші об'єднання, асоціації, організації тощо.

Представники іншого підходу зазначають, що громадянське суспільство — це тип соціальної організації, який будується на принципах забезпечення і гарантії прав людини³. Світоглядний принцип свободи особистості відображається у громадянських і політичних правах; в економіці — принцип економічної демократії, відображений у свободі підприємництва і праві приватної власності; у політиці — права держава, верховенство закону, принцип розподілу влади; в управлінні — самоврядування як універсальний принцип організації суспільних, господарських і політичних структур та їх функціонування.

Як зазначає Ю. Тодика, зусилля суспільства мають бути сконцентровані на забезпеченні прав і свобод людини і громадянина. Тому не випадково третина конституційного тексту Основного Закону нашої держави присвячена правам людини і громадянина, оскільки світовий досвід свідчить, що найбільш успішно розвивається та соціальна система, в якій найбільш повно розкривається творчий потенціал людини. Саме вільна і відповідальна людина є головною рушійною силою складних суспільних відносин — політичних, економічних, соціальних, правових, етнічних, конфесійних, культурних. Участь особи в усіх сферах суспільної життєдіяльності забезпечується системою прав і свобод, в якій виражено прагнення людини на гідне життя і благополуччя⁴.

¹ Див.: Цимбалюк М. М. Особистість як головна умова існування громадянського суспільства / М. М. Цимбалюк // Підприємництво, госп-во і право. – 2004. – № 2. – С. 82.

² Гаджиев К. С. Концепция гражданского общества: идейные истоки, основные вехи формирования / К. С. Гаджиев // Вопр. философии. – 1991. – № 7. – С. 30.

³ Див.: Варениця В. А. Соціальний діалог: громадянське суспільство та демократія співучасті / В. А. Варениця // Право і безпека. – 2009. – № 2. – С. 193.

⁴ Тодика Ю. Конституційні засади формування громадянського суспільства в Україні / Ю. Тодика // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 1 (32). – С. 38.

Якщо такі науки, як філософія, соціологія, політологія, не прагнуть обмежити поняття громадянського суспільства за обсягом і змістом, бо вони покликані охоплювати різноманітні за своєю природою суспільні явища, то юридична наука вивчає не всі сторони громадянського суспільства, а концентрується на інституціональному визначенні громадянського суспільства¹. Усе частіше в риториці науковців звучить поняття «інститут» — «політичний інститут», «правовий інститут» чи, приміром, «інститут держави». Іноді вживається й інше поняття — «інституція»: як синонімічне «інституту» поняття або як опозиційне до нього.

У Радянському енциклопедичному словнику, даючи визначення інституціоналізму, автори зазначають, що інституціоналізм — це напрям буржуазного правління державою 20 століття, який розглядає політичну організацію суспільства як комплекс різних об'єднань громадян — «інституцій» (наприклад, сім'я, партія, профспілка)². Таким чином, під інституціями розуміються об'єднання громадян, які формуються добровільно для представлення та захисту інтересів певної групи членів суспільства. Звідси можна окреслити дві ознаки інституцій: по-перше, це формування об'єднання громадян на добровільній основі, по-друге, це представлення та сприяння у реалізації приватних інтересів членів певного суспільства. Укладачі словника кваліфікують державу як одну з інституцій організації суспільства. З іншого боку, такі ознаки держави, як політична влада, апарат влади, організація всього суспільства, здатність видавати закони, не дозволяють вважати державу як звичайну інституцію суспільства. Звернемося до одного з визначень держави вітчизняними політологами: «...державою — це головна інституція суверенної влади, яка в рамках правових норм здійснює управління суспільними процесами»³. Але держава передусім є найважливішим політико-правовим інститутом.

Поняття «соціального інституту» вперше в науці застосував Г. Спенсер. Визначальними факторами в розвитку інститутів суспільства Г. Спенсер вважав боротьбу за існування із сусідніми суспільствами (війну) та з навколишнім природним середовищем. Завдання виживання суспільного організму в умовах його еволюції згідно з усклад-

¹ Загальна теорія держави та права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. – Х. : Право, 2009. – С. 540.

² Советский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. – 4-е изд. – М., 1987. – С. 494.

³ Ребкало В. А. Політичні інститути в процесі реформування системи влади / В. А. Ребкало, Л. Є. Шкляр. – К. : Міленіум, 2003. – С. 23.

ненням структур породжують, за Спенсером, необхідність формування регулятивного інституту¹. Взявши за основу функції держави (зовнішні та внутрішні), можна зробити висновок, що цим регуляторним інститутом і є держава, яка наділяється специфічними ознаками з метою виконання завдань, для яких вона утворюється.

Слід наголосити, що існують і інші підходи до розмежування понять «інститут» та «інституція». Як зазначає П. Бергер, термін «інституція» відбиває встановлення, традицію, порядок, заведений у суспільстві, а «інститут» відповідно розглядається як закріплення таких звичаїв і порядків у законах і правових нормах². Проте у правовій державі й інституції громадянського суспільства, й інститути держави закріплюються у правових нормах та діють у правовому полі.

Важливо наголосити і на тому, що громадянське суспільство як соціальне явище складається з інституцій — громадських (недержавних) об'єднань, а не окремих громадян. Це пояснюється ускладненням соціальної структури сучасних країн. Окремій особі складно змінити соціальну дійсність, яка створюється мільйонами автономних осіб. Потреби окремої людини мають найбільше шансів бути реалізованими, коли вони збігаються з потребами та інтересами інших осіб, які організуються та ставлять собі за мету скоординовано прагнути їх реалізації³. За цією рисою можна формально оцінити ступінь розвитку суспільства: чим більше існує різноманітних недержавних організацій, тим більше власних потреб воно може самостійно розв'язувати.

Цікавим є підхід до питання громадянського суспільства як інституційної системи дослідника Т. Янссона, який характеризує взаємовідносини держави і громадянського суспільства, вважаючи, що ми маємо справу з «трикутником»: держава перебуває нагорі, а внизу, з одного боку — місцеве самоврядування: муніципалітети, пов'язані із суспільною сферою і державою, з другого боку (також внизу) — добровільні об'єднання, що містяться у «приватній, соціальній, вільній сфері», керованій за правилом Бентама, згідно з яким метою товариства є найбільше щастя можливої більшості громадян⁴.

¹ Соціологія : підручник / М. П. Требін, В. Н. Воднік, Г. П. Клімова та ін. ; за ред. М. П. Требіна. – Х. : Право, 2010. – С. 59.

² Бергер П. Л. Що таке інституція? Випадок мови [Електронний ресурс] / П. Л. Бергер ; пер. Ю. Яремко. – Режим доступу: <http://www.ji.lviv.ua/n35texts/berger.htm>.

³ Загальна теорія держави та права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. – Х. : Право, 2009. – С. 540.

⁴ Цит. за: Голенкова З. Т. Громадянське суспільство в Росії / З. Т. Голенкова // Соц. дослідження. – 1997. – № 3. – С. 28.

Парадигма соціальної системи Т. Парсонса дає змогу застосувати системний підхід до дослідження громадянського суспільства як структурно-диференційованої цілісності, що забезпечує реалізацію інтересів та потреб людини. Його концепція соціетального суспільства представлена плюралізмом посередницьких структур: громадські об'єднання, лобі, політичні партії. Т. Парсонс розглядає демократичне добровільне об'єднання «як еволюційну універсалью», чим повніше вона «впроваджена» в суспільстві, тим ефективнішою стає соціальна організація¹.

Чинником зниження рівня соціальної напруженості в усіх сферах життєдіяльності суспільства може стати технологія соціального діалогу, яка ґрунтується на принципі організованої, інституційно оформленої співучасті. Це, у свою чергу, свідчить про необхідність інституціалізації системи соціального діалогу в соціальному просторі, створенні координаційних структур, дії яких будуть спрямовані на забезпечення реалізації інтересів соціальних суб'єктів у різних сферах життєдіяльності суспільства.

Таким чином, специфіка організацій громадянського суспільства передусім полягає в тому, що вони створюються не державою, а самими громадянами, їх корпораціями, підприємствами та існують автономно від неї, але відповідно до вимог чинного законодавства. Як підкреслює К. Кумар, «громадянське суспільство є тим середовищем, у якому сучасна людина законним шляхом задовольняє свої потреби, розвиває свою індивідуальність, приходять до усвідомлення цінності групових акцій і суспільної солідарності»². У своєму найпростішому вигляді громадянське суспільство є сукупністю формальних і неформальних організацій, яка поєднує окремого індивіда або сім'ю (домогосподарство) з державою (владою) і бізнесом (приватним сектором економіки)³. Відмітною рисою організацій, які входять до складу громадянського суспільства, є їх неприбутковий (некомерційний) характер та добровільна участь громадян у цих організаціях, що виражається в роботі без оплати праці або із заробітною платою, меншою, чим у комерційному секторі. Це «проміжне царство», розташоване між державою і домашнім господарством,

¹ Парсонс Т. Система современных обществ / Т. Парсонс ; пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева. – М. : Аспект Пресс, 1998. – С. 12.

² Кумар К. Гражданское общество / К. Кумар. – М., 1994. – С. 21.

³ Аузан А. Экономическое значение гражданского общества / А. Аузан, В. Тамбовцев // Вопр. экономики. – 2005. – № 5. – С. 29.

утворене організованими групами та асоціаціями, які відокремлені від держави, які мають певну автономію у відносинах із нею. Воно сформовано добровільно членами суспільства для того, щоб захищати або поширювати їх інтереси, цінності та ідентичність. При цьому такі функції громадянського суспільства, як представлення інтересів громадян, їх залучення в соціальні процеси і надання соціальних послуг, дають підставу трактувати його як самостійну складову, а не як частину бізнесу.

Окрім цього, слід ураховувати, що діяльність людей, як правило, не пов'язана із задоволенням загальнозначущих потреб. Насправді абсолютна більшість індивідів зайнята задоволенням найрізноманітніших інтересів і потреб, у тому числі індивідуальних, сферою реалізації яких є повсякденне життя. У ній дії індивідів відображають їхні прагнення до автономії та незалежності від колективного життя. Повсякденне життя індивідів, її первинні форми становлять сферу громадянського суспільства¹.

Поступальний розвиток соціальних форм життєдіяльності приводить до їх диференціації, виділення сфери управління як окремої галузі суспільної діяльності, яка саме й спрямована на задоволення загальнозначущих потреб та соціально корисної праці, направленої на задоволення індивідуальних потреб. Ідеологічним обґрунтуванням цього процесу стають: 1) концепція індивідуалізму, коли людина розглядається як першооснова суспільного та політичного устрою², у тому числі й носій певних невід'ємних прав; 2) принцип непорушності приватної власності; 3) ліберальне розуміння свободи, що не зводить її лише до взаємовідносин між людиною та державою, натомість політична свобода розглядається лише як засіб для реалізації особистої свободи; 4) ідея місцевого самоврядування, що передбачає диференціацію й відносну автономію різних форм публічної влади³.

Сучасна політологічна інтерпретація розглядає громадянське суспільство як складну і багаторівневу систему невідладних структур. Оскільки повсякденні інтереси громадян нерівнозначні, остільки і сфери громадянського суспільства мають певну супідрядність, яку умовно можна виразити таким чином.

¹ Див.: Мухаев Р. Т. Политология / Р. Т. Мухаев. – М. : ПРИОР, 1997. – С. 111.

² Див.: Егоров С. Н. Аксиоматические основы теории права / С. Н. Егоров. – СПб., 2001. – С. 52.

³ Див.: Петришин О. В. Громадянське суспільство – підґрунтя формування правової держави в Україні / О. В. Петришин // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3 (33–34). – С. 146.

Перший рівень міжособистісних взаємозв'язків базується на індивідуальних особливостях та лежить у рамках таких інституцій, як церква, освітні та наукові установи, творчі спілки, спортивні товариства тощо.

Другий рівень міжособистісних взаємозв'язків базується на досягненні конкретної мети та реалізується через такі громадські інституції, як професійні, споживчі та інші об'єднання й асоціації.

Третій, вищий рівень передбачає сформованість у індивіда конкретних політичних позицій. Політичні переваги індивідів і груп реалізуються за допомогою груп інтересів, політичних партій, рухів¹.

Таке розуміння громадянського суспільства переплітається з точкою зору Ю. Красіна і А. Галкіна, що як громадянське суспільство розглядають стабільну систему горизонтальних соціальних зв'язків, які утворилися безпосередньо із відносин власності, але не зводяться до них. У цій системі концентруються й оформлюються економічні, професійні, культурні, релігійні та інші повсякденні інтереси соціальних прошарків і груп².

Таким чином, бачимо, що громадянське суспільство формують горизонтальні зв'язки, які поділяють його на кілька шарів. На відміну від держави громадянське суспільство не є структурованим по вертикалі і не керується зверху до низу, а формує певну мережу інституцій, які утворюють собою ціле, та забезпечує стабільність соціального устрою.

Інституції громадянського суспільства співпрацюють з інститутами держави, формулюючи інтереси груп суспільства, вони звертаються до держави з пропозиціями та зауваженнями щодо врегулювання певного напрямку життєдіяльності суспільства. Для цього у структурі влади функціонують спеціальні органи співпраці з організаціями громадянського суспільства.

Так, в Україні існують громадські ради, які утворюються і діють при органах державної влади. Наприклад, відповідно до статті 37 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» місцеві державні адміністрації взаємодіють із політичними партіями, громадськими, релігійними організаціями, професійними спілками та їх об'єднаннями для забезпечення прав і свобод громадян, задоволення їх політичних,

¹ Див.: Гаджиев К. С. Политология : пособие для сдачи экзаменов / К. С. Гаджиев. – М. : Логос, 2001. – С. 42.

² Див.: Красин Ю. Гражданское общество: путь к стабильности / Ю. Красин, А. Галкин // Диалог. – 1992. – № 3. – С. 23.

екологічних, соціальних, культурних та інших інтересів з урахуванням загальнодержавних і місцевих інтересів, сприяють виконанню статутних завдань та забезпечують додержання законних прав цих об'єднань громадян¹.

Постановою Кабінету Міністрів України від 03.11.2010 № 996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» затверджено Порядок проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики. Цей Порядок визначає основні вимоги до організації і проведення органами виконавчої влади консультацій із громадськістю. Консультації з громадськістю проводяться з метою залучення громадян до участі в управлінні державними справами, надання можливості для їх вільного доступу до інформації про діяльність органів виконавчої влади, а також забезпечення гласності, відкритості та прозорості діяльності зазначених органів².

Згідно з постановою Кабінету Міністрів України прийнято Положення про громадську раду при Харківській обласній державній адміністрації, відповідно до якого громадська рада при Харківській обласній державній адміністрації є постійно діючим колегіальним виборним консультативно-дорадчим органом, утвореним для забезпечення участі громадян в управлінні державними справами, здійснення громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади, налагодження ефективної взаємодії зазначених органів із громадськістю, урахування громадської думки під час формування та реалізації державної політики³.

Отже, громадянське суспільство з точки зору інституційного підходу можна визначити як сукупність добровільно сформованих громадських інституцій, які виражають інтереси та потреби вільних та рівних членів суспільства і діють у межах певної правової системи. Воно має такі ознаки.

1. Громадянське суспільство є сукупністю громадських інституцій. Індивіди для задоволення своїх приватних потреб об'єднуються в недержавні організації, що, як і потреби індивідів, є різноманітними. Саме сукупність недержавних інституцій і утворює громадянське суспільство, а їх безпосередня діяльність забезпечує стабільний розвиток усього суспільства в цілому.

¹ Офіц. вісн. України. – 1999. – № 18. – С. 3.

² Там само. – 2010. – № 84. – С. 36.

³ <http://www.kharkivoda.gov.ua/>.

2. Громадянське суспільство відображає різноманітні інтереси громадян і створюється з метою їх задоволення. Кожна особа має приватні потреби та інтереси, які штовхають її на взаємодію з іншими суб'єктами громадянського суспільства. Прагнучи їх задовольнити, вона виходить у зовнішнє, соціальне середовище, у результаті чого і формуються інституції громадянського суспільства.

3. Громадянське суспільство формується добровільно та функціонує на основі принципів самоорганізації і самоврядування. Громадяни самостійно і добровільно, на основі власних потреб та інтересів визначають необхідність об'єднання у певну організацію, встановлюють мету, способи і напрями своєї діяльності, керують справами цієї організації та приймають рішення про її припинення чи подальший розвиток.

