

1998



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

4

(15)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (15)

Заснований у 1993 році



Харків
1998

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації (свідectво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Сер. КВ № 1254, 17.02.95 р.).

Засновник — Президія Академії правових наук України.

Видавець — Академія правових наук України.

У черговому номері вісника друкуються статті, присвячені 50-річчю прийняття Загальної декларації прав людини, загальним питанням правової науки, проблемам конституційного права, реформування державної служби, вдосконалення податкової системи, цивільного права, боротьби зі злочинністю. Оприлюднюються матеріали наукового семінару «Проблеми боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості», статті докторантів і здобувачів, персоналі.

Для науковців і практичних працівників.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (гол. ред.), *М. В. Цвік* (заст. гол. ред.), *М. І. Бажанов*, *Ф. Г. Бурчак*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *В. В. Копейчиков*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. А. Підпригора*, *А. Й. Рогожин*, *В. Ф. Сіренко*, *М. М. Сибільов*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

Адреса редакційної колегії: 310002 Харків, вул. Мироносицька, 29, Академія правових наук України, тел. 43-40-37.

Українська юридична
академія

Ідв. №

88869

В 1203000000-017

Без оголош.

«Право»-98

© Академія правових наук
України, 1998

© «Право», 1998

ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ НАУКИ

В. Селіванов, д-р юрид. наук,
директор НДІ приватного права
і підприємництва АПрН України,
Заслужений юрист України

Правова реформа і методологія дослідження фундаментальних проблем юридичної науки

Правова реформа як складова процесу демократичної трансформації українського суспільства. Важливою складовою процесу демократичної трансформації українського суспільства є правова реформа, відповідальність за підготовку пропозицій до якої покладено згідно з Положенням про Міністерство юстиції України (п. 3, 4. 1), затвердженим Указом Президента України від 30 грудня 1997 р. № 1396/97, на Міністерство юстиції¹. Відповідно до своїх повноважень Міністерство юстиції із залученням провідних спеціалістів з різних галузей права, правників-практиків і науковців на виконання доручення Кабінету Міністрів України від 9 липня 1997 р. № 1057/32 підготувало проект Загальної концепції правової реформи в Україні, який згідно з Конституцією України має бути схваленим Верховною Радою України. Як зазначають розробники проекту, «Загальна концепція правової реформи — це сукупність засадничих, змістовно узгоджених положень, настанов, які визначають причи-

¹ В Росії проблема правової реформи стала предметом пильної уваги Президента РФ Б. Єльцина, який 6 липня 1995 р. видав Указ «Про розроблення концепції правової реформи в Російській Федерації», відповідно до якого було визнано необхідним розроблення під керівництвом Державно-правового управління Президента РФ і Міністерства юстиції РФ концепції правової реформи в РФ (див.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 28. Ст. 2642).

ни й умови, цілі та завдання, принципи, напрямки, а також основні шляхи здійснення державою перетворень основних елементів правової системи суспільства»¹. Погоджуючись в цілому зі змістом запропонованого проекту, хотілося б висловити деякі міркування у напрямі його розвитку.

Правова реформа як складова процесу демократичної трансформації українського суспільства в першу чергу має сприяти загальній меті перетворення суспільства на шляху його роздержавлення, формування демократичної, соціальної, правової держави як політичної форми сучасного відкритого громадянського суспільства. Вона має бути спрямована насамперед на приведення суспільного розвитку України у відповідність до політично продекларованих і конституційно закріплених ідеалів і принципів свободи, справедливості, демократії, на створення правових передумов для подальшого розвитку суспільства в умовах політичної та економічної свободи її громадян і забезпечення соціальної справедливості. Як і будь-які інші демократичні перетворення в країні, правова реформа має у кінцевому підсумку слугувати одному з головних публічних інтересів — людині, життя і здоров'я якої, честь і гідність, недоторканність і безпека визнані сьогодні державою (відповідно до ст. 3 Конституції України) найвищою соціальною цінністю. Саме благо людини, а не безпосереднє благо держави має стати якісно новою основою суспільного поступу України шляхом демократії. Будь-яка політика, програма, закон, структура або процес управління, спрямовані на демократичну трансформацію суспільства, зокрема національної економіки, втрачають свій перспективний історичний сенс правового прогресу, якщо їм бракує соціальної спрямованості (соціалізації)², людського виміру, орієнтованого на врахування і захист приватних потреб та інтересів якомога більшої кількості людей, на забезпечення їх гармонії із загальними (публічними) потребами та інтересами суспільства, зміцнення громадянської злагоди