4. Громадянським стає лише те суспільство, в якому особа визнається вищою соціальною цінністю, а її права і свободи — рівними та невід'ємними.

5. Громадянське суспільство існує в межах певної правової системи, функціонує у певних рамках, підпорядковує свою діяльність нормам права, що діють у суспільстві.

Мерник А. Гражданское общество как институционная система

В статье рассматривается институционное определение гражданского общества. Демонстрируются различия между понятиями «институт» и «институция». Исследуется правовая природа гражданского общества как совокупности добровольно сформировавшихся общественных институций, которые отображают интересы свободных и равных членов общества.

Ключевые слова: гражданское общество, институт, институции гражданского общества.

Mernik A. Civil society as an institutional system

The article considers the institutional definition of civil society. Demonstrates the differences between the concept of institut and institution. We investigate the legal nature of civil society as an aggregate voluntarily formed social institutions, which represent the interests of free and equal members of society.

Keywords: civil society, institution, institutions of civil society.

УДК 347.133.2

К. Скіданов, аспірант Інституту приватного права і підприємництва НАПрН України

Поняття волі та волевиявлення і їх правове значення для вчинення правочинів

Визначення правочину через поняття дії, зокрема дії вольової, вимагає точнішого уявлення про волю, її формування та виявлення зовні для того, щоб завдяки цьому особа мала можливість діяти і цим набути для себе прав та обов'язків. Отже, зрозуміло, що воля є визначальною для правочину, його квінтесенцією або, як указували класики, — його центром, ядром¹.

Блокування волі (при примушуванні особи до вчинення нею певних дій — чи то з боку іншої особи, чи обставин, які склалися в її житті), незрілість волі (в осіб, які не досягли повноліття або не набули обсягу повної дієздатності з різних причин, установлених у ЦК), пригнічення волі певним поведженням особи, яка не здатна на її вільне формування та вираз (в осіб, обмежених у дієздатності), неможливість прояву волі в силу її неприродного або хворобливого стримання. Усе це не надасть особі можливість діяти за своєю волею у правовій площині, її виразу для адекватного реагування іншими особами. Тому право встановлює відповідні вимоги як до осіб, які вчиняють правочини, так і до їх вольового поведження при цьому. Часто ці орієнтири приводять до з'ясування дійсних намірів сторін правочину, про що влучно зазначив Й. О. Покровський, який порівнював волю з ниткою Аріадни, яка здатна вивести з кожного заплутаного життєвого лабіринту².

Отже, воля формується особою певним чином шляхом усвідомлення нею того, що відбудеться, її прагнень та бажань до цього і їх виразу в такій формі, щоб вони стали зрозумілими і сприйнятими іншими особами. Тому об'єктивно існують дві фази такого психодієвого процесу — воля та волевиявлення, і як правильно замічено, «боротьба між словом та волею» особи проходить через всю класичну юриспруден-

¹ Див.: Васьковський Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. – СПб. : Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, тип. контрагентства желез. дорог, 1894. – Вып. 1. – С. 113; Васьковський Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. – М. : Статут, 2003. – 382 с. – (Классика российской цивилистики).

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – С. 249. – (Классика российской цивилистики ; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова ; Каф. гражд. права (Юрид. фак.)).

цію¹, тобто постійно в процесі дослідження правочинів так чи інакше дослідники торкаються проблеми переваг тієї чи іншої фази формування й зрілості волі та її втілення у дії.

Запропоновано чимало визначень та підходів до проникнення у сутність цих явищ. Усталеним є уявлення про волю як про внутрішній намір особи, спрямований на реалізацію певної правової мети, психічне регулювання поведінки особи, що полягає в детермінованому та мотивованому бажанні досягнення поставленої мети, у виборі рішення, розробці шляхів, засобів та докладанні зусиль для їх здійснення². Отже, внутрішня воля полягає у формуванні мотиву, уявленні про правову мету правочину, прагненні її досягнення, обранні способу для цього. Чіткіше визначено це таким чином: процес формування волі людини, спрямований на вчинення правочину, проходить три стадії: виникнення потреби та усвідомлення способів її задоволення; вибір способу задоволення потреби; прийняття рішення про вчинення правочину³. Усе це пронизує усвідомлення особою відповідності її майбутніх дій правовим вимогам.

Завдяки виразу волі особи зовні вона має стати зрозумілою іншим. Зовнішній вираз волі йменується волевиявленням. Виходить, що внутрішня стадія формування волі перебуває насамперед у психічній площині, а зовнішня — у площині дій. Зіставлення внутрішнього та зовнішнього процесів з очевидністю демонструє численні складнощі, які спіткають їх взаємоузгодження. Крім того, що той психічний процес, який є суто внутрішньою сферою людини, в яку не втручаються (якщо не брати до уваги правопорушення) інші особи зі своїм світоглядом, може не збігатися (часто це так і буває) з тим, що виражено зовні, при вчиненні правочину, тобто втілено у волевиявленні, існують значні труднощі при переході з площини психіки у площину реалій. Є цілком можливим, що, вчиняючи правочин, особа «зовсім не хоче того результату, який мається на увазі правочином, або що вона, вчиняючи правочин, не має наміру виконувати зобов'язання, які вона взяла на себе, і їх виконання не хоче»⁴.

¹ Новицкий И. Б. Римское частное право : учебник / И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский. – М. : Юрид. лит., 1996. – С. 317.

² Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права) / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Дониш, 1983. – С. 24; Ойгензихт В. А. Воля и вина в гражданском праве / В. А. Ойгензихт // Сов. государство и право. – 1982. – № 4. – С. 49.

³ Спасибо І. А. Набуття права власності : монографія / І. А. Спасибо ; Акад. прав. наук України ; НДІ приват. права і підприємництва. – К. : НДІ приват. права і підприємництва, 2009. – С. 23.

⁴ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С. Ф. Кечекьян. – М. : Изд-во АН СССР, 1958. – С. 42.

Крім висловленої точки зору щодо стабільності формування волі з визріванням того вольового стану особи, який має значення для правочину, існують й інші. Так, є позиція ототожнення волевиявлення із самим правочином, хоча це не заважає зазначенню на три моменти, які необхідно брати до уваги: саму волю, виявлення волі та узгодження між волею і волевиявленням¹. Зважається на те, що формування волі межує із психосоматичною функцією людського організму. О. А. Красавчиков із цього приводу зазначив, що, указуючи на необхідність вольових актів з боку певних осіб для руху більшості цивільних правовідносин, не варто думати про тотожність реального існування правовідносин і психічного стану суб'єктів під час існування юридичних відносин, учасниками яких вони є². До цього можна додати міркування М. М. Агаркова, що правовідносини «не припиняються від того, що його учасники сплять, про нього не думають або навіть не знають про нього. Боржник не перестає бути боржником від того, що він забув про свій борг або не знав про нього (наприклад, опинившись боржником як спадкоємець)»³.

Із цих висловів явно простежується пов'язаність розуміння волі виключно в психологічній площині, що обґрунтовано піддавалося сумніву, з поступовим зміщенням акцентів з такого її бачення на волю в соціальному сенсі⁴. Утім заперечення висловлювались, спираючись на штучність поділу розуміння волі в психологічному та соціальному сенсі, адже це можливо лише за певною теоретичною абстракцією. Насправді ж там, де є вольовий процес, воля завжди у своєму соціальному змісті виступає одночасно і як певний психологічний акт⁵.

Вірно помічено, що воля, перебуваючи у психологічній площині, постійно рухається, начебто жива субстанція⁶. І цей рух певним чином

¹ Savigny. System d. heut. Rom. R. 3, 98 f. (1840). Цит. за: Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении / А. Манигк // Вестн. гражд. права. – 2008. – № 4. – Отрывок из книги: Manigk Alfred. Willenserklärung und Willensgeschäft. – Berlin, 1907. – S. 27 ff. – *Примеч. пер.*

² Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – С. 99.

³ Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Учен. тр. ВИЮН. – М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – Вып. 3. – С. 144.

⁴ Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (Понятие, виды, государственные юридические лица) / С. Н. Братусь // Учен. тр. – М. : Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1947. – Вып. XII. – С. 28–31.

⁵ Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе // Избр. труды по гражданскому праву / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – С. 575.

⁶ Спасибо І. А. Набуття права власності : монографія / І. А. Спасибо ; Акад. прав. наук України ; НДІ приват. права і підприємництва. – К. : НДІ приват. права і підприємництва, 2009. – С. 23.

спрямовується або стримується носієм волі, а в деяких випадках і блокується. Звісно, на волю впливають різні чинники. Вона зумовлюється насамперед рівнем свідомості людини, її бажаннями та прагненнями, які, у свою чергу, зумовлюються іншими чинниками, що виходить за межі права і стосується культури, релігійності людини та ін. Проте врешті-решт уся ця складна робота розуму приводить до прийняття особою рішення діяти, і саме дії особи є виразником її волі. Мабуть, саме тому цивілісти не приділяють такої прискіпливої уваги розмежуванню сприйняття волі¹, хоча трапляються й наполегливі спроби це зробити².

Видається, що оскільки воля, будучи внутрішнім бажанням особи вчинити правочин, є проявом її психологічної діяльності, про яку судити можна лише за її зовнішнім виявом — волевиявленням, завдяки чому вона і стає доступною для сприйняття іншими особами, навряд чи доцільно розривати ці щільно пов'язані між собою поняття. Адже кожен із них має значення для правочину, лише оскільки врешті-решт вся ця психологічна діяльність втілюється в дію, що породжує права та обов'язки в особи. Від усвідомлення і волі людини залежить здійснення нею тієї або іншої дії, і, якщо її вчинено, ми можемо надати цій дії відповідну юридичну оцінку³. І навпаки, при сумніві в накладенні волі на волевиявлення, як кальки, постає питання про необхідність простежити те, в чому ж полягає їхня невідповідність. Тому для дійсності правочину не байдуже те, як формувалася воля особи, чи не чинив хтось на неї вплив усупереч бажанню самої особи, чи не було інших обставин, які здатні спотворити уявлення особи про сутність правочину, що може мати місце при помилці, обмані, зловмисній до-

¹ Егiazаров В. А. Гражданско-правовые сделки / В. А. Егiazаров. – М., 1995. – С. 3–4; Егоров Ю. П. Воля и ее изъявление в сделках / Ю. П. Егоров // Законодательство. – 2004. – № 10. – С. 15; Ильков С. В. Все о сделках / С. В. Ильков. – СПб., 2000. – С. 21; Карпекин Ю. Б. Воля и волеизъявление в сделке / Ю. Б. Карпекин, С. Ю. Кизиллов // Арбитраж. практика. – 2002. – № 12. – С. 12; Ковалев А. О. Аспекты изучения института сделки в теории гражданского права / А. О. Ковалев. – М., 2001; Москаленко И. В. Сделки в гражданском обороте / И. В. Москаленко // Нотариус. – 2002. – № 2. – С. 23; Телюкина М. В. Понятие сделки: практический и теоретический аспекты / М. В. Телюкина // Адвокат. – 2002. – № 8. – С. 21–35.

² Курмашев Н. В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке / Н. В. Курмашев // Вестн. гражд. права. – 2007. – № 1. – Т. 7. – С. 73–74; Кашанин А. В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности / А. В. Кашанин // Журн. рос. права. – 2001. – № 4; Мельников В. С. Признаки сделки по российскому гражданскому праву / В. С. Мельников // Право и образование. – 2003. – № 3. – С. 138–140.

³ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – С. 149.

мовленості представника особи з іншою особою. Насамперед у цих випадках якраз і постає питання про те, чому має віддаватися перевага — волі або волевиявленню. Воно дуже не просте і не лише тому, що довести розбіжності між ними має сторона, яка посилається та ці обставини, а й тому, що нерідко правильно поставити питання не про недійсність правочину, а про його тлумачення, завдяки чому і з'ясувати дійсну волю осіб, зберігши набуте ними коло прав. А ще й тому, що правочин (як то часто буває) включений до циклічного товарообороту і від його дійсності залежать права та обов'язки інших осіб.

Отже, дія є зовнішньою формою прояву волі, тобто являє собою усвідомлений акт, який саме цим відрізняється від несвідомих (рефлекторних та інстинктивних) дій.

Крім усвідомлення сутності зв'язку волі та волевиявлення у правочині, важливою є їх проекція на суб'єктний склад правочину. Ураховуючи те, що правочини можуть вчиняти фізичні та юридичні особи, цілком доречно поставити питання про те, яким чином формується воля (як психічне ставлення до вчинку) юридичної особи, а також те, який ланцюг пов'язує волю особи та її представника, що діє від імені і цим самим, безсумнівно, виражає й свою волю.

Воля може виражатися безпосередньо особою (якщо це фізична особа). Якщо це юридична особа, то її волю виражають її органи. Так само і волю держави й інших публічних утворень виражають відповідні органи (державної влади, влади АРК, місцевого самоврядування). Як фізичні особи, так і всі інші учасники цивільних правовідносин можуть діяти через представників. Тому на правочин так чи інакше чинять вплив інститут представництва та інститут юридичної особи.

При опосередкованому вступі особи до правовідносин вчиненням правочинів через органи або представників є небезпека принаймні неточного виразу волі особи, а може бути й нехтування її волею або навіть зловживання правом представництва й діяльність представника всупереч волі особи, яку він представляє, або з порушенням кола тих можливостей, які надані йому законом (для законних представників). Останнє збільшується окресленням компетенції юридичних осіб публічного права, а відтак — необхідністю рахуватися з приписами публічного права в цих питаннях.

Якщо воля виражається зовні у волевиявленні, то важливо й те, в якій формі воно має бути, щоб стверджувати про його наявність. Значення набуває проблематика форми правочину, що має значення для того, щоб вважати волю втіленою.

- Існує загальне правило про те, що доведення волі особи до інших осіб — сторін правочину має відбуватися у спосіб, передбачений законом, для запобігання негативним наслідкам у вигляді недійсності правочину. Утім важливим є гармонійне поєднання вимог ч. 4 ст. 203 ЦК про необхідність вчинення правочину у формі, встановленій законом, зі ст. 218 ЦК про недодержання вимог щодо письмової форми правочину, статтями 219, 220 ЦК про шляхи усунення негативних наслідків недодержання вимог закону про нотаріальне посвідчення правочинів.

- Потребують з'ясування різноманітні способи вираження волі зовні — *пряме* (укладення договору внаслідок здійснення дій, передбачених у ч. 1 ст. 207, статтях 638–646 ЦК); *непряме* (шляхом здійснення конклюдентних дій, які переконливо й однозначно свідчать про вираз особою своєї волі вчинити правочин); мовчазне (у випадках, передбачених домовленістю сторін або законом).

Воля як психічний процес формується вільно, і правил щодо порядку її формування не існує. Урешті-решт вона трансформується у волевиявлення. І вже на цій стадії важливе усвідомлення особою тих меж, за які не допустимо виходити при виявленні нею своєю волі. Тобто воля особи має певним шляхом корегуватися або вміститися в дозволене правом лоно. Цей процес безпосередньо залежить від правосвідомості, правової культури особи. До речі, право досить широко визначає ці межі, а критерії їх встановлення і додержання абсолютно зрозумілі будь-якій особі. Як такі ст. 13 ЦК називає обов'язок особи утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, вчинення дій з наміром завдати шкоди іншій особі тощо.

Усі ці вимоги, на які має орієнтуватися воля, межують із формуванням категорії *добросовісності* в діях особи, яку ст. 3 ЦК зведено в ранг однієї з найважливіших цивілістичних засад¹, та й не тільки цивілістичних².

Можна навести декілька напрямів реалізації принципу добросовісності. Зокрема, це ст. 330 ЦК, в якій добросовісний набувач стає власником, якщо майно, набуто ним від особи, яка не мала права його

¹ Русу С. Д. Проблеми визначення поняття добросовісності та розумності у ЦК України / С. Д. Русу, М. О. Стефанчук // Вісн. Хмельниц. ін-ту регіон. упр. та права. – 2003. – № 2. – С. 53–57; Спасибо-Фатеева И. В. Действенность принципов гражданского права / И. В. Спасибо-Фатеева // Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присв. пам'яті Є. В. Васьковського : матеріали міжнар. наук-практ. конф., Одеса, 15–16 квіт. 2011 р. – Одеса : Астропринт, 2011. – С. 376–380.

² Погребняк С. Втілення принципу добросовісності в праві / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 2. – С. 13–24.

відчужувати, відповідно до ст. 388 ЦК не може бути в нього витребувано. Навпаки, недобросовісність є смертельною хибою (пороком) правочину, оскільки в ньому відсутня душа. Застосувати до нього закон, розрахований на добросовісний правочин, означало би не лише не виконати закон, а й допустити його порушення, допустити глум над ним¹.

Добросовісність має значення і в такому дискусійному питанні, як набуття права власності від неуправомоченого відчужувача.

У широкому розумінні про добросовісність може йтися стосовно дій як особи, яка їх спрямовувала, аби вплинути на волю іншої особи вчинити правочин (наявність або відсутність тиску, обману тощо), або того, хто сам діяв недобросовісно (при вчиненні правочину з малолітньою особою — ч. 4 ст. 221 ЦК; з особою, яка на момент вчинення правочину не усвідомлювала значення своїх дій та/або не могла керувати ними, — ч. 3 ст. 225 ЦК; з недієздатною особою — ч. 4 ст. 226 ЦК; правочину, який порушує публічний порядок, — ст. 228 ЦК).

Ще одним ракурсом прояву волі у правочині є свобода договору (статті 3, 6, 627 ЦК) її різноманітними проявами як основної засади цивільного законодавства².

Воля особи, формуючись у глибинах психічної діяльності людини, може нею неадекватно виражатись, а може сприйматись не так, як це розуміла (або що вклдала у свої дії) особа. Отже, і в цьому разі постає питання про гармонізацію волі та волевиявлення, що постійно вимушує замислитися над тим, чому віддати пріоритет.

Як стверджували римські класики, «коли слова не збуджують ніяких розбіжностей, не слід допускати постановки питання про волю» (Д. 32.25.1)³. Німецький цивільний закон (§ 133) орієнтує на те, що при

¹ Боровиковский О. А. Закон и судебская совесть / О. А. Боровиковский // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 6: Цивільне право. – К. : Вид. Дім «Юрид. книга», 2003. – С. 230.

² Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.; Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 2. – 816 с.; Цивільне право : підручник : у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.; Цивільне право : підручник : у 2 т. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – 552 с.; Сібільов М. М. Свобода договору і її межі за Цивільним кодексом України та Цивільним кодексом Російської Федерації / М. М. Сібільов // Проблеми цивільного права і процесу : зб. матеріалів міжнар. наук. конф. – Х. : ХНУВС, 2007; Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А. В. Луць. – К., 2001. – С. 5.

³ Дигести Юстиніана : пер. с лат. / отв. ред. Л. А. Кофанов. – М. : Статут, 2004. – Т. 5. – С. 240.

тлумаченні волевиявлення має бути досліджена дійсна воля і не можна бути зв'язаним буквальним значенням її вираження¹. Як указують фахівці німецького права, «...це формулювання спрямоване проти використання юридичних пасток, спроб обдурити контрагента»².

Натомість у підході українського законодавця не вбачається, щоб як орієнтир висловлювалося дослідження дійсної волі осіб. Принаймні з огляду на зміст ст. 213 ЦК зробити це можна лише з великою натяжкою. І таке враження зі сприйняття вказаної статті знаходить свою підтримку у цивілістів. Так, В. В. Вітрянський справедливо вважає, що законодавець зважає на можливість для суду керуватися при прийнятті ним рішень установленням дійсної волі сторін правочину. На його думку, це підвищує значення тексту договору (а не ідеальної волі сторін) у регулюванні цивільно-правових зобов'язань і орієнтує підприємців на необхідність ретельного відпрацювання всіх умов договорів, які ними укладаються.

Таким чином, воля та волевиявлення є тими важливими чинниками, без яких неможливе вчинення правочину. Дійсність останнього пов'язується з гармонізацією волі та волевиявлення, для чого у певних випадках необхідним є виявлення дійсної волі особи через доведення наявності її порушень або тлумачення правочину.

Скиданов К. Поняття волі и волеизъявления и их правовое значение для заключения сделок

В статье раскрыты понятия воли и волеизъявления в гражданско-правовом ракурсе, указана их тесная правовая связь относительно сделок, обосновано значение воли и волеизъявления как разных правовых категорий для заключения сделки.

Ключевые слова: воля, волеизъявление, сделка, договор, лица.

Skidanov K. Concept of will and her legal value for the conclusion of transactions.

In the article the concepts of will and will are exposed in their civil legal foreshortening, their close legal bond is indicated in relation to transactions, the value of will and will is reasonable as different legal categories for the settlement of a transaction.

Keywords: will, transaction, agreement, persons.

¹ Германское право. – М. : Междунар. центр фин.-экон. развития, 1996. – Ч. 1. – С. 34–39.

² Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. – М. : Спарк, 2001. – С. 321.

УДК 343.1 (477)

О. Панасюк, аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Дискреційні повноваження суду в кримінальному судочинстві України: теоретичні аспекти

В умовах реформування кримінально-процесуального законодавства України актуальним убачається дослідження процесуального статусу суду першої інстанції, зокрема вивчення тих його повноважень, які в теорії кримінального процесу дістали назву дискреційних.

Питання судової дискреції (розсуду) були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців у різних сферах юридичної науки. Це такі вчені, як: А. Барак, А. Т. Бонер, Ю. В. Грачова, Ю. М. Грошевий, М. К. Закурін, О. В. Капліна, М. Коваль, О. А. Папкова, М. А. Погорецький, К. В. Пронін, М. Б. Рісний, О. І. Рарог, О. Я. Рогач, О. І. Сеньків, І. А. Тітко та ін.

Метою цієї статті є дослідження на підставі аналізу поглядів науковців, практиків, зокрема і самих суддів, правової природи, особливостей, підстав, меж судової дискреції (суддівського розсуду) при реалізації судом своїх повноважень у кримінальному судочинстві.

Визначення природи дискреційних повноважень неможливе без аналізу самого терміна «дискреція». З латинської мови *discretio* — це вирішення посадовою особою або державним органом віднесеного до їх компетенції питання на власний розсуд у порядку реалізації дискреційної влади¹. Схоже визначення містить Великий тлумачний словник сучасної української мови: «дискреція» — це вирішення посадовою особою або державним органом якого-небудь питання за власним розсудом; відповідно «дискреційний» — той, що діє за власним розсудом². Юридична енциклопедія, визначаючи поняття дискреційних повноважень, у цілому повторює наведені формулювання, додаючи до

¹ Детальніше про це див.: Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв / М. К. Закурін // Вісн. госп. судочинства. – 2009. – № 4. – С. 19.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 298.

них такі ознаки, як: 1) діяти за певних умов та 2) у межах закону¹. Радянський енциклопедичний словник дискреційну владу визначав аналогічним чином², указуючи, що це слово французького походження (від — *discretionnaire*)³, яке означає залежність від особистого розсуду⁴. Таким чином, з наведеного убачається, що дискреційні повноваження ототожнюються із розсудом. Тому, говорячи про дискреційні повноваження суду, практично всі дослідники сходяться на думці про тотожність цього поняття із поняттям «суддівський розсуд». У свою чергу, в семантичному аспекті термін «розсуд» в українській мові має значення «рішення, висновок», «розмірковування, роздум» і навіть — «розум» та «суд»⁵. «Розсуд» відповідає російському «усмотрение» (означає практично те ж, що і в українській мові)⁶ та англійському «discretion» — «свобода дії, обачність, розважливість»⁷.

Учені-правники далекі від однозначного ставлення до феномену судової дискреції: від заперечення існування цього інституту і до обґрунтування його як об'єктивно зумовленої владно-правової закономірності механізму правового регулювання⁸. Також у юридичній науці є чимало визначень означеного поняття. Не зупиняючись детально на окремих дефініціях, зазначимо, що більшість із них зводяться до двох основних груп концепцій: динамічних і статичних.

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 2 : Д-Й. – 1999. – С. 195.

² При цьому слід зазначити, що про визнання розсуду саме за суддями нічого сказано не було. Зазначалося, що дискреційна влада – це прерогатива виключно глави держави, уряду або іншої вищої посадової особи. До того ж підкреслювалася особлива винятковість такої влади: «це особливі повноваження, що дають право діяти за власним розсудом, зокрема в надзвичайних обставинах».

³ Поряд із цим в етимологічному словнику російської мови можна знайти характеристику слова «дискреція» як такого, що було вжито вперше в 1705 р. через застосування німецького слова «diskretion» та польського «dyskrecja» (цит. за: Закурін М. К. Указ. праця. – С. 19).

⁴ Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. – 4-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 398.

⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 1265.

⁶ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. – М., 1988. – С. 686.

⁷ Цит. за: Сеньків О. І. Пліуралізм наукових поглядів на проблематику юридичної природи судового розсуду в адміністративному судочинстві / О. І. Сеньків // Держава і право. Юрид. і політ. науки. – 2008. – № 42. – С. 323.

⁸ Цит. за: Там само. – С. 322–323.

Таким чином, у поняття судової дискреції (суддівського розсуду) вкладаються два суттєвих елементи: 1) динамічний, що визначає розсуд через призму діяльності суду як інтелектуально-вольову владну діяльність, сутність якої полягає у наданні правозастосувальному суб'єкту у відповідних випадках повноваження вирішувати спірне правове питання, виходячи із цілей та принципів права, інших загальних положень закону, конкретних обставин справи, справедливості тощо; 2) статичний, що розглядає природу розсуду з позицій змісту повноважень суду, що становлять його права та обов'язки, тобто правомочність суду, надану державою¹.

Голова Верховного Суду Ізраїлю Аарон Барак, наприклад, на основі власного досвіду, а також досвіду багатьох інших, зокрема і зарубіжних (США, Великої Британії), суддів визначає суддівський розсуд як повноваження, надане законом судді, який наділений владою обирати між двома чи більше альтернативами, коли кожна з альтернатив є законною. Досить суттєвим при цьому є те, що автор наголошує саме на можливості вибору, а не на свободі, незалежній від будь-яких факторів. Він говорить про те, що розсуд передбачає «скоріше зону можливостей, аніж просто одну позицію»². На те, що поняття «свобода» і «розсуд» не є тотожними і між ними не можна ставити знак рівності, указували й інші автори, наголошуючи при цьому на ряд обставин, які обмежують розсуд правозастосувача. Зважаючи на ці обмежуючі фактори, сам термін «розсуд» набуває умовного й обмеженого характеру³.

Однак можливість суду у виборі певної моделі поведінки при реалізації дискреційних повноважень є навіть не стільки правом (а тим паче — свободою розсуду), скільки обов'язком правозастосовного органу, оскільки: 1) для державно-владного органу в силу спеціально-дозвільного типу правового регулювання будь-яке право є обов'язком діяти у конкретній ситуації, для суду — прийняти єдино правильне рішення за певних умов, обставин, за наявності певної сукупності доказів у справі; 2) обрання іншого варіанта поведінки за тих же умов (фактичних обставин) ставить під сумнів законність такого вибору

¹ Сеньків О. І. Указ. праця. – С. 324–328.

² Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. / Аарон Барак. – М. : НОРМА, 1999. – С. 13–15.

³ Рарог А. И. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве / А. И. Рарог, Ю. В. Грачева // Государство и право. – 2001. – № 11. – С. 93; Бонер А. Т. Применение закона и судейское усмотрение / А. Т. Бонер // Сов. государство и право. – 1979. – № 6. – С. 35.

і відповідно законність прийнятого рішення, що у кримінальному судочинстві означало б ставлення під сумнів вини (невинуватості) особи; 3) неприпустимість останньої тези обумовлюється вимогою закону щодо законності й обґрунтованості вироку суду (ст. 323 Кримінально-процесуального кодексу України, далі — КПК України).

Так, цілком слушною в зазначеному контексті є позиція Ю. М. Грошевого та С. М. Стахівського про те, що процесуальне рішення слідчого зумовлюється тією сукупністю доказів, якою він володіє на певному етапі розслідування. Указана сукупність доказів перетворює право слідчого вибирати варіант процесуального рішення на обов'язок у певній ситуації обрати конкретне рішення. Саме наявні в арсеналі слідчого докази зобов'язують його прийняти одне з альтернативних процесуальних рішень. І лише воно має бути визнане єдино вірним у цій ситуації, а інші — необґрунтованими¹. Убачається, що не лише можливо, а й правильно, логічно і доцільно буде застосувати цей підхід науковців і щодо правозастосовної діяльності суддів. Із цього приводу російські вчені О. І. Рарог та Ю. В. Грачова зазначали таке: коли закон надає суду право вибору, суд повинен прийняти рішення, що максимально відповідає індивідуальним особливостям конкретного випадку. Таким чином, ознакою суддівського розсуду можна вважати обов'язкове врахування конкретних обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння при здійсненні вибору одного з можливих рішень. Саме тому можливість вибору — це не тільки право, але й обов'язок здійснити вибір так, щоб прийняте рішення найбільше відповідало конкретним особливостям розглядуваної справи².

Окремо слід зупинитися також і на підставах застосування судом дискреційних повноважень. Як слушно зазначають науковці, зокрема М. Б. Рісний, усі підстави розсуду так чи інакше пов'язані з правовою нормою або з фактом її відсутності, тому є правовими за своєю природою. Існування «неправових» підстав розсуду виключається. Така позиція заслуговує на підтримку, оскільки розсуд, що не базуватиметься на правових підставах, фактично буде не чим іншим, як свавіллям³. Тож, під підстава-

¹ Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : наук.-практ. посіб. / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. – К. : КНТ : Вид. Фурса С. Я., 2006. – С. 78–79.

² Рарог А. И. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве / А. И. Рарог, Ю. В. Грачева // Государство и право. – 2001. – № 11. – С. 94–95.

³ Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Б. Рісний. – Л., 2006. – С. 82, 84.

ми розсуду пропонується розуміти об'єктивно існуючі елементи правової системи, які безпосередньо зумовлюють можливість вибору одного з юридично дозволених варіантів правозастосовного рішення¹.

Такими «елементами» (підставами) в літературі називають: 1) необхідність застосувати аналогію закону при розгляді та вирішенні справи; 2) необхідність застосовувати альтернативні, ситуаційні або факультативні норми права (найчастіше, це коли в законі використовуються слова «може», «має право» або надано можливість зробити вибір між декількома альтернативними варіантами тощо), зокрема це і норми Особливої частини Кримінального кодексу України, що містять відносно визначені або альтернативні санкції; 3) принципи права як такі; 4) випадки, коли суд стикається із законодавчими колізіями, суперечностями, а також 5) випадки, коли суд стикається із прогалинами в кримінально-процесуальному законодавстві, які він має право і зобов'язаний подолати²; 6) більше того, як окремі підстави застосування дискреційних повноважень у літературі називаються навіть певні особливості самої кримінальної справи, зокрема її особлива складність, неоднозначність висновків, суперечність доказів, коли суд повинен прийняти єдино правильне, законне й обґрунтоване рішення. При цьому суд постає перед проблемою вибору не лише між «законним і незаконним рішенням, а й між декількома рішеннями, коли кожне із них формально відповідає закону». У таких випадках, як правило, насправді дуже складно передбачити, яким повинно бути остаточне рішення у справі. За таких умов дискреція суду може мати вирішальне значення³; 7) окремо слід виділити також

¹ Див.: Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд: до характеристики підстав / М. Б. Рісний // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 36.

² Див.: Берченко Г. В. Особливості застосування дискреційних правових норм / Г. В. Берченко // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80. – С. 203–205; Папкова О. А. Судебное усмотрение в гражданском процессе и его виды / О. А. Папкова // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1997. – № 3. – С. 103–107; Куфтирев П. Джерела суддівського розсуду: теоретико-правовий аспект / П. Куфтирев // Юрид. Україна. – 2005. – № 10. – С. 8–10, 12; Макаренко А. С. Теоретичні аспекти здійснення суддівського розсуду при призначенні покарання / А. С. Макаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2011. – № 6. – С. 45.

³ Див.: Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. / Аарон Барак. – М. : НОРМА, 1999. – С. 56–59; Папкова О. А. Судебное усмотрение в гражданском процессе и его виды / О. А. Папкова // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1997. – № 3. – С. 104–105.