¹ Див., зокрема: Концепція правової реформи в Україні / Центр правової реформи і законопроектних робіт при Міністерстві юстиції України. К., 1997. С. 1; Рабінович П. Загальна концепція правової реформи в Україні: до характеристики вихідних засад // Вісник Академії правових наук України. 1998. № 1 (12). С. 15-16.

² Не слід зміст терміна «соціалізація» отожднювати з авторитарною або навіть тоталітарною формою соціалізму.

в Україні. Так, головною метою правової організації змішаної соціально спрямованої економіки, і це становить сутність юридичного забезпечення ринкових перетворень в Україні, має бути сприяння досягненню вищого, ніж за умови централізованого планового господарства, рівня економічної ефективності, продуктивності суспільного виробництва, а за рахунок цього — матеріального і духовного добробуту народу, соціальної захищеності кожної людини. Що ж до головної ідеї правового прогресу українського суспільства, то вона має полягати в утвердженні в Україні конституційно визнаного принципу верховенства права, відповідно до якого, зокрема, nepopушні та невідчужувані права і свободи людини мають бути обов'язковими для законодавчої, виконавчої влади і правосуддя як безпосередньо чинне позитивне право¹.

Найважливішою безпосередньою метою правової реформи в Україні має бути насамперед якісне перетворення успадкованої від колишнього СРСР правової системи, зокрема її складових — системи права і законодавства, сприяння формуванню українського права. В цьому плані не можна не погодитися з висновком авторів Концепції розвитку законодавства України на 1997-2005 роки про необхідність формування в Україні «нового права, яке повинно стати в першу чергу нормативним вираженням загальнолюдських цінностей, принципів справедливості та людяності, способом забезпечення прав і свобод громадянина і людини, основою організації та функціонування держави в інтересах людини та всього суспільства»².

Щодо розуміння проблеми змісту і суті правової системи, співвідношення останньої з системою права і системою законодавства, то в сучасній науковій літературі з теорії права не існує одностайної думки. Досить поширеною є точка зору, згідно з якою система права розглядається як ідентична поняттю правової системи або поняттям «система права» чи навіть «система законодавства».

Як видається, конструктивнішою є точка зору тих учених, які, по-перше, розрізняють поняття правової системи і системи права

¹ Ця ідея вже має своє сучасне конституційне відображення. Так, зокрема, вона знайшла своє закріплення у ч. 3 ст. 1 чинного Основного Закону ФРН від 23 грудня 1949 р. (див.: Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 181).

² Концепція розвитку законодавства України на 1997-2005 роки. К., 1997. С. 12.

та законодавства і, по-друге, розглядають систему права і систему законодавства як елементи правової системи. Зміст поняття «правова система» за своїм обсягом ширший, ніж зміст названих понять, і охоплює характерні риси, які відбивають не тільки стан і взаємозв'язок окремих галузей та інститутів права, тобто систему права, органічними складовими якої є взаємодіючі підсистеми публічного і приватного права, а й розвиток і структуру законодавства — систему юридичних нормативних актів, насамперед законодавчих. Якщо у цьому плані закон, система законодавства мають національний характер, відбивають головним чином особливості конкретно-історичного політичного режиму, державного ладу і національної правової доктрини, то національні право, правова система, крім специфічних для конкретного суспільства ознак, мають загальні риси, притаманні правовим системам інших країн і зумовлені єдністю різноманіття транснаціонального правового розвитку суспільних відносин як однією з їх форм. Останнє, власне кажучи, визначає закономірність транснаціональної природи правової науки, не виключаючи при цьому соціально-політичної функції останньої. Мабуть, ця закономірність свого часу стала підставою для справедливого висновку українського теоретика права М. Козюбри, що «... радянська юридична наука — не що інше, як частина нехай не єдиної, але багато в чому діалектично цілісної світової юриспруденції»¹.

Розв'язання проблеми співвідношення правової системи і системи права та законодавства потребує глибокого усвідомлення суті законодавства, права і правової системи як соціальних явищ недержавного походження, а також міри їх похідності від держави. Проблема похідності юридичних норм від держави ґрунтовно досліджена не тільки в юридичній, але й у філософській, історичній, політичній та іншій літературі. Міра цієї похідності багато в чому зумовлена тим, що, незважаючи на конкретно-історичний характер співвідношення законодавства і держави, саме остання є носієм публічної влади і має суверенітет, в тому числі в юридичній сфері².

¹ Козюбра Н. И. Понятие и структура методологии юридической науки // Методологические проблемы юридической науки: Сб. научных трудов / АН УССР. Ин-т государства и права. К., 1990. С. 13.

² «Оскільки держава, — писав Антоніо Грамші, — є само упорядковане суспільство, вона суверенна. Вона не може мати юридичних меж: для неї не можуть слугувати кордоном суб'єктивні норми публічного права, держава не

Тільки органи держави приймають закони та інші нормативно-правові акти; держава визначає загальнообов'язковий характер нормативного змісту права, зводячи різні соціальні інтереси до моделі поведінки, яка відповідає інтересам соціальних сил, що стоять при владі; фактично будує систему законодавства та встановлює мету, порядок і процедури законотворчості в країні, ідеологічно захищає своє позитивне право; забезпечує дію законів та інших актів, дотримання законності; запроваджує та використовує ті юридичні режими, які відповідають її інтересам не тільки всередині країни, але й на міжнародній арені; може проводити курс на зближення, гармонізацію національних законодавств та розширення зони впливу міжнародного права на внутрішній правопорядок тощо¹.

Виходячи з активної ролі держави в юридичному нормотворчому процесі, радянська правова доктрина утверджувала точку зору на теорію держави і права як на єдину науку, що відбиває комплекс суспільних знань, отриманих в результаті соціальних досліджень закономірностей держави і лише юридичних форм її діяльності.

Якщо джерелами галузей та інститутів позитивного права, його системи в цілому є юридичні акти, насамперед закони, а джерелом юридичного закону — конкретної форми вираження права як соціального явища є обумовлена воля законодавця, то чинником, що впливає на правовий розвиток суспільства, на зміст і динаміку правової системи, виступає уся духовна культура суспільства — релігія, філософія, мораль, художня культура, а також політика, ідеологія тощо². Крім того, світовий досвід правового розвитку країн з будь-яким державним устроєм, в тому числі й досвід колишнього Радянського Союзу, свідчить, що держава, публічна влада справді

може сказати про себе, що вона самообмежується. Встановлене право не може бути межею для держави, тому що в будь-який момент воно може бути змінено державою в ім'я нових соціальних потреб тощо» (*Грамуш А. Тюремные тетради* / Пер. с итал. М., 1959. Т. 3. С. 239).

Дане твердження можна визнати справедливим за умови, що держава в процесі змін законодавства діятиме знову ж таки на підставі закону і в межах закону.

¹ Див.: *Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 3; Тихомиров Ю. А. Государство на рубеже столетий // Государство и право. 1997. № 2. С. 32.*

² Див.: *Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. М., 1996. С. 301.*

перебувають у центрі правового розвитку суспільства, але не як його безпосереднє джерело, а як одна з його важливих соціально-політичних складових, соціально владний регулятор суспільних відносин.

Таким чином, виходячи з багатофакторної природи змісту правової системи як соціального явища, складовими її структури можуть бути визначені такі елементи: а) сукупність правових ідей, поглядів, уявлень, притаманних даному суспільству, правова і юридична культура, правова ідеологія, правознавство як наука тощо; б) юридичні норми, принципи та інститути, система права, система законодавства тощо; в) юридична практика, зокрема правотворча, правозастосовча, правоохоронна; г) сукупність правових установ¹. Такий підхід до розуміння правової системи дозволяє чіткіше формулювати конкретні завдання щодо реформування окремих елементів національної правової системи, усвідомлюючи не тільки їх загальні якісні властивості, а й особливості, і, безумовно, не підміняючи мети перетворень правової системи, системи права і законодавства.