ті норми права, що містять оцінні поняття (прикладів норм, що містять останні, чимало, зокрема обов'язок головуючого в судовому засіданні усувати із судового слідства «все те, що не стосується розглядуваної справи», забезпечувати «належний високий рівень судового процесу» — ч. 1 ст. 260 КПК України та ін.). Про те, що оцінні поняття є безперечними підставами суддівського розсуду, свідчать також і соціологічні опитування, проведені в рамках наукового дослідження І. А. Тітком¹. У цьому контексті досить слушною видається думка Ю. М. Грошевого про те, що існування оцінних понять у кримінально-процесуальному праві надає суб'єктам застосування норм права певну свободу в тлумаченні норми. Їх використання, з одного боку, є проявом динамізму права, умовою його пристосування до ситуацій та умов життя, які постійно змінюються, умовою ефективного правозастосування. Вони виконують функцію прив'язки юридичного формалізму до конкретних умов життя. З другого боку, невизначеність змісту норми права значно знижує її інформаційне та ціннісно-орієнтуюче значення, припускає можливість необмеженого розсуду в процесі правозастосування, що може призвести до свавілля з боку правозастосовника, наділеного владними повноваженнями, зловживання владою, порушення принципу законності².

Таким чином, аналізуючи проблему підстав судової дискреції³, можна сказати, що:

- у літературі немає однозначного і вичерпного їх переліку;
- різні науковці не лише вказують на різні підстави (від однієї — до цілого комплексу останніх), а й по-різному можуть характеризувати одну й ту саму.

Усе ж, узагальнюючи різноманітні погляди з цього питання, спробуємо зробити певну класифікацію підстав судового розсуду. При цьому слід ураховувати його природу. Як зазначає А. С. Макаренко, суддівський розсуд — це явище складне, що має об'єктивно-суб'єктивну

¹ Тітко І. А. Оцінні поняття у кримінально-процесуальному праві України : монографія / І. А. Тітко. – Х. : Право, 2010. – С. 78, 208.

² Грошевий Ю. М. Проблеми підвищення ефективності застосування норм кримінально-процесуального права / Ю. М. Грошевий // Унів. наук. зап. – 2008. – № 3 (27). – С. 279. Детальніше про оцінні поняття як підставу правозастосовного розсуду див.: Тітко І. А. Оцінні поняття у кримінально-процесуальному праві України : монографія / І. А. Тітко. – Х. : Право, 2010. – С. 78–87; Ботнарченко О. М. Дискреція та оціночні поняття в кримінальному судочинстві / О. М. Ботнарченко // Адвокат. – 2009. – № 4 (103). – С. 18–20.

³ До речі, автори по-різному навіть дають назву цих підстав: «причини», «умови», «джерела» тощо. У межах цього дослідження вважаємо за доцільне послуговуватися саме терміном «підстави судового розсуду (дискреції)».

природу. Воно є об'єктивним, підтвердженим рішеннями, що виносяться у справі, та пов'язане з необхідністю здійснення правосуддя як такого, із функціонуванням у державі судової складової державної влади. Суддівський розсуд — також явище суб'єктивне, безпосередньо пов'язане з особистістю судді як уповноваженої на вирішення справ особи, з його правосвідомістю, правовою культурою, вмінням, кваліфікацією, соціальною та правовою позицією тощо¹. Як слушно зазначає Л. М. Москвич, при дослідженні процесу реалізації повноважень судді необхідно брати до уваги і суб'єктивний аспект: адже реалізує їх людина, яка наділена відповідними соціальними і психофізіологічними характеристиками, що суттєво впливають на процес ухвалення рішення². О. Я. Рогач до суб'єктивних чинників, які так чи інакше впливають на прийняття суддею рішення, відносить: біофізіологічні ознаки (стать, вік, стан здоров'я тощо); інтелектуальні якості, рівень професійної підготовки; соціально-демографічні ознаки (соціальне походження, рівень матеріального забезпечення); психологічні та моральні ознаки (тип нервової організації, моральні переконання, ціннісні орієнтації); емоційно-вольові якості; правосвідомість³. У літературі справедливо зазначається, що внутрішнє переконання включає інтелектуальну, емоційну й вольову сферу, воно у своїй структурі має гносеологічні, психологічні та етичні елементи⁴. Тому вважаємо помилковою позицію тих авторів, які при аналізі підстав дискреції не беруть до уваги суб'єктивні фактори⁵.

¹ Макаренко А. С. Теоретичні аспекти здійснення суддівського розсуду при призначенні покарання / А. С. Макаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2011. – № 6. – С. 44.

² Москвич Л. М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. М. Москвич. – Х., 2003. – С. 10.

³ Рогач О. Я. Проблема суддівського розсуду в сучасній практиці правозастосування / О. Я. Рогач // Бюл. М-ва юстиції України. – 2010. – № 3 (101). – С. 92–93. Детальніше про професійну правосвідомість судді у формуванні рішення суду в кримінальному процесі див.: Грошевий Ю. М. Роль професійної правосвідомості судді у формуванні рішення суду: кримінально-процесуальний аспект / Ю. М. Грошевий // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 168–180.

⁴ Погорецький М. А. Власний розсуд у сучасному кримінальному процесі України / М. А. Погорецький // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності : тези доп. та повідомл. наук.-практ. конф. (Київ, 3 квіт. 2009 р.). Вид. присвяч. пам'яті проф. А. Я. Дубинського. – К. : Атіка, 2009. – С. 345.

⁵ Див., наприклад: Куфтирєв П. Джерела суддівського розсуду: теоретико-правовий аспект / П. Куфтирєв // Юрид. Україна. – 2005. – № 10. – С. 8–14; Рісний М. Правозастосувальний розсуд: до характеристики підстав / М. Рісний // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 26–36; та ін.

З урахуванням вищенаведеного обставини, з якими пов'язується реалізація та які зумовлюють реалізацію дискреційних повноважень суду, тобто підстави дискреції (М. Коваль та О. Сеньків називають їх також одним із найважливіших елементів правового механізму реалізації судового розсуду¹), пропонуємо класифікувати на: 1) об'єктивні; 2) суб'єктивні. У свою чергу, об'єктивні підстави поділяються на: а) фактичні (тобто фактичні обставини справи, підтверджені сукупністю доказів по кримінальній справі, що зумовлюють вибір суддею саме такого, а не іншого рішення); б) юридичні (норми кримінально-процесуального права, причому лише ті з них, що допускають можливість розсуду суду, про що було вказано вище). Слід зазначити, що об'єктивні й суб'єктивні підстави є нерозривно взаємопов'язаними між собою. Так, наприклад, відповідно до ст. 67 КПК України, суд, оцінюючи докази за своїм внутрішнім переконанням, зобов'язаний всебічно, повно й об'єктивно розглянути (дослідити) всі обставини справи в їх сукупності, керуючись законом. Отже, бачимо вказівку на суб'єктивну складову («за своїм внутрішнім переконанням»), фактичну («усі обставини справи в їх сукупності») та юридичну («керуючись законом»). Виключення із цієї формули хоча б одного з елементів є неприпустимим: рішення суду в такому разі буде незаконним та/або необґрунтованим і підлягатиме скасуванню². На необхідність застосовувати розсуд під час оцінки доказів скеровує положення про те, що «ніякі докази для суду... не мають наперед встановленої сили» (ч. 2 ст. 67 КПК України).

До всього зазначеного слід додати ще один досить суттєвий момент. Діяльність судді по застосуванню норм права під час здійснення судового розсуду завжди опосередковується правозастосовним тлумаченням цих норм. На важливість правозастосовного тлумачення у кримінальному процесі вказує О. В. Капліна: правозастосовне тлумачення дає змогу встановити дійсний смисл норм права з метою подальшого їх законного й обґрунтованого застосування, подолання правової невідзначеності у змісті норм права; розроблення конкретних рекомендацій та правил тлумачення колізуючих норм дасть змогу подолати колізію; відкриває шлях до тлумачення тих норм права, які підлягають засто-

¹ Коваль М. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві / М. Коваль, О. Сеньків // Підприємництво, госп-во і право. – 2010. – № 7. – С. 64–65.

² Детальніше про це див.: Грошевий Ю. М. До питання про структуру внутрішнього переконання судді у кримінальному судочинстві / Ю. М. Грошевий // Проблеми правознавства : міжвід. наук. зб. – 1975. – Вип. 30. – С. 65–72; Кримінальний процес : підручник / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010. – С. 145–147.

суванню при подоланні прогалин у правовому регулюванні, правильного тлумачення оцінних понять¹.

Проблема підстав судового розсуду нерозривно пов'язана із проблемою встановлення рамок або меж цього розсуду. Отже, судова дискреція (розсуд) має бути обмежена певними рамками, без яких вона перетворилася б на свавілля суду. Питання щодо критеріїв встановлення таких меж та їх конкретні види є одним із найбільш дискусійних питань у теорії, так само як і в практиці кримінального процесу. Так, цікавими щодо цього є позиції міжнародних інституцій. Незважаючи на те, що у рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи вказано, що «судді повинні мати необмежену свободу щодо неупередженого розгляду справ відповідно до законодавства та власного розуміння фактів», а також що «судді повинні мати достатні повноваження та змогу їх здійснювати для виконання своїх обов'язків, підтримання юрисдикції та гідності суду»², все ж європейська правова доктрина висуває ряд вимог до здійснення суддівського розсуду. Так, здійснюючи судочинство, Європейський суд з прав людини (далі — Суд) неодноразово аналізував наявність, межі, спосіб і законність застосування дискреційних повноважень національними органами та їх посадовими особами. У більшості випадків він вирішував справи із застосуванням аналізу меж таких повноважень, їх відповідності принципу верховенства права. Із практики Суду випливає таке: 1) у національному праві має бути засіб юридичного захисту від свавільних втручань органів державної влади у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод. Визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади у сфері основоположних прав, у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права. Відповідно закон має чітко визначати межі повноважень компетентних органів і чітко визначати спосіб їх здійснення, беручи до уваги легітимну мету засобу, який розглядається, щоб гарантувати особі адекватний захист від сва-

¹ Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення судом норм кримінально-процесуального права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О. В. Капліна. – Х., 2009. – С. 5. Детальніше про проблему правозастосовного тлумачення норм кримінально-процесуального права див.: Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія / О. В. Капліна. – Х. : Право, 2008. – 296 с.

² Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів) // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 12 (124). – С. 37–38.

вільного втручання¹; 2) будь-яка законна підстава для здійснення дискреційних повноважень може створити таку юридичну невизначеність, яка є несумісною з принципом верховенства права, чи зіпсувати саму сутність права²; 3) конкретна норма закону повинна містити достатньо чіткі положення про рамки і характер здійснення відповідних дискреційних повноважень, наданих органам державної влади³.

Отже, критеріями, що обмежували б суддівський розсуд, мають бути: сам закон, передусім норми Конституції, а також КПК України, якими встановлені гарантії захисту прав людини та громадянина; роз'яснення норм кримінально-процесуального права, що дане в актах офіційного тлумачення (рішення Конституційного Суду України, постанови Пленуму Верховного Суду України з питань роз'яснення відповідних правоположень); обґрунтування обраного рішення суду сукупністю наявних у справі доказів (фактичних обставин справи), метою та цілями судочинства, інтересами особи, суспільства і держави; вимоги справедливості, обґрунтованості та всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи⁴, а також, безсумнівно, судова практика⁵.

Тільки за таких умов судова дискреція буде виконувати ту позитивну роль, що на неї покладена, та відповідатиме демократичним засадам кримінального судочинства.

¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» // Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв / М. К. Закурін // Вісн. госп. судочинства. – 2009. – № 4. – С. 20, 23.

² Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Мюрсел Ерен проти Туреччини» від 7 лютого 2006 р. // Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв / М. К. Закурін // Вісн. госп. судочинства. – 2009. – № 4. – С. 20, 23.

³ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Мессіна проти Італії (№ 2)». Комюніке Секретаря Суду від 28.09.2000 р. // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2000. – № 4. – С. 172–176.

⁴ Детальніше про це див.: Рогач О. Я. Проблема суддівського розсуду в сучасній практиці правозастосування / О. Я. Рогач // Бюл. М-ва юстиції України. – 2010. – № 3 (101). – С. 94–96; Коваль М. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві / М. Коваль, О. Сеньків // Підприємництво, госп-во і право. – 2010. – № 7. – С. 65–66; Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. / Аарон Барак. – М. : НОРМА, 1999. – С. 27–39; Тітко І. А. Оцінні поняття у кримінально-процесуальному праві України : монографія / І. А. Тітко. – Х. : Право, 2010. – С. 87.

⁵ Щодо судової практики слід зазначити те, що вона і обмежує, і вказує напрями, скеровує дії судді при обранні рішення по конкретній справі. Орієнтація на неї (саме орієнтація, а не «сліпе наслідування») дає змогу, по-перше, самому судді додатково мотивувати своє рішення з посиланням, наприклад, на правову позицію суду вищої інстанції; по-друге, надати впевненості суб'єктам, чиїх прав, обов'язків та законних інтересів стосується відповідне рішення, у правильності, законності та справедливості останнього.

Панасюк А. Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве Украины: теоретические аспекты

В статье раскрываются сущность и содержание категории «судебная дискреция», определяются природа дискреционных полномочий суда первой инстанции, основания применения судом дискреционных полномочий; предлагается авторская классификация оснований судебного усмотрения. Также обращается внимание на проблему ограничения судебной дискреции, критерии установления таких пределов и их конкретные виды.

Ключевые слова: судебная дискреция, дискреционные полномочия суда, судебское усмотрение, основания судебной дискреции.

Panasiuk O. Discretionary powers of court in criminal proceedings: theoretical aspects

The article reveals the essence and content of the category of judicial discretion, determines the nature of the discretionary powers of the court of first instance, the grounds of application of the court discretion; proposes the author's classification of the grounds of judicial discretion. Also notices the problem of limiting judicial discretion, criteria for setting such limits, and their specific types.

Keywords: judicial discretion, discretionary powers of court, judge's discretion, the grounds of judicial discretion.

Львів в епіцентрі антрополого-правових дебатів: VII щорічний міжнародний «круглий стіл»

Наприкінці минулого року Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України (далі — ІДБМС) та Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — Лабораторія ЛНУ) організували черговий «круглий стіл» на тему: «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Цей захід, як і попередній, мав статус міжнародного, адже участь у ньому взяли фахівці з 27 навчальних та наукових закладів 6 країн: Білорусії (Мінськ), Канади (Квебек), Киргизії (Бішкек), Польщі (Люблін), Росії (Архангельськ, Єкатеринбург, Москва, Новосибірськ, Петрозаводськ, Самара, Санкт-Петербург) й України (Дніпропетровськ, Запоріжжя, Київ, Луганськ, Львів, Макіївка, Одеса, Тернопіль, Харків, Хмельницький). Серед учасників були й слухачі трирічної міжнародної програми «Філософія прав людини», яка проводиться під егідою Інституту відкритого суспільства (Open Society Institute) в рамках ініціативи «ReSET» (керівники програми **С. В. Моїсєєв** та **Д. Ю. Кобринський**). Як відомо, тенденція до розширення географії закладів та кількості учасників таких «круглих столів» поза межі нашої держави намітилася ще раніше¹.

До початку роботи цього «круглого столу» організаторам вдалося опублікувати збірку матеріалів, у якій вміщено 46 статей його учасників (див. рис. 1). Загалом же за 7 останніх років у збірках матеріалів

¹ Гудима Д. А. Антропологія права як предмет щорічних всеукраїнських «круглих столів» у Львові / Д. А. Гудима // Право України. – 2009. – № 9. – С. 180–182.

таких «круглих столів» було оприлюднено близько 290 статей загальним обсягом понад 170 друк. арк.¹ (див. рис. 2).



Рис. 1



Рис. 2

Аналіз змісту цих матеріалів дозволяє виявити певні тенденції у напрямках сучасних правоантропологічних пошуків. Так, якщо у 2005–2007 рр. у доповідях учасників наших «круглих столів» домінували здебільшого проблеми об'єкта, предмета та методології антропології права, у 2008–2009 рр. — конкретні проблеми праворозуміння, а в 2010 р. — загальні проблеми філософії прав людини, то у 2011 р. особлива увага учасників була приділена здебільшого правовим властивостям людини й основним антропним властивостям права.

Згаданий «круглий стіл» було проведено 9–10 грудня минулого року за такими чотирма тематичними напрямками: «Праворозуміння як визначальна детермінанта антропології права; методологія антропології права: підходи, методи та засоби досліджень»; «Антропологічні аспекти права у різних типах праворозуміння; правові властивості людини й антропні властивості права»; «Філософія та загальна теорія

¹ Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Першого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 16–17 верес. 2005 р.). – Львів : Край, 2006. – 320 с.; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасн. Другого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 1–2 груд. 2006 р.). – Львів : Край, 2007. – 340 с.; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасн. Третього всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листоп. 2007 р.). – Львів : СПОЛОМ, 2008. – 344 с.; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасн. Четвертого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листоп. 2008 р.). – Львів : Край, 2009. – 336 с.; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 4–5 груд. 2009 р.). – Львів : Край, 2009. – 440 с; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 3–5 груд. 2010 р.). – Львів : Галиц. друкар, 2010. – 696 с.; Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасн. Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 9–10 груд. 2011 р.). – Львів : Галиц. друкар, 2011. – 572 с.