Відбиття тенденції зростання ролі особистості у вітчизняній системі права. Потреби розвитку відповідної юридичної бази забезпечення процесів демократичної трансформації суспільних відносин в Україні, створення, зокрема, юридичного механізму, здатного адекватно відбивати і регулювати кардинальні перетворення соціально-економічних відносин, здійснювати судовий захист прав та інтересів їх учасників тощо, зумовлюють необхідність усвідомлення вітчизняними правознавцями на цьому шляху цілої низки теоретичних проблем, в тому числі методологічного порядку. До таких фундаментальних проблем правової науки, які сьогодні мають розглядатися крізь призму конституційних положень, зокрема, можна віднести проблеми сучасного праворозуміння, права власності, насамперед права приватної власності, правового регулювання підприємництва, формування і функціонування правової системи України, системи національного права і законодавства, правового прогресу українського суспільства та ін. Процес сучасних соціальних перетворень в Україні потребує свого наукового забезпечення, зокрема, концептуальними розробками національного права і за-

¹ Див.: *Бобылев А. И.* Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство и право. 1998. № 2. С. 22-27; *Погорілко В., Малишко М.* Правова система — система права — система законодавства суверенної України // Право України. 1993. № 9-10. С. 10-13.

конотворення, побудованих з урахуванням закономірності взаємодії та розмежування приватно- і публічно-правової сфер правового регулювання, стратегії кардинального перетворення успадкованої правової системи з позиції сутності правового прогресу тощо. При цьому суттю наукових пропозицій має бути сприяння демократичній трансформації українського права і законодавства, механізмові правового регулювання, без чого не може бути соціального прогресу в функціонуванні економічної та політичної систем України. І мова, безперечно, йде не про пропозиції швидкого адміністративно-політичного скасування радянського права і законодавства, а про їх поступову, послідовну, підготовлену, органічну заміну, про еволюційні процеси, які, поза сумнівом, звичайно, набагато складніші, вимагають часу, терпіння та зусиль. Велика мудрість природного механізму суспільної самоорганізації полягає саме в тому, що не все змінюється одразу. Як справедливо зазначав видатний російський історик С. Соловйов, «в історії ніщо не закінчується раптово і ніщо не починається раптово; нове починається в той час, коли старе триває»¹. Ця закономірність пронизує усі сфери і форми суспільних відносин, в тому числі і сферу права. Аналізуючи суть процесу правотворення, професор права Б. Кістяківський наголошував: «Старе право не може бути просто скасовано, бо скасування його має силу тільки тоді, коли воно замінюється новим правом. Навпаки, просте скасування старого права призводить лише до того, що тимчасово воно начебто не діє, але зате потім відновлюється у всій силі»². Ця закономірність, яку, безумовно, необхідно враховувати в процесі створення української системи права, відслідковується і сучасними дослідниками права³.

¹ Соловьев С. М. История России с древнейших времен: В 29 т., 7 кн. СПб., 1897. Кн. 2. Т. IV. С. 635.

² Кістяковський Б. А. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вехи; Интеллигенция в России: Сб. ст. 1909-1910. М., 1991, С. 123.

³ «Кожна з революцій, — робить висновок Г. Дж. Берман, — зазнавала проміжний період, коли нові закони, декрети, інструкції виправлялися, відмінялися або замінювалися. Проте зрештою кожна з цих революцій примирялася з дореволюційним правом і поновлювала багато з його елементів шляхом включення їх у нову систему, що відбивала основні цілі, цінності та переконання, заради яких здійснювалася революція» (Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. М., 1994. С. 44).

У цьому розумінні українське право, правова система України у своїй цілісності, що є певною мірою відбиттям буття і продуктом розвитку українського суспільства, яким воно є сьогодні, повинні відповідати потребам історичного руху українського народу, об'єктивним прогресивним тенденціям гуманізації суспільних відносин¹. Українське право має поступово, позбуваючись ознак і властивостей тоталітарного політичного режиму і, головне, консерватизму, природно властивих успадкованій від колишнього СРСР правовій системі в цілому і окремим її елементам, набувати нових якостей, притаманних демократичній, соціальній, правовій державі, юридичні норми якої тяжіють до правових принципів і ідей, подібних, хоч й не тотожних, до моральних вимог².

Закріплення законодавцем в Конституції України низки демократичних прав і свобод людини відбиває саме об'єктивну тенденцію до зростання ролі суб'єктивності, особистості, приватних інтересів, гуманізму в суспільних, особливо економічних, процесах, розширення і поглиблення свободи творчої індивідуальної діяльності на тлі зростання складності людських взаємозв'язків і відносин, світових інтеграційних процесів. Сьогодні не тільки усвідомлюється закономірність складності суспільного буття на Землі, яка визнається значним науковим відкриттям, а й глибше усвідомлюється сутність цієї складності — посилення *єдності різноманіт-*

¹ «Незважаючи на усі коливання і зигзаги прогресу, — писав В. Соловійов, — все ж таки залишається безсумнівним, що *рівнодіюча* історії йде від людожерства до людинолюбства, від свавілля до справедливості і від ворожого роз'єднання окремих людських груп до *загальної солідарності*» (Соловьев В. С. Первый урок к положительной эстетике // Сочинения: В 2 т. 2-е изд. М., 1990. Т. 2. С. 551). Відповідно відбувається поступове зростання соціальної якості гуманізму і у праві. Під цим розуміється формування найважливішого атрибуту існуючих цивілізацій, за допомогою якого забезпечується захист автономної особистості, утверджуються громадянський мир і злагода у суспільстві, запроваджуються у життя ідеї справедливості, свободи, мудрості і реалізму.

² «Життя взагалі має сенс і може удосконалюватися тільки тоді, коли оберігається і вирощується якість; немає її — і загибель стає неминучою. А якість твориться і забезпечується перш за все і більш за все культурою особистого духу. Неможливо створити хорошу тканину з гнилих ниток; не можна побудувати цегляний будинок з трухлюї цегли, що розсипається; хворі та помираючі, стогнучи в унісон, не створять прекрасного хорового співу. Де особистий дух зневажений та принижений, громадськість буде хворою та творчо безсилою» (Ильин И. А. Путь духовного обновления // Собрание сочинений: В 10 т. М., 1993. Т. 1. С. 259).

ності, властивості, що пронизує і увесь Всесвіт, і будь-який суспільний устрій, і будь-яку окрему сферу суспільного життя. У світі спостерігається тенденція до інтеграційних процесів на поліцентричній основі — орієнтація на безліч центрів, одним з котрих виступає особистість, через розвиток якостей якої тільки і може розвиватися нація, суспільство в цілому. В цьому плані справедливим є висновок, що кожна людина «може розглядатися як окрема діюча особа, яка здатна, за умови навіть невеликих змін в особистій поведінці або звичаях щодо споживання, значною мірою впливати на економічну рівновагу»¹, а тим самим на соціальну гармонію в цілому. З точки зору правового прогресу суспільства, як видається, зміст закономірності *єдності різноманітності* полягає у необхідності, з одного боку, додержання вимог морального імперативу загальнолюдських цінностей, а з іншого — створення і реального забезпечення юридичними засобами суспільних умов, що сприяють різноманіттю можливостей прояву творчої індивідуальності людей, спрямованої в кінцевому підсумку на забезпечення загального блага. Суспільний порядок, що здатен забезпечувати за допомогою системи соціальних норм, в тому числі юридичних, з одного боку, широкий прояв свободи особи, а з іншого — задоволення суспільних благ шляхом досягнення єдності людей у свідомому обмеженні своєї свободи, може розглядатися як природне джерело соціального прогресу, як суспільство розвиненої правової та юридичної культури. По суті всесвітня історія — це дискретний рух розвитку принципу, змістом якого є усвідомлення свободи не тільки як абстрактної соціальної цінності, а й певної властивості суспільних відносин, правовий порядок яких передбачає, що благо свободи для людини — це не тільки її права, а й певні обов'язки перед іншими людьми і суспільством в цілому, що свобода для людини, як зазначав Вольтер, це здоров'я її душі², це умова розвитку і прояву людських якостей особистості.

Історичний процес ускладнення суспільного буття, стрімке зростання рівня технологічного розвитку об'єктивно зумовлюють збільшення потреби у прогностичних засадах суспільної свідомості, значущості сукупного суспільного інтелекту, підвищення ролі ду-

¹ Переосмысление развития сферы управления в Новой Европе. Люксембург. Служба официальных публикаций Европейских Сообществ. 1997. С. 24.