прав людини: історія та сучасність»; «Універсалізація права і соціокультурні універсалії; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм».

Захід відкрили: декан юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доктор юридичних наук **А. М. Бойко**, декан філософського факультету цього ж університету, доктор філософських наук **В. П. Мельник** та професор кафедри теорії та філософії права, доктор юридичних наук **П. М. Рабінович**. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження правоантропологічної проблематики як в юридичних, так і у філософських науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, якому вже сім років поспіль вдається організувати широкий науковий форум для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженнях проблематики «людина та право».

Перший день роботи «круглого столу» було присвячено обговоренню таких проблем, як-от: *телеологічна детермінація права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії права та держави Київського національного університету імені Тараса Шевченка **Б. В. Малишев**), *епістемологічні підвалини антропології права* (доктор філософських наук, завідувач кафедри філософії НУ «Львівська політехніка», професор **В. Л. Петрушенко**), *державорозуміння* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (далі — НЮАУ) **В. С. Смородинський**), *соціально-онтологічне витлумачення природнього права* (доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Львівського державного університету внутрішніх справ (далі — ЛДУВС) **С. П. Рабінович**), *екзистенційно-онтологічне розуміння природнього права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теоретичної і практичної філософії Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна **О. В. Стовба**), *проблема слідування правилу в творчості Л. Вітгенштейна та Г. Харта* (кандидат юридичних наук, завідувач кафедри методології та філософії права Самарської гуманітарної академії **С. М. Касаткін**), *поняття людяності як об'єкта правового захисту* (академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права ЛНУ, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **П. М. Рабінович**), *здатність бути суб'єктом права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Самарської державної обласної академії **В. О. Тока-**

рєв), *відносини, подібні до правових, у тварин* (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова **С. П. Шевцов**), *цивільна правоздатність як первинна правова властивість людини* (кандидат юридичних наук, професор кафедри цивільного права і процесу Хмельницького університету управління та права **М. О. Стефанчук**), *фронесіс як правова властивість людини* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії НЮАУ **Н. І. Сатохіна**), *судочинство як сакральна гра* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України **Д. О. Бочаров**), *моделі голосування суддів при здійсненні динамічного тлумачення права* (асистент кафедри конституційного права ЛНУ, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **В. В. Гончаров**), *моральна значущість наслідків поведінки у правозастосовній практиці* (аспірант ЛДУВС **М. І. Тарнавська**).

Наступного дня жваві дискусії учасників розгорталися навколо таких питань: *дискурсивно-екзистенціальна природа прав людини* (доктор юридичних наук, професор кафедри філософії НЮАУ **С. І. Максимов**), *права людини в історії російської конституційно-правової традиції XVIII–XIX ст.* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту філософії та права Сибірського відділення РАН, заступник завідувача кафедри правознавства НДУ «Новосибірський державний університет» **А. Б. Дідікін**), *проблеми розуміння християнської правової традиції* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права НЮАУ **Д. О. Вовк**), *співвідношення свободи та закону у філософії М. Мамардашвілі* (старший викладач кафедри філософії Північного (Арктичного) федерального університету імені М. В. Ломоносова **А. О. Істомін**), *феміністська критика дискурсу прав людини* (кандидат філософських наук, викладач кафедри онтології і теорії пізнання Санкт-Петербурзького державного університету **К. І. Наумова**), *проект правового суспільства І. Канта як концептуальна основа універсалізму прав людини в сучасному світі* (аспірант кафедри філософії культури Білоруського державного університету **О. Л. Познякова**), *захист прав жінок у контексті застосування принципу всезагальної підсудності* (старший викладач Департаменту «Міжнародне і бізнес-право» Американського університету в Центральній Азії **Б. Б. Єсенкулова**), *легітимність інститутів міжнародного правосуддя в контексті сучасної «інфляції» прав людини* (кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри громадянського суспіль-

ства Московського державного інституту міжнародних відносин **Р. Ю. Шульга**), *кінематографічний образ прав людини* (кандидат юридичних наук, юрист Секретаріату Європейського суду з прав людини **В. С. Бігун**), *теоретичне обґрунтування права на належне управління* (доктор юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮАУ **С. П. Погребняк**), *антропологічні засади розвитку національної правової системи в умовах глобалізації* (кандидат філософських наук, професор кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету **Л. Г. Удовика**).

Участь у цих дискусіях також взяли: кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету **Г. Ю. Гулевська**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права ЛНУ, провідний науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **С. П. Добрянський**, старший викладач кафедри психології та гуманітарного знання Прикарпатського інституту імені Михайла Грушевського **Е. Ф. Єленевський**, голова Карельського регіонального відділення Міжрегіональної молодіжної громадської благодійної організації «Молодіжна правозахисна група (МППГ)» **М. М. Єфімов**, кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії та економічної теорії Тернопільського національного педагогічного університету імені Володимира Гнатюка **Н. Л. Морська**, кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія» **О. Е. Нікітченко**, старший викладач кафедри онтології і теорії пізнання Уральського федерального університету імені першого Президента Росії **Б. М. Єльцина** **О. М. Томюк** та ін.

На завершення огляду цієї неординарної події в нашому науковому житті не буде, напевно, перебільшенням зробити висновок про те, що семирічна робота у Львові «круглого столу» з антропології права сприяла активізації вітчизняних досліджень у цій галузі з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної й інших антропологій та суміжних із ними галузей сучасного наукового знання. Також не буде надмірним зауважити, що юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка продовжує утримувати статус міжнародного центру дослідження проблем антропології права.

Матеріал підготував:

В. Гончаров, асистент кафедри конституційного права Львівського національного університету ім. І. Франка

Фундаментальне дослідження актуальних проблем правознавства: наукова теорія та екзистенція академіка М. І. Панова¹

Публікацію і вихід до широких читацьких кіл «Вибраних наукових праць з проблем правознавства» М. І. Панова слід вважати однією з тих науково значущих подій, які постають одночасно важливою віхою розвитку вітчизняної юриспруденції і неординарним явищем, яке дає узагальнене бачення тих досягнень і перспектив, які доступні з погляду фахового вченого-юриста. М. І. Панов пройшов великий життєвий шлях практичного працівника і науковця та може поділитись своїми думками з усіма, для кого такі поняття, як «наука», «право», «професійність», мають важливий сенс. Насправді, поява таких робіт завжди викликає істотний інтерес і привертає до себе цілком виправдану увагу з огляду на специфіку такого роду видань. Формально — це збірка наукових праць одного з відомих і поважних вчених України, який уже давно працює в галузі правознавства і далеко не сьогодні і не вчора здобув загально визнану пошану як майстерного фахівця, цікавого дослідника та сумлінного юриста. З цього погляду публікація вибраних праць М. І. Панова покликана систематизувати й подати у межах однієї книги частину (від себе додамо — лише невелику частину) тих наукових здобутків, які становлять не тільки науково-теоретичну спадщину цієї людини, а й увійшли до фонду вітчизняної юридичної думки. Утім однозначно кваліфікувати дану книгу винятково за формальною ознакою видається помилковим кроком, адже її цінність має принаймні ще одну сторону, поза якою не можна адекватно усвідомити й її реальну значущість. Представлені М. І. Пановим дослідження дозволяють не просто розкрити, витлумачити, розв'язати, уточнити, з'ясувати ті чи інші проблеми правової науки, але й є унікальним, екзистенційно забарвленим поглядом на зазначені проблеми саме як вченого, дослідника, фахівця.

¹ Панов М. І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / М. І. Панов. – К. : Ін Юре, 2010. – 812 с.

Свого часу, говорячи про філософію Г. В. Ф. Гегель описував її як «епоху, втілену в думці». Дещо пізніше С. К'єркегор прагнув характеризувати як «думку, яка віддзеркалює епоху» — це не просто певна «чиста абстракція», з якої, так би мовити, «вичищене» і «вихолощене» все індивідуальне, а навпаки — така думка, яка належить людині, думка, яка пройшла тривалий і складний шлях народження, думка, яка має основу і стала результатом складних, тривалих, виснажливих і часто — болючих роздумів вченого. Потреба у «схопленні епохи у думці» існує практично завжди, оскільки лише через це уможлиблюється цілісний погляд на те, що є, так само як і осмислений прогноз на перспективі розвитку думки в цілому, тієї чи іншої конкретної науки, теорії тощо. Однак прикладів успішної реалізації цього завдання, за цілком об'єктивних і зрозумілих причин, завжди бракує. Юридична наука у цьому сенсі не може вважатись винятком. Так само як і будь-якій іншій науці, їй необхідні акти подібної складної та одночасно унікальної рефлексії, які б дозволили «вхопити» її дух у думці вченого. Для того щоб ця думка не збіднювала правознавство, вона повинна бути пропущена через екзистенцію вченого, через те самобутнє і глибоке сприйняття, яке дозволяє їй відкрити всі свої гарні, заграти всіма барвами та привнести в неї ту індивідуальність сприйняття, що власне і породжує феномен авторства. Говорячи про видання праць М. І. Панова, ми реально маємо справу з рідкісним, але вкрай цінним у всіх значеннях поєднанням двох складових елементів — глибини думки й особистості вченого. Дійсно, з одного боку, ця робота схоплює в одній думці цілу епоху, цілий пласт юридичних досліджень, які охоплюють надзвичайно широкий спектр правових проблем, починаючи від фундаментальної теорії права, філософії правової науки і закінчуючи прикладними кримінальними і кримінально-процесуальними питаннями, які висвітлюються у книзі. З другого боку — ця думка має яскраво виражений авторський характер, який відображає непересічну особистість М. І. Панова як вченого, громадського діяча, дослідника, та форма і та витонченість, які притаманні його думці, є оригінальним відображенням і втіленням рис наукового характеру та творчої особистості М. І. Панова, які властиві лише йому і не можуть бути запозичені кимось, передані комусь або рецепційовані навіть найбільш досвідченим вченим. Наявність цього незаперечного, надзвичайно цінного «особистісного виміру думки», який дозволяє «вхопити епоху», складає той змістовний аспект рецензованої книги, який не можна залишити поза увагою.

Таким чином, говорячи про «Вибрані наукові праці», слід від самого початку розуміти, що саме несе у собі ця назва, коли йдеться саме про

М. І. Панова. На наше переконання, цю «вибраність» слід розуміти не просто як механічне поєднання у межах однієї книги цілого ряду робіт, а отже, й результатів досліджень, які були отримані М. І. Пановим протягом багаторічної наукової діяльності, яка охоплює собою майже половину століття, а насамперед як репрезентативну систему теоретичного і практичного розуміння цим вітчизняним вченим найважливіших і найбільш актуальних проблем юридичної науки в цілому. Справді, питання, які ставляться М. І. Пановим, через свою фундаментальність мають ознаки «постійної актуальності», що не вичерпується лише сьогоднішнім. Це питання, над якими юридична наука почала замислюватись ще із самого свого виникнення і які досі не можуть вважатися розв'язаними. Мається на увазі питання походження права, його ролі у суспільстві, його потенційної спроможності розв'язувати суспільні конфлікти, питання прав людини та правової політики держави, методологічні питання юридичних досліджень (як загальнотеоретичних, так і галузевих) тощо. Водночас ці питання мають безпосереднє відношення до практики правового регулювання. У цьому сенсі М. І. Панов звертається до чи не найбільш складної галузі юридичної науки, якою є кримінальне право, порушуючи проблематику кримінальної відповідальності, питання точності норм кримінального права, кваліфікації злочинів, визначення поняття злочину, співучасті, предмета злочину, класифікації злочинів тощо. Щодо останнього слід нагадати, що науковий шлях цього вченого завжди був пов'язаний із кримінальним правом. Утім, на відміну від багатьох дослідників, М. І. Панов ніколи не обмежувався галузевою специфікою кримінального права. Чітко розуміючи, що юридична наука — це завжди аналіз і дослідження, засновані на глибокому та змістовному знанні насамперед теорії права, а також філософії права, він практично завжди намагався надати всім своїм науковим дослідженням загальнотеоретичного звучання. При цьому характерною рисою особистості М. І. Панова як вченого була його принципова незгода із будь-якими спробами перетворення юридичної науки на вузькофаховий профіль для практиків-юристів, які мало цікавляться питаннями розвитку суспільства та індивіда й одночасно є мало цікавими представникам інших суспільно орієнтованих наук.

Для М. І. Панова, що чітко й однозначно засвідчує дана книга, правовий вимір життя особистості та суспільства є невіддільною частиною історичного і культурного розвитку людства. Право є частиною світогляду будь-якої людини, як і релігія, міфологія, наука, мистецтво тощо. Тому, досліджуючи ті чи інші теорії, відшуковуючи відповіді на конкретні юридичні питання (навіть у тих випадках, коли вони видаються надто спеціальними), М. І. Панов убачає своїм завданням демонстрацію та

обґрунтування того загальносоціального та загальносуспільного значення, яке потенційно несе у собі правознавство. Це дозволяє не тільки краще зрозуміти унікальний внесок цього вченого, а й уявити собі місце та роль правознавства в системі наук про суспільство та індивіда.

Підтвердженням цього є і вдало обрана структура книги М. І. Панова, в якій у трьох розділах сконцентровані та викристалізовані основні теоретичні й методологічні постулати, що дозволяють досягнути сутність сучасного правознавства, а також напрями його подальшого розвитку. Зокрема, у першому розділі розміщені загальнотеоретичні дослідження автора, що присвячені питанням філософії та соціології права, теорії та історії держави і права. При цьому вражає не лише глибина та ретельність представлених досліджень, а й їх широта та різноплановість. Тут ми зустрічаємо змістовні рефлексії дослідника щодо питань формування понятійного апарату сучасної юридичної науки, визначення ряду базових категорій теоретичного правознавства, аналіз таких феноменів правового життя, як правова культура, правова свідомість, правова політика, правові конфлікти, правова соціологія, правова поведінка тощо. Разом з тим у цьому розділі автор звертається до висвітлення низки проблем сучасного конституційного права, що пов'язані із висвітленням ролі Конституції, класифікацією прав людини, характеристикою базових конституційних принципів розвитку Української держави і права.

У другому розділі книги зібрані дослідження М. І. Панова з кримінального права, що стосуються загальних і одночасно найбільш значущих теоретико-методологічних проблем у галузі сучасного кримінального права. Тут максимально сконцентровано всю гостроту думки М. І. Панова як вченого, адже саме на перетині юридичної теорії і практики розкривається та унікальна спроможність автора синтезувати в межах своєї роботи фундаментальність фахової юридичної науки та складність і багатогранність юридичної практики. Ця частина монографії може бути охарактеризована як своєрідна теорія кримінального права, без якої, на наше переконання, кримінальне право не може претендувати на статус однієї з провідних галузевих юридичних наук. Забезпечити наявність такої теорії для кримінального права, розробити її — ось мета М. І. Панова, яка успішно і майстерно досягається ним.

Нарешті, остання частина книги — це наукові роботи, присвячені особливій частині кримінального права. Інтерес до неї спричинений насамперед тим величезним досвідом М. І. Панова, який дозволив йому повно і всебічно проаналізувати особливу частину кримінального права, розкрити ті потенційно складні і проблемні моменти, що в ній містяться.

Щоправда, не менш цікавою, цінною є ще одна частина роботи, яку часто оминають своєю увагою читачі. Це вступне слово автора, у якому надається широкомасштабна картина тих подій, які супроводжували наукову діяльність М. І. Панова, викладаються основні питання, які спонукали дослідника до наукових пошуків, описується «бачення із-середини» та наукова атмосфера харківської академічної школи юриспруденції, у якій народжувалась і розвивалась думка вченого, віддається пошана вчителям, соратникам, однодумцям.

Завершується книга М. І. Панова його біографією, яка виглядає цілком органічною частиною книги, адже перед нами постає не лише М. І. Панов-вчений та М. І. Панов-дослідник, але М. І. Панов-людина. До того ж, зважаючи на те, що саме видання є ювілейним і присвячувалось 70-річчю з дня народження М. І. Панова, є не лише слухним, а й необхідним подання у стислому вигляді історичних дат і подій життєвого шляху вченого.