² Див.: Вольтер. Философские сочинения. М., 1988. С. 262.

ховних засад виробництва у житті людства, зростання ролі суб'єктивних чинників у соціальних процесах, що жодною мірою не ставить під сумнів значущість ролі матеріальних факторів у процесі соціального буття. Ця закономірність зумовлює необхідність не тільки розширення нормативно-юридичного поля розвитку українських суспільних відносин, створення не просто «кількісно нового» законодавства, особливо у сфері вітчизняної економіки¹, а й формування нової вітчизняної справді цілісної системи права, створення «якісно нового» за змістом і суттю законодавства — правового². Законодавчий масив, що сформувався в Україні за роки незалежності, за своєю кількістю і якістю, безперечно, не забезпечує сучасних потреб держави та суспільства у правовому регулюванні суспільних відносин і зміцненні законності. Чимало цих відносин, особливо в економічній та соціальній сферах, продовжують регулюватися нормами законодавчих актів колишнього Союзу РСР (наприклад, досі є чинним Цивільний кодекс УРСР 1963 р.), а де-

¹ Відомо, що за період 1990-1998 рр. прийнято загалом більш як 1200 законодавчих актів, включаючи декрети Кабінету Міністрів України та укази Президента України з економічних питань, не врегульованих законами. Абсолютну більшість цих актів, звичайно, становлять закони України, прийняті після проголошення державного суверенітету. Нині різні сфери суспільного життя врегульовані майже 420 самостійними законами. За ці ж роки прийнято понад 200 законів про ратифікацію міжнародних договорів та конвенцій. Майже дві третини від загальної кількості законодавчих актів ухвалені в період 1994-1998 рр. Але за ці ж роки прийнято близько 500 законів про внесення змін до чинного законодавства, серед них і у сфері підприємництва. Так, тільки з початку 1998 р. були введені у дію декілька законів, які так чи інакше стосуються сфери регулювання підприємницьких відносин. До них можна віднести закони України від 23 грудня 1997 р. «Про внесення змін до Закону України «Про господарські товариства»; від 23 грудня 1997 р. «Про внесення змін до Закону України «Про підприємництво»; від 3 березня 1998 р. «Про внесення змін до Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності»; від 4 лютого 1998 р. «Про внесення змін до Закону України «Про підприємства в Україні»; від 10 лютого 1998 р. «Про внесення змін до Закону України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» тощо. Саме тому українське законодавство і сьогодні залишається скоріше законодавчим масивом, ніж системою, складним конгломератом юридичних актів, до того ж у більшості своїй — підзаконних.

² Під правовим законом розуміється юридична форма адекватного вираження права в його офіційній визнаності, загальнообов'язковості, визначеності

які відносини, що виникли в останні роки, особливо у сфері недержавного сектора економіки, взагалі не врегульовані законами. Жоден законопроект не мав всебічної, комплексної експертизи у Верховній Раді, в тому числі фінансово-економічної¹.

Проте, справедливості заради, слід визнати, що як би ні оцінювався процес законотворення в попередні роки становлення незалежної державності України, саме реальна практика його здійснення вела до конкретно-історичного усвідомлення того, що, по-перше, швидка зміна юридичних актів у перехідний історичний період — явище об'єктивне, зумовлене насамперед динамікою процесів становлення нових форм державного і суспільного життя. По-друге, потреби сучасної практики трансформації суспільних відносин, як правило, випереджають можливості вітчизняної юридичної науки, зокрема правознавства, актуалізують питання розроблення нової методології та теорії права. Переважно тому сучасне законодавство, в широкому розумінні слова, розроблюється й ухвалюється головним чином на підставі скоріше політичної доцільності та міжпартійного компромісу, аніж науково обґрунтованих рекомендацій. Основним критерієм оцінки того чи іншого політичного курсу, рішення, законодавчого акта або акта управління протягом цих років був, як правило, здоровий глузд тих суб'єктів, що їх приймали, а не теоретичне обґрунтування. По-третє, поглиблюється усвідомлення того, що суттю сучасного законодавства має бути сприяння юридичному забезпеченню громадянської злагоди, стабільного суспільного співжиття, правопорядку, а сам законотворчий процес мусить ґрунтуватися на сучасній методології і теорії.