Книга М. І. Панова є одночасно констатацією досягнутих результатів, роздумів і запрошенням до подальших спільних наукових пошуків, це погляд у майбутнє через осмислення власного складного і сумлінного наукового шляху, це сповнене авторської самобутності слово вченого, це книга, яка вчить не лише тому, про що у ній безпосередньо написано, а й тому, як слід писати і мислити.

Дане наукове видання є безумовною подією в науковому житті України. Більше того — подією знаковою. Це одночасно і знак оклику з приводу того, що було зроблено і досягнуто цим непересічним вченим, і знак запитання — у частині тих перспектив, які було відкрито, а також тих нових проблем, які було сформульовано М. І. Пановим, і знак якості щодо того, якою має бути наукова діяльність і отриманий у її процесі науковий результат. Ця книга цікава не лише завдяки тому безпосередньому змісту, що в ній викладається, а й завдяки тому, що вона надає переоплавлений кризь призму особистості вченого і тому особливо цінний зразок справжньої творчої юриспруденції, відкритої всьому новому і одночасно укоріненої у міцній і тривалій академічній традиції. Ця книга є щиро простягнутою рукою досвідченого вченого, який звертається до кожного вченого, академіка, студента, аспіранта, юриста-практика, державного службовця, пересічного читача, для якого небайдужі питання права і правознавства. Потиснути цю руку є справжньою честю і незаперечним надбанням для кожного мислячого читача.

О. Скрипнюк, доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України

Новітнє дослідження правових проблем охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні

У складі земельного фонду України провідне місце належить землям сільськогосподарського призначення, адже вони виступають основним засобом виробництва в аграрному секторі. Звідси правові питання охорони і використання зазначених земель завжди були в центрі уваги науковців-правників.

Незважаючи на певну кількість наявних досліджень у галузі юридичної науки щодо правового режиму земель сільськогосподарського призначення, зважився на комплексний, всеохоплюючий розгляд цієї проблематики лише кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник завідувача відділу проблем аграрного, земельного та екологічного права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України Кулинич Павло Федотович, свідченням чого є видання ним у 2011 р. монографічного дослідження «Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні»¹. Уже з перших сторінок ознайомлення з рецензованим виданням стає зрозумілим, що воно підводить певну риску в дослідженні правових питань охорони і використання земель сільськогосподарського призначення й фіксує сучасний стан розвитку земельно-правової науки України щодо цих проблем.

Переходячи до більш детального аналізу монографії П. Ф. Кулинича, зазначимо, що передусім звертає на себе увагу новаторський підхід автора щодо визначення теми дослідження. Адже всупереч усталеній практиці правового регулювання у монографії на перший план винесено саме охорону земель сільськогосподарського призначення, а вже потім ідеться про їх використання. Такий підхід, зважаючи на сучасний незадовільний стан охорони земель сільськогосподарського призначення, можна лише привітати.

Перший розділ монографічного дослідження присвячений з'ясуванню методологічних проблем правового регулювання охорони та використання земель сільськогосподарського призначення. Тут цілком логічно розглянуто такі категорії, як «землі», «землі сільськогос-

¹ Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні : монографія / П. Ф. Кулинич. – К. : Логос, 2011. – 688 с.

подарського призначення», «охорона земель сільськогосподарського призначення», «використання земель сільськогосподарського призначення». Вчасним є пропонування автором концепції контрольованої якості сільськогосподарських земель як наукового підґрунтя розвитку правового регулювання їх охорони та використання. Не залишилося поза увагою дослідника й питання вдосконалення державної правової політики у сфері охорони і використання розглядуваної категорії земель. Автор обґрунтовано вважає, що стан сільськогосподарського земельного фонду країни слід розглядати як методологічну основу розвитку державної земельної політики та формування земельного права як основної правової форми охорони і використання сільськогосподарських земель.

У другому розділі рецензованої монографії автор звернувся до правових проблем здійснення сучасної земельної реформи як засобу оптимізації охорони та використання земель сільськогосподарського призначення. Узагальнення досвіду проведення земельної реформи у сфері сільськогосподарського землекористування дозволило автору дійти цілком обґрунтованого висновку, що основним завданням нового етапу земельної реформи у сільському господарстві України має стати переведення сільськогосподарського землекористування на засади сталого розвитку сільських територій та формування високого агроекологічного іміджу українського села. Також можна погодитися із П. Ф. Кулиничем у тому, що новим етапом земельної реформи в Україні має стати консолідація сільськогосподарських земель, оскільки надмірне подрібнення розпайованих сільськогосподарських земель негативно позначилося як на розвитку сільськогосподарського виробництва, так і на якісному стані ґрунтів. Об'єднання або укрупнення дрібних земельних ділянок створюватиме більш сприятливі умови їх використання для ведення товарного сільськогосподарського виробництва та охорони сільськогосподарських угідь.

Розгляд проблем охорони та використання земель сільськогосподарського призначення неможливий без з'ясування питань права власності на них, до яких автор звернувся у розділі 3 монографії. Починаючи з конституційних засад права власності на землі сільськогосподарського призначення, науковець долучився до дискусії щодо змісту статті 13 Конституції України про право власності на землю Українського народу, підкреслюючи соціально-політичне (а не юридичне) значення наведеної норми. Слід підтримати висновок П. Ф. Кулинича, що історія земельного права України в 90-х роках ХХ —

початку XXI ст. являє собою історію утвердження інституту права власності на землю. При дослідженні правового забезпечення приватизації земель сільськогосподарського призначення як умови їх охорони та використання дослідник запропонував низку цікавих пропозицій, зокрема про необхідність запровадження нарівні з безоплатною й платною приватизації земель. Обґрунтованим видається і твердження автора щодо необхідності закріплення у земельному законодавстві принципу пріоритету права приватної власності на землі сільськогосподарського призначення. Вважаємо, що ця думка потребує подальшого всебічного дослідження.

Теоретичні проблеми правового регулювання ринкових відносин у сфері сільськогосподарського землекористування висвітлено у розділі 4 рецензованої роботи. Передусім автор наводить теоретико-правову характеристику ринку земель у сучасних умовах, що є вельми актуальним, зважаючи на широке обговорення законопроектів щодо запровадження ринку земель в Україні. Слід підтримати дослідника в тому, що ринок земель становить самостійний предмет правового регулювання в межах земельного права України.

Звернення до проблем взаємодії норм цивільного і земельного права у регулюванні земельних відносин дозволило автору дійти цілком обґрунтованого висновку, що правові інститути права власності на землю, права оренди, права земельного сервітуту, права добросусідства доцільно залишити у земельному законодавстві, а цивільне законодавство має містити норми, відсилні до земельного. Слушною є пропозиція автора щодо необхідності запровадження концепції регульованого ринку земель сільськогосподарського призначення, що дозволить регулювати відносини щодо обігу таких земель більш досконало.

Цікавим видається матеріал розділу 5 монографії, в якому досліджуються проблеми становлення системи суб'єктів права товарного і підсобного сільськогосподарського землекористування. Окрему увагу автор приділив проблемам функціонування та землекористування агрохолдингів, які останнім часом набули значного поширення в Україні. У монографії наголошується на необхідності вироблення правовою наукою механізмів діяльності агрохолдингів як сільськогосподарських товаровиробників і суб'єктів сільськогосподарського землекористування, що може становити самостійний напрям перспективних земельно-аграрно-правових досліджень.

Про комплексність рецензованої роботи свідчить і розгляд у ній проблем становлення та діяльності суб'єктів права підсобного сіль-

ськогосподарського землекористування, тобто громадян для задоволення особистих потреб у сільськогосподарській продукції при веденні особистих селянських господарств, зайнятті городництвом, садівництвом, сінокосінням і випасанням худоби тощо. Автор підіймає низку існуючих наукових проблем у цій сфері (щодо розмірів земельних ділянок для підсобного землекористування, розмежування особистих селянських господарств та товарних підприємств та ін.).

Розділ 6 рецензованої монографії присвячений детальній характеристиці об'єктів правовідносин щодо охорони і використання земель сільськогосподарського призначення. Тут послідовно розкрито питання щодо системи таких об'єктів та охарактеризовано такі їх різновиди, як сільськогосподарський земельний фонд України, сільськогосподарські угіддя, меліоровані землі, ґрунти, полезахисні смуги, агроландшафти, землі органічного землеробства. Щодо останнього виду слід зазначити, що фактично в монографії П. Ф. Кулинич вперше в сучасній вітчизняній юридичній науці узагальнено наукові доробки щодо правових проблем органічного землеробства в Україні. Вважаємо правильною пропозицію автора про необхідність запровадження сертифікації земель органічного землеробства відповідно до вимог вирощування органічної продукції та постійного моніторингу за їх станом.

Завершує розглядувану роботу висвітлення організаційних та правових аспектів підвищення ефективності охорони і використання земель сільськогосподарського призначення. Автор обґрунтовує необхідність удосконалення системи економічного стимулювання охорони сільськогосподарських земель та наводить власні міркування з цього приводу.

Незважаючи на всі позитивні моменти рецензованого дослідження, зазначимо, що в монографії слід було б приділити більше уваги правовим питанням використання земель сільськогосподарського призначення саме при виробництві сільськогосподарської продукції. Однак дане побажання не знижує загальної високої оцінки розглядуваної роботи.

Матеріал монографії викладений логічно, науковим стилем, доступною мовою, має логічну структуру, відповідні положення вдало проілюстровано як чисельними статистичними матеріалами, так і практикою застосування земельного законодавства.

Особливо цінними є пропозиції автора щодо вдосконалення чинного законодавства України, зокрема Земельного та Цивільного кодексів України, Закону України «Про фермерське господарство». Ключовою ідеєю дослідження є необхідність прийняття Закону України «Про сільськогосподарські землі та агроландшафти», яку можна цілком підтримати.

Усе викладене переконливо свідчить, що вітчизняна юридична наука збагатилася високоякісним дослідженням правових питань охорони і використання земель сільськогосподарського призначення. Це дослідження не лише розв'язує низку наявних теоретичних та практичних проблем у галузі правового забезпечення сільськогосподарського землекористування, а й закладає підвалини для подальших наукових пошуків. Беззаперечно, що видана монографія буде цікава й корисна не лише вченим, викладачам і студентам юридичних та сільськогосподарських навчальних закладів, а й широкому колу читачів.

В. Уркевич, доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Національного університету «Юридична академія
України імені Ярослава Мудрого»;

М. Шultzга, доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри земельного та аграрного права
Національного університету «Юридична академія
України імені Ярослава Мудрого»,
член-кореспондент НАПрН України

Актуальне дослідження засад правового регулювання оплати праці

Становлення України як демократичної, соціальної та правової держави, формування засад громадянського суспільства зумовлюють необхідність зміни існуючого механізму правового регулювання суспільних відносин узагалі та оплати праці зокрема. Це пов'язано передусім з тим, що процес трансформації планової економіки на ринкову призвів до загострення багатьох соціально-економічних проблем і в першу чергу — до зниження життєвого рівня населення. Для переважної більшості працюючих заробітна плата — єдине джерело їх доходів, тому причини стрімкого зубожіння громадян слід шукати в недоліках сучасного механізму правового регулювання оплати праці. До того ж в умовах ринкової економіки перед державою постало нове завдання: забезпечити рівні можливості людей у праці, захистити їх права та законні інтереси. Цю реальність має враховувати і механізм правового регулювання оплати праці. Тому підґрунтям для його вдосконалення має стати саме теоретичне дослідження відносин оплати праці, що і зумовлює актуальність монографії В. М. Божка¹.

При знайомстві з нею відразу кидається у вічі її архітектоніка. Але не лише тому, що вона є стрункою, логічно-послідовною, складається із трьох розділів і сімнадцяти підрозділів. Привертає свою увагу в першу чергу перший підрозділ «Передмова. Логіка дослідження», в якому вчений висвітлює неефективність існуючого механізму правового регулювання оплати праці. На його думку, це є достатньою підставою для того, щоб не обмежувати свою увагу існуючим трудовим законодавством, а дослідити ті засади, які мають стати підґрунтям для формування новітнього, ефективного законодавства у сфері оплати праці, основою для Трудового кодексу України.

Заслуговують на увагу узагальнення, зроблені В. М. Божком у процесі формулювання логіки його дослідження, котрі покладено в основу всієї монографії: «людина є первинним суб'єктом права, а тому лише вона здатна до праці»; «праця для людини є не лише мірою можливої, але й необхідної поведінки, адже саме в праці реалізується сутність людини»; «в процесі свого життя людина створила законодавство, вторинні суб'єкти права, засоби виробництва і предмети спожив-

¹ Божко В. М. Засади правового регулювання оплати праці: теоретичний аспект / В. М. Божко. – Полтава : ПолтНТУ, 2011. – 402 с.

вання, сформувавши таким чином штучне середовище свого існування»; «елементом створеного людиною штучного середовища стала й оплата праці як процес трансформації кількісної та якісної оцінки праці, її результатів у грошовий еквівалент — у заробітну плату. Але така штучна оплата праці не є досконалою, як і все, що створила людина, адже не забезпечує природної еквівалентності між працею, її результатами та заробітною платою».

Таким чином, сформувавши середовище свого існування, люди винайшли засіб трансформації результатів своєї праці у грошовий еквівалент за допомогою процесу, що дістав назву «оплата праці». Використовуючи його, визначаються пропорції обміну доданої вартості між працівниками різної кваліфікації, які беруть участь у її створенні, між роботодавцем і державою.

Далі автор продовжує аналіз відносин оплати праці через діалектичну єдність логічного та історичного методів дослідження. Науковець окреслив загальні проблеми взаємозв'язку явищ, термінів, розкрив методологічні підходи до формулювання понять у трудовому праві. Окрему увагу він зосередив на порівняльному аналізі співвідношення змісту термінів «заробітна плата» і «оплата праці» на основі вітчизняних джерел трудового права, законодавства провідних країн світу. Крім того, автор дослідив позиції вчених щодо розмежування ними змісту окреслених термінів у науці трудового права впродовж останніх трьох століть. Усе це дало йому підстави зробити висновок про доцільність виокремлення терміна «оплата праці» з-поміж інших трудових категорій та в першу чергу розмежувати його зміст із терміном «заробітна плата». Дослідник переконує, що у той час як заробітна плата є об'єктом трудових відносин, оплата праці є процесом, унаслідок якого праця перетворюється на грошовий еквівалент, на заробітну плату. А тому лише оплата праці, на відміну від заробітної плати, може бути об'єктом правового регулювання.

Продовжуючи розкривати діалектику логічного та історичного дослідження, В. М. Божко зосередив свою увагу на генезі засад правового регулювання оплати праці не лише на території сучасної України, а й провідних країн світу, починаючи з ХХ століття до нашої ери.

Історично-правовий погляд на можливе вирішення теоретичних проблем щодо пошуку засад новітнього механізму правового регулювання оплати праці дозволив авторіві продовжити розмежування змісту термінів «заробітна плата» і «оплата праці». Дослідник проаналізував поняття, систему та зміст принципів оплати праці, акцентував

свою увагу на неможливості існування принципів заробітної плати саме тому, що вона не є об'єктом правового регулювання, а є результатом правового впливу на оплату праці.

Окреслюючи структуру системи принципів оплати праці, науковець зосередив свою увагу не лише на системі й внутрішньосистемних взаємозв'язках між ними, а й на розкритті змісту таких принципів правового регулювання оплати праці, як справедливість, свобода, рівність та на їх втіленні у трудовому законодавстві. Розкриваючи зміст цих принципів, дослідник сформулював теоретичні підходи до нормування мінімальної заробітної плати, договірного регулювання та підстав можливої диференціації оплати праці тощо.

У рецензованій монографії є й інші цікаві, корисні, ґрунтовні висновки автора, більшість з яких заслуговують схвалення та впровадження в юридичну практику.

Узагальнюючи, слід зазначити, що В. М. Божко виконав актуальне наукове дослідження теоретичних засад правового регулювання оплати праці, яке є вагомим внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки. Воно може бути корисним не лише для фахівців у галузі трудового права, а й для дослідників з інших галузевих, історично-правових й теоретично-правових наук.

Н. Хуторян, доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник Інституту
держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
член-кореспондент Національної академії правових
наук України, Заслужений діяч науки і техніки
України

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Юридична громадськість відзначає славетний ювілей відомого фахівця в галузі фінансового права, доктора юридичних наук, професора, Заслуженого юриста України, академіка Національної академії правових наук України **Лідії Костянтинівни Воронової**, яка народилася 5 жовтня 1931 р. у м. Темірі (Казахстан). У 1954 р. вона закінчила юридичний факультет Львівського державного університету ім. І. Я. Франка (нині — Львівський національний університет імені Івана Франка). З 1963 р. почала працювати в Київському державному університеті ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). У 1975–1996 рр. — завідувач кафедри державного та адміністративного права. З 1996 р. працювала на посаді професора кафедри конституційного та адміністративного права, з 2008 р. — на посаді професора-консультанта цієї кафедри. З 2007 р. — завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Київського університету туризму, економіки та права.

У 1963 р. Л. К. Воронова захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Бюджетні права Української Радянської Соціалістичної Республіки» (спеціальність 12.00.02, нині — 12.00.07), у 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні питання правового регулювання витрат державних бюджетів союзних республік» (спеціальність 12.00.02, нині — 12.00.07). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1982 р. Вчене звання професора присвоєно у 1983 р. Обрана дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 1993 р.

Л. К. Воронова — відомий фахівець у галузі фінансового, податкового та банківського права. Опублікувала понад 210 наукових праць, серед яких: «Радянське фінансове право» (1973), «Бюджетно-правове регулювання» (1975), «Правові основи видатків державного бюджету» (1981), «Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин» (1989), підручники «Фінансове право» (1998, 1999), «Фінансове право України» (2006), навчальні посібники «Фінансове право України»

(у співавт., 2004, 2006, 2009), «Податкове право України» (у співавт., 2009). Брала участь у розробленні Бюджетного кодексу України.

Заслужений юрист України (2006). Нагороджена орденом «За заслуги» III ступеня (1999), орденом княгині Ольги III ступеня (2003), Почесною грамотою Верховної Ради України (2009), відзнакою Вищої школи СРСР «За отличные успехи в работе» (1980), «За наукові досягнення» Міністерства освіти України (2008). Відмінник освіти України (1998), лауреат премії імені Ярослава Мудрого, Заслужений професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Л. К. Воронова завдяки своєму професіоналізму, відданості справі, порядності здобула великий авторитет у членів колективу Національної академії правових наук України та широкої юридичної громадськості.

Лідія Костянтинівна є надзвичайно відповідальною, щирою, доброзичливою людиною, яка намагається допомогти кожному, хто до неї звернувся. Своїм досвідом і знаннями Л. К. Воронова щиро ділиться зі своїми колегами, учнями, тому вона завжди оточена великою пошаною і любов'ю в колективі та серед широкого юридичного загалу. Як особистість її вирізняють тактовність, професіоналізм, принциповість і виваженість.

Президія Національної академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Лідію Костянтинівну Воронову** з її славним ювілеєм, бажають міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у її багатогранній діяльності.



10 листопада 2011 р. виповнилося 80 років від дня народження та 55 років науково-педагогічної діяльності видатного українського вченого-правознавця в галузі судоустрою та кримінального судочинства, талановитого педагога вищої школи, академіка Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора, Заслуженого діяча науки і техніки України, професора кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» **Юрія Михайловича Грошевого**.

Юрій Михайлович народився 10 листопада 1931 р. у м. Харкові. У 1953 р. закінчив Харківський юридичний інститут, у 1956 р. — аспірантуру цього ж інституту по кафедрі кримінального процесу.

У 1956–1959 рр. працював слідчим слідчого відділу УКДБ при РМ СРСР по Белгородській області, у 1960–1963 рр. обіймав посаду державного арбітра Дніпропетровського обласного державного арбітражу, а потім — начальника юридичного бюро Дніпропетровського шинного заводу; у 1964–1966 рр. — судді Дніпропетровського обласного суду.

З 1966 р. життя і діяльність Ю. М. Грошевого пов'язані з Національним університетом «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (раніше — Харківський юридичний інститут, Українська державна юридична академія, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого): старший викладач, доцент, декан вечірнього факультету, старший науковий співробітник, професор, з 1979 по 1982 р., з 1992 по 2008 р. — завідувач кафедри кримінального процесу, з 1982 по 1992 р. — завідувач кафедри правосуддя і прокурорського нагляду.

У 1965 р. Ю. М. Грошевий захистив кандидатську дисертацію на тему «Законність і обґрунтованість вироку радянського суду», а у 1975 р. — докторську дисертацію на тему «Теоретичні проблеми формування суддівського переконання в кримінальному судочинстві». У 1978 р. йому присвоєно вчене звання професора.

Разом з В. Я. Тацієм, В. В. Сташисом, Ф. Г. Бурчаком Ю. М. Грошевий зробив значний внесок у створення та становлення Академії правових наук України, яка була утворена Указом Президента України від 23 липня 1993 р. як вища галузева наукова установа з державним статусом та широким самоврядуванням з метою комплексного розвитку правової науки та створення правових засад української державності. З 1993 р. він є академіком Національної академії правових наук України. З 1993 по 2007 р. займав посаду віце-президента Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України).

Ю. М. Грошевий уперше у вітчизняній науці кримінального процесу дослідив сутність і структуру внутрішнього переконання судді та обставини, що впливають на суддю при прийнятті судового рішення. В умовах здійснення судово-правової реформи в Україні, становлення незалежної судової влади як однієї з найважливіших складових правової державності особливого значення набуває науковий доробок Ю. М. Грошевого щодо розвитку засад змагальності в кримінальному судочинстві, дослідження методологічних проблем доказів і доказування, механізму прийняття процесуальних рішень у кримінальних справах судом першої інстанції, гарантій, що забезпечують правосудність вироку, захист прав і свобод людини і громадянина.

Одним із перших у країні Ю. М. Грошевий почав розробляти проблему імплементації норм міжнародного права в національне кримінально-процесуальне законодавство України, висловив пропозиції щодо гармонізації правових систем, імплементації міжнародних стандартів захисту прав людини та здійснення правосуддя в національні процесуальні процедури.

Ю. М. Грошевий завжди перебуває на передньому краї реформування кримінально-процесуального законодавства України — за його безпосередньою участю розроблені Модельний Кримінально-процесуальний кодекс для держав СНД, Концепція судово-правової реформи в Україні, проект нового Кримінально-процесуального кодексу України, нові законодавчі акти про судоустрій, про прокуратуру, оперативно-розшукову діяльність та ін. З 1992 р. він член робочої групи, а згодом — заступник голови робочої групи Кабінету Міністрів України, Верховної Ради України з розробки нового Кримінально-процесуального кодексу України. З 1995 р. він також був членом комісії з доопрацювання та узгодження Кримінального кодексу, Кримінально-процесуального кодексу, Кримінально-виконавчого кодексу України.

Предметом наукового інтересу Ю. М. Грошевого є також теорія правової держави та її формування в Україні, що знайшло відображення в багатьох наукових публікаціях, зокрема у підручнику «Конституційне право України» (1999), а також у його участі в робочих групах Конституційної комісії при Президентові України, при розробці першого та наступного Закону України «Про Конституційний Суд України».

Ю. М. Грошевий є автором, співавтором і науковим редактором більш як 430 наукових праць, у тому числі понад 40 монографій, підручників, навчально-практичних посібників, коментарів законодавства, текстів лекцій, що стали значним внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки. Серед них — «Проблемы формирования судебного убеждения в уголовном процессе» (1975), «Правовые свойства приговора — акта социалистического правосудия» (1978), «Сущность судебных решений в уголовном процессе» (1979), «Освобождение от уголовной ответственности в стадии судебного разбирательства» (1979), «Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие» (1986), «Кассационный протест прокурора по уголовным делам» (1989), «Прокурорський нагляд в Україні» (1994, 1997), «Конституційне право України» (1999), «Забезпечення органами внутрішніх справ міжнародно-правових стандартів прав людини при охороні громадського порядку» (2001), «Нове у кримінально-процесуальному законодавстві» (2002),

«Конституційно-правові засади становлення української державності» (2003), «Конституція України: науково-практичний коментар» (2003, 2011), «Судова експертиза: нормативно-правове регулювання та наукові коментарі» (2004), «Докази і доказування у кримінальному процесі» (2006), «Приватне життя і поліція. Концептуальні підходи, теорія та практика» (2006), «Судовий контроль у сфері оперативно-розшукової діяльності» (2009), «Досудове розслідування злочинів» (2009), «Правова система України: історія, стан та перспективи» : у 5 т. (2008, співавт., член редкол.), «Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність» (2010) та ін. Професор Ю. М. Грошевий є співавтором та науковим редактором 4-х видань підручників кримінального процесу: «Советский уголовный процесс» (1978, 1983), «Кримінальний процес України» (2000), «Кримінальний процес» (2010).

Упродовж багатьох років Ю. М. Грошевий очолював кафедру кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», у складі якої працюють його учні — доктори та кандидати юридичних наук. Завдяки зусиллям завідувача кафедри створено колектив, який має неабиякий науковий авторитет та педагогічний потенціал. Під керівництвом Ю. М. Грошевого захистили дисертації 4 доктори та 58 кандидатів юридичних наук, які працюють не лише в Україні, а й в інших країнах СНД.

Ю. М. Грошевий — талановитий педагог. Його лекціям з курсу «Кримінальний процес» притаманне поєднання глибокого аналізу кримінально-процесуального законодавства, практики його застосування, складних питань здійснення правосуддя у кримінальних справах з простою, доступною формою викладання, чіткістю визначень і формулювань. Серед вихованців Ю. М. Грошевого — багато відомих юристів-правознавців, науковців, суддів, прокурорів, народних депутатів України, громадських діячів.

Багаторічний досвід наукової роботи Ю. М. Грошевого нерозривно пов'язаний з активною участю в атестації наукових кадрів. Він є членом спеціалізованих вчених рад Д.64.086.01 та Д.64.086.03 в Національному університеті «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» по захисту кандидатських і докторських дисертацій. 24 роки він очолював спеціалізовану вчену раду Д.64.086.03.

Ю. М. Грошевий є також членом наукової ради та редакційної колегії низки журналів та фахових наукових збірників, зокрема «Практики Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі», «Права України», «Вісника Академії прокуратури України», «Вісника Ака-

демії правових наук України», збірника наукових праць Інституту вивчення проблем злочинності Національної академії правових наук України «Питання боротьби зі злочинністю», республіканського наукового збірника «Проблеми законності».

Багаторічна сумлінна праця Ю. М. Грошевого, його вагомий внесок у розвиток вітчизняної юридичної науки і освіти, підготовку висококваліфікованих юристів, формування судової влади та правової державності в цілому були відзначені державними нагородами — орденом «За заслуги» III ступеня (2000), 6-ма медалями. Він також нагороджений Почесними грамотами Вищого господарського суду України (2001), Верховної Ради України (2001) та Верховного Суду України (2005), Почесною відзнакою Служби безпеки України (2001), Відзнакою МВС України «За сприяння органам внутрішніх справ України» (2003), Почесною відзнакою Міністерства юстиції України (2008), Почесним знаком «Орден III ступеня за відзнаку заслуг перед академією» (Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого) (2010).

Юрій Михайлович — Заслужений діяч науки і техніки України (1990), Заслужений професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (2000), Почесний працівник Арбітражного суду України (1995), Почесний працівник Прокуратури України (2001), лауреат III Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання в номінації «Юридичні підручники» (2000), лауреат правничої премії імені Ярослава Мудрого в номінації «За видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів» (2003), «За підготовку і видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти» (2010).

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають ювіляра, щиро бажають міцного здоров'я, сімейного щастя, благополуччя, усіляких гараздів, як науковцю — творчого натхнення, нових ідей, талановитих учнів.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця у галузі загальної теорії та філософії держави, права і прав людини, академіка Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Петра Мойсейовича Рабіновича**.

Петро Мойсейович є зразковою особистістю — професором, науковцем, педагогом, Людиною — не лише для студентів, своїх учнів і співробітників юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, але й для колег-науковців з усієї України та з близького зарубіжжя.

Народився ювіляр 26 жовтня 1936 р. у м. Києві. У 1959 р. закінчив юридичний факультет Львівського державного університету ім. І. Я. Франка (нині — Львівський національний університет імені Івана Франка). З 1959 р. по 1966 р. займався практичною діяльністю за фахом: до 1961 р. працював адвокатом, а з 1962 р. по 1966 р. — інженером-патентознавцем. У 1966 р. заочно закінчив аспірантуру Інституту держави і права АН УРСР (нині — Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України). З 1966 р. працював у Львівському національному університеті імені Івана Франка на посадах асистента, доцента. З 1981 р. обіймає посаду професора кафедри теорії та історії держави і права, згодом — кафедри теорії та філософії права. З 1996 р. — завідувач Львівської лабораторії прав людини (з 2001 р. — Львівської лабораторії прав людини і громадянина Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України). Під його пильним керівництвом Лабораторія отримала славу вітчизняного дослідницького центру загальнотеоретичних і філософських досліджень прав людини, результати яких оприлюднено у більш ніж 30 випусках її «Праць».

У 1966 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Законность и целесообразность в советском праве» (спеціальність 12.00.01), у 1979 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Упрочение законности — закономерность социализма (вопросы теории и методологии исследования)» (спеціальність 12.00.01). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1980 р. Вчене звання професора присвоєно у 1983 р. У 1993 р. обраний членом-кореспондентом, а у 2009 р. — дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України).

Петро Мойсейович Рабінович удостоєний почесного звання «заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка» (2002), нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2004). А у 2007 р. йому було присвоєне почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Ювіляр є відомим фахівцем у галузі загальної теорії права та держави, зокрема теорії прав людини, а також філософії права. Опубліку-

вав понад 800 наукових праць, серед яких: «Упрочение законности — закономерность социализма (вопросы теории и методологии исследования)» (1975), «Проблемы теории законности развитого социализма» (1979), «Социалистическое право как ценность» (1985, 2006), «Основи загальної теорії права та держави» (1992, 1993, 1994, 1995, 2001, 2002, 2005, 2007, 2008), «Права людини і громадянина у Конституції України» (1997), «Права людини» : підручник для середніх шкіл (у співавт., 1997), «Здійснення прав людини в Україні: проблеми обмежування» (у співавт., 2001), «Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації» (у співавт., 2002), «Конституція України: науково-практичний коментар» (у співавт., 2003), «Права людини і громадянина» : навчальний посібник (у співавт., 2004), «Особенности толмачення юридичних норм щодо прав людини» (у співавт., 2004), «Філософія права: проблеми та підходи» : навчальний посібник (у співавт., 2005), «Право людини на компенсацію моральної шкоди (загальнотеоретичні аспекти)» (у співавт., 2006), «Права людини: соціально-антропологічний вимір» (у співавт., 2006), «Права людини і громадянина: можливості удосконалення конституційних гарантій» (у співавт., 2008), «Конституційно-правовий статус людини: можливості удосконалення в Україні» (у співавт., 2012).

Фактично П. М. Рабінович є першим серед українських правознавців другої половини ХХ ст., який започаткував відновлення наукового інтересу до теорії та філософії прав людини у вітчизняній юридичній науці. Крім того, неоцінним внеском ювіляра в юридичну науку та практику було започаткування ним у 1997 р. й активна популяризація реферативних перекладів рішень Європейського суду з прав людини, а також перекладів комюніке секретаря цього Суду. Завдяки цій діяльності Львівської лабораторії прав людини і громадянина, очолюваної професором Рабіновичем, широкі юридичні кола змогли відкрити для себе практику застосування Європейської конвенції 1950 р.

Значний внесок у вітчизняну юридичну науку становить розробка ювіляром потребового методологічного підходу до дослідження праводержавних явищ. Чи не весь науковий доробок автора ґрунтується на застосуванні цього підходу, що, безперечно, сприяє розкриттю соціальної сутності досліджуваних об'єктів.

Майже 40 років Петро Мойсейович плідно займається педагогічною діяльністю. Читає курси лекцій з теорії права і держави, філософії права, практики Європейського суду з прав людини та спецкурси з актуальних проблем теорії та філософії права на юридичному факультеті.

теті Львівського національного університету імені Івана Франка. Його лекції вирізняються глибиною думки, виваженістю поглядів, рельєфним акцентуванням на важливих проблемах, лаконічністю формулювань, після яких у студентів на все життя формується цілісне уявлення про такі складні та фундаментальні для юриста сфери юридичної науки, як теорія права і держави та філософія права.

Петра Мойсейовича завжди вирізняє особлива увага й повага до студентів, терпеливість і невтомність у майже щоденній праці з ними. Перейнявши у свого Вчителя — відомого теоретика права, професора П. О. Недбайла — керівництво студентським науковим гуртком з теорії права та держави, Петро Мойсейович здійснює невпинне та активне кількадесятирічне керівництво його функціонуванням. За ці майже 45 років гурток став справжньою «кузнею» наукових кадрів юридичного факультету не лише в галузі теорії права, але й з інших дисциплін, адже зараз важко знайти на цьому факультеті хоча би кандидата юридичних наук, який би не пройшов «школу» гуртка.

Перебуваючи більше 15 років на посаді заступника декана юридичного факультету з наукової роботи, Петро Мойсейович з особливою турботою опікувався розвитком студентської науки, і зокрема діяльністю Студентського наукового товариства факультету. Ці його старання принесли рясні плоди у вигляді відомих щорічних весняних міжнародних студентсько-аспірантських конференцій, яких відбулося вже більше десяти і в яких взяли участь більше 1 100 учасників не лише з України, але й з понад 15-ти країн світу. Мабуть, для них назавжди залишиться у пам'яті не лише юридичний факультет, але й постать Петра Мойсейовича, котрий невтомно урочисто відкриває і закриває кожен з таких конференцій, особисто нагороджує авторів найкращих доповідей та опікується учасниками, котрі приїжджають із найвіддаленіших навчальних закладів.

Започаткувавши у Львові щорічні всеукраїнські, а в останні роки — міжнародні «круглі столи» з антропології права, академік П. М. Рабінович посилив інтерес юридичних і філософських наукових кіл до проблематики цієї нової для вітчизняної правової традиції науки. Семирічна робота у Львові «круглого столу» з антропології права, увіковічена у 7 збірках статей його учасників, сприяє активізації вітчизняних досліджень антропних властивостей права та його суб'єктів саме з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної й інших антропологій та суміжних із ними галузей сучасного наукового знання. Завдяки такій самовідданій діяльності метра вітчизняної загальнотеоретичної юридичної науки юридичний факультет Львівського

національного університету імені Івана Франка набув своєрідного статусу всеукраїнського центру дослідження проблем антропології права.

Ювіляр не лише дав путівку в наукове життя 21 кандидату та доктору юридичних наук, але й надалі здійснює пряме чи опосередковане керівництво й консультування підготовкою кількох інших кандидатських і докторських дисертацій, формуючи, без перебільшення, потужну й добре знану наукову школу загальної теорії та філософії прав людини. Для кожного зі своїх учнів Петро Мойсейович є мудрим порадником, суворим, але доброзичливим критиком, взірцем у самовідданій та активній науковій праці, у неупинному прагненні до самовдосконалення.

Людинолюбство, толерантність, професіоналізм, інтелігентність, життєрадісність, проникливість, оптимізм — ось вони складові «одниці людяності» Вчителя, виведеної колегами та вдячними учнями Петра Мойсейовича під час святкування його ювілею.

Президія Національної академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Петра Мойсейовича Рабіновича** з його славним ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у його багатогранній діяльності, в якій відчуває потребу вся правнича наукова громадськість України.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого українського правознавця, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Станіслава Сергійовича Яценка**, який народився 22 грудня 1936 р. у м. Ічні Чернігівської обл. У 1959 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). З 1959 р. по 1961 р. працював оперуповноваженим дізнання, адвокатом, завідувачем юридичної консультації Старченківського р-ну Київської обл. З 1962 р. по 1965 р. навчався в аспірантурі Сектору держави і права АН УРСР, потім працював молодшим науковим співробітником. У 1968–1996 рр. працював у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка на посадах старшого викладача, доцента кафедри кримінального права і криміналістики, заступника декана, старшого наукового співробітника кафедри

кримінального права і процесу, доцента цієї кафедри, в. о. декана юридичного факультету, завідувача кафедри кримінального права і кримінології. З 1996 р. по 2002 р. — суддя Конституційного Суду України, секретар колегії з конституційних подань. З 2002 р. — професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, науковий керівник Центру вивчення проблем злочинності та криміналістичних досліджень юридичного факультету цього університету; голова спеціалізованої вченої ради із захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора (кандидата) юридичних наук. З 2007 р. — на пенсії.

У 1966 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості (на матеріалах Української РСР)» (спеціальність 12.00.08), у 1989 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Кримінально-правова охорона громадського порядку (порівняльно-правове дослідження)» (спеціальність 12.00.08). Вчене звання професора присвоєно у 1990 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 1996 р.

Фахівець у галузі кримінального права. Напрями наукових досліджень — кримінально-правова охорона громадського порядку, порівняльне кримінальне право, міжнародне кримінальне право. Опублікував понад 180 наукових праць, серед яких: «Ответственность за преступления против общественного порядка» (1976), «Уголовно-правовая охрана общественного порядка: сравнительно-правовой аспект» (1986), «Кримінальне право України: Загальна частина» (у співавт., 1997), «Кримінальне право України: Особлива частина» (1997, 1999, 2000), «Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий» (1995, 1998, 1999, співавт., наук. ред.), Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2000, 2002, 2005, допов. і переробл., співавт., відп. ред.).

Брав участь у складі робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки Кримінального кодексу України та інших.

Заслужений юрист України (1996), нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2006), Почесною відзнакою Вищої ради юстиції та двома медалями. Лауреат премії імені Ярослава Мудрого (2002). Відмінник освіти України.

С. С. Яценко — доброзичлива, принципова, віддана високим ідеалам науки і освіти людина, він здобув вагомий авторитет та повагу

серед широкого юридичного загалу. Наукова громадськість цінує творчі сили, високий професіоналізм ювіляра, які і надалі будуть спрямовані на підвищення авторитету і наукового потенціалу Національної академії правових наук України, розвиток вітчизняної науки.

Президія Національної академії правових наук України, редколегія «Вісника Академії правових наук України» сердечно вітають **Яценка Станіслава Сергійовича** з ювілеєм і щиро бажають йому міцного здоров'я, довголіття, незгасаючої енергії, благополуччя, подальшої плідної праці та творчого натхнення.



Виповнилося 70 років від дня народження відомого правознавця, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Василя Тимофійовича Маляренка**, який народився 18 жовтня 1941 р. у с. Вікторівка Маньківського р-ну Черкаської обл.

Трудову діяльність ювіляр розпочав у 1958 р. робітником геофізичної експедиції, робітником, а потім гірничим майстром вугільних шахт Донбасу. У 1962 р. закінчив Кадіївський гірничий технікум. З 1963 по 1966 р. проходив військову службу на космодромі Байконур. З 1967 по 1973 р. працював інженером у системі комбінату «Луганськшахтобуд». З 1973 р. після закінчення Харківського юридичного інституту (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого») обирався народним суддею Кадіївського міського суду, суддею, заступником Голови Луганського обласного суду. У 1980 р. обраний суддею Верховного Суду України. У 1983 р. — секретарем Пленуму Верховного Суду України. З 1985 р. був членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, а з 1994 по 2006 р. — її головою. У 1993 р. обраний заступником Голови Верховного Суду України і Головою судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України. Поряд з цим у 1996 р. Указом Президента України призначений Представником України в Комісії Організації Об'єднаних Націй з питань запобігання злочинності та кримінального судочинства. У 2004 р. Указом Президента України знову призначений на цю посаду.

В. Т. Маляренко зробив низку доповідей у штаб-квартирі ООН у Нью-Йорку під час підготовки Статуту Міжнародного кримінального

суду як глава делегації України у Підготовчому та Спеціальному комітетах ООН. Як заступник глави делегації України брав участь у Дипломатичній конференції у Римі (1998 р.), на якій було прийнято статут Міжнародного кримінального суду. У штаб-квартирі ООН у Відні як глава делегації України зробив ряд доповідей з питань тероризму, торгівлі зброєю, дітьми та наркотиками.

11 листопада 2002 р. В. Т. Маляренко був обраний Головою Верховного Суду України. З 2002 р. увійшов до складу Вищої ради юстиції України, а з 22 лютого 2005 р. — до складу Ради національної безпеки та оборони України. У 2006 р. вийшов у відставку. З 2009 р. — декан юридичного факультету Київського національного університету культури і мистецтв. Нині — ректор Національної школи суддів.

У 1991 р. В. Т. Маляренко захистив кандидатську дисертацію на тему «Реалізація основних конституційних засад судочинства в кримінальному законодавстві України», а в 2005 р. — докторську дисертацію на тему «Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія і практика». Вчене звання професора ювіляру було присвоєно у 2004 р., цього ж року він був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України).

В. Т. Маляренко веде підготовку наукових кадрів як голова спеціалізованої вченої ради із захисту кандидатських дисертацій Національної академії прокуратури України, є членом такої ж ради Академії адвокатури України.

Василь Тимофійович Маляренко — відомий науковець у галузі кримінально-процесуального права. Поряд із судовою, дипломатичною, державною та законотворчою діяльністю протягом багатьох років він веде плідну наукову діяльність. Є автором 240 публікацій, у тому числі монографій, підручників, наукових та методичних посібників, збірників, статей у газетах та журналах тощо. Найбільш відомі праці: «Про покарання за новим Кримінальним кодексом України» (2003), «Коментар до Закону “Про судоустрій України”» (2003), «Кримінальний процес України. Стан і перспективи» (2004), «Перебудова кримінального процесу України в контексті Європейських стандартів» (2005), «Кримінально-процесуальне право» : підручник (2006).

Вчений брав участь у численних робочих групах з розробки законопроектів, зокрема з 1994 р. очолював робочу групу Кабінету Міністрів України з питань підготовки проекту Кримінально-процесуального кодексу України. Із січня 2003 р. — заступник Голови

робочої комісії у Верховній Раді України. В. Т. Маляренко був членом комісій з доопрацювання та узгодження проектів Кримінального, Кримінально-процесуального та Кримінально-виконавчого кодексів України, членом Національної конституційної ради України з підготовки проектів законів «Про прокуратуру» та «Про статус слідчого», брав участь у складі комісії з опрацювання питань щодо скасування смертної кари в Україні, а також комісії з питань реформування правоохоронних органів України. Протягом 1994–2002 рр. був членом комісії з питань помилування при Президентів України. Безпосередньо підготував ряд проектів законодавчих актів, у тому числі проект закону «Про статус суддів».

Держава високо оцінила заслуги ювіляра. В. Т. Маляренко — Заслужений юрист України (1992), повний кавалер ордена «За заслуги» (1998, 2000, 2004), нагороджений орденом «Святий князь Володимир» III ступеня (1999), орденом «За трудові досягнення» III ступеня (2001), Срібною медаллю «Незалежність України» (2002), Почесною грамотою Верховної Ради України (2002), Золотою медаллю «60 років пам'яті» (2002), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2006), орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня (2006). Має понад 50 нагород відомчих, релігійних та громадських організацій, у тому числі міжнародних. Ряд його монографій удостоєні рейтингових та спеціальних відзнак.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Василя Тимофійовича Маляренка** з нагоди його славного ювілею і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, нових наукових звершень, невичерпної енергії та довголіття.



Виповнилося 70 років від дня народження доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Василя Федоровича Сіренка**, який народився 11 листопада 1941 р. у м. Пирятині Полтавської обл.

У 1971 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). У тому ж році почав працювати

в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де обіймав посади молодшого наукового співробітника, старшого наукового співробітника, завідувача відділу. З 1998 р. по 2002 р. — народний депутат України III скликання. Голова Комітету з питань правової реформи (1998–2000), потім член Комітету з правової політики. З 2002 р. по 2006 р. — народний депутат України IV скликання. Заступник голови Комітету з питань правової політики. З 2007 р. і до сьогодні — головний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У 1975 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Організація і розвиток принципів діяльності обчислювальних центрів, що функціонують в умовах АСУ» (спеціальність 12.00.02), у 1984 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні проблеми формування і реалізації інтересів у сфері державного управління» (спеціальність 12.00.02). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1984 р. Обраний членом-кореспондентом НАН України у 1995 р., дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) — у 1993 р. Підготував більше 10 докторів і кандидатів наук.

Напрями наукових досліджень — теорія держави і права, проблеми розвитку правової системи України, державне управління. Оpubлікував понад 150 наукових праць, серед яких: «Организационно-правовые вопросы деятельности вычислительных центров, функционирующих в условиях АСУ» (1976), «Проблема интереса в государственном управлении» (1980), «Обеспечение приоритета общегосударственных интересов» (1987), «Интересы — власть — управление» (1991), «Теоретичні проблеми систематизації законодавства» (у співавт., 1999). Брав участь у розробленні законопроектів України «Про судоустрій», «Про народне підприємство», «Про науково-технічну політику» тощо.

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока людська порядність, відповідальність за доручену справу, доброта — це лише деякі риси, що характеризують В. Ф. Сіренка як яскраву особистість.

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Василя Федоровича Сіренка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

- Рабінович П.** Загальнотеоретичне праводержавознавство в Україні:
здобутки, проблеми, перспективи..... 3
- Погребняк С.** Договір: загальнотеоретичне розуміння 17

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

- Гультай М.** Конституційна скарга: європейський досвід та пропозиції
щодо її закріплення в Конституції України 29
- Лиска І.** Умови і порядок набуття закордонними українцями
громадянства України 39

ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

- Зінченко О.** Принципи федеративного устрою ФРН
та Російської Федерації: порівняльний аналіз 48

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

- Гончаренко В.** Правовий статус населення України за Конституцією
УСРР 1919 р. 58
- Шевченко О.** Правозахисна діяльність Гельсінкського руху в Україні
(середина 70-х — 80-ті роки ХХ ст.) 70

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

- Титов В., Коваленко Г.** Творчий шлях Роналда Дворкіна 80

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

- Крупчан О.** Удосконалення державного регулювання підприємницької
діяльності на сучасному етапі 94
- Пучковська І.** Проти подвійної природи неустойки..... 105

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

- Задихайло Д.** Модернізація правового господарського порядку
в Україні (визначення масштабу проблематики) 114
- Пашков В.** Господарсько-правові аспекти промислового виробництва
інноваційних лікарських засобів 126
- Полюхович В.** Господарсько-правові форми державного регулювання
фондового ринку України 137

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

- Бойко І.** Охорона й захист персональних даних
адміністративно-правовими засобами 144
- Лученко Д.** Про правову природу оскарження рішень, дій
або бездіяльності суб'єктів владних повноважень..... 152

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

- Городовенко В.** Принцип державної мови судочинства і діловодства
в судах України: проблеми правозастосування..... 161

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

- Капліна О.** Телеологічне (цільове) тлумачення норм кримінально-
процесуального права..... 170
- Маринів В.** Перегляд судових рішень у кримінальному процесі України:
окремі питання 183
- Вапнярчук В.** Поняття кримінально-процесуального
доказування 193
- Трофімов С.** Визначення правового статусу суб'єктів
антитерористичної діяльності 202

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

- Француз-Яковець Т.** Бікамеральний парламент: правова природа
та юридичний статус 214
- Сімсон О.** Державно-приватне партнерство в інноваційній сфері..... 222

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

- Мерник А.** Громадянське суспільство як інституційна система 231
- Скіданов К.** Поняття волі та волевиявлення і їх правове значення
для вчинення правочинів..... 240
- Панасюк О.** Дискреційні повноваження суду в кримінальному
судочинстві України: теоретичні аспекти..... 248

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

- Львів в епіцентрі антрополого-правових дебатів:
VII щорічний міжнародний «круглий стіл» (В. Гончаров) 259

РЕЦЕНЗІЇ

- Фундаментальне дослідження актуальних проблем правознавства:
наукова теорія та екзистенція академіка М. І. Панова
(О. Скрипнюк) 264

Новітнє дослідження правових проблем охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні (В. Уркевич, М. Шульга)	269
Актуальне дослідження засад правового регулювання оплати праці (Н. Хуторян)	274

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Воронова Л. К.	277
Грошевий Ю. М.	278
Рабінович П. М.	282
Яценко С. С.	286
Маляренко В. Т.	288
Сіренко В. Ф.	290

Збірник наукових праць
Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (67)

Відповідальний за випуск
О. В. Петришин

Редактор *С. Пашинська*
Коректор *М. Поточняк*
Комп'ютерна верстка *О. Лагози*
Дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 23.12.2011 р.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 18,5. Обл.-вид. арк. 16,8. Вид. № 714.
Тираж 350 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Надруковано в друкарні СПДФО Білетченко
Тел. (057) 758-35-98