За різними підрахунками, сьогодні у сфері правового регулювання суспільних відносин в Україні є потреба у розробленні та

і конкретності, необхідних для чинного позитивного права (див.: *Нерсесянц В. С.* Філософія права. Учебник для вузов. М., 1997. С. 36-39; *Нерсесянц В. С.* Юриспруденція. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 42). Юридичний закон як правовий має відповідати праву як мірі, по-перше, загальнообов'язкової формальної рівності; по-друге, загальної і рівної для усіх свободи і справедливості. Крім того, правовий закон має містити в собі норми обмеження свавілля як приватної особи (фізичної і юридичної), так і держави — насамперед, обмеження свавілля органів виконавчої влади на догоду загальному благу.

¹ Про характеристику деяких недоліків, властивих чинному законодавству України і законотворчий діяльності, докладніше див.: *Рабінович П.* Вказ. праця. С. 22.

ухваленні не менш як 1,5 тис. законів. Саме тому законотворчий і законодавчий процеси мають бути поставлені на науково обґрунтовану законну основу, про що вже неодноразово наголошувалося в юридичній літературі. Необхідне нагальне прийняття відповідних законів, що регламентували б процес розроблення і прийняття проектів законів та інших нормативно-правових актів.

Функції правового регулювання економічних відносин в умовах перехідного історичного періоду. Сутність будь-якого перехідного історичного періоду полягає в тому, що саме в цей період на базі нагромадження в минулому життєвого потенціалу нароблюються і закладаються матеріальні та духовні умови майбутнього і його можливі обмеження¹. В цей період співіснують як старі, так і нові суспільні відносини, що народжуються, та відбувається процес лише їх становлення. Звідси і об'єктивні труднощі у правовому регулюванні, що спрямоване на підтримку правового порядку в суспільстві, але має враховувати, з одного боку, вимоги становлення перспективних засад суспільства, а з іншого — реально існуючий його стан.

У складних умовах ринкової трансформації економіки України в правовій свідомості суспільства поглиблювалося розуміння того, що правове регулювання має виступати засобом «примирення», з одного боку, державно керованого розвитку народного господарства, спрямованого в цілому на забезпечення національних інтересів, національної безпеки України, тобто публічних потреб, і, з іншого — відносин приватного сектора економіки, принциповою основою функціонування якого виступають саморегулюючі засади попиту і пропозицій, конкуренції і який лише народжується в пострадянському українському суспільстві. У процесі створення та використання системи правового забезпечення ринкових перетворень в Україні слід виходити з багатокладного характеру і диференційованості структури та змісту сучасної економіки, основу якої становлять як традиційні для радянської економіки відносини державної власності, так і цивілізовані відносини приватної власності, що лише формуються. Неодноразово наголошувалося, що успадкований від колишнього «єдиного народногосподарського комплексу

¹ «... Так звані перехідні часи, — писав В. Ключевський, — які нерідко лягають широкими і темними смугами між двома періодами... перероблюють звалища порядку, який загинув, у елементи порядку, який виникає після них» (Ключевський В. О. Сочинения: В 9 т. М., 1987. Т. 1. С. 351).

СРСР» український виробничо-господарський потенціал, який формувався більш ніж сім десятиріч на засадах демократичного централізму, за допомогою адміністративних методів безпосереднього державного керівництва виробничо-господарськими процесами¹, неможливо перетворити на самостійну цілісну змішану економічну систему на національних природно-кліматичній, ресурсній, геоекономічній основах і трудовому потенціалі із соціальною ринковою спрямованістю, не спираючись на відповідні державно-правові засоби, на державний механізм, законодавчу, виконавчу і судову гілки влади. Цей процес не тільки важкий, а й тривалий і, головне, можливий лише за умови включення у нього і потенціалу держави, і обов'язково всіх її громадян, обопільної поваги і взаємодії.

Функціонування і навіть сам перехід від адміністративної економіки до формування ефективної конкурентоспроможної змішаної економіки України неможливі сьогодні ні без активного використання засобів державного впливу, механізму державного управління народним господарством, ні без становлення національного цивілізованого підприємництва, що має у майбутньому стати кривоносною системою ринкового механізму господарства. Активна роль держави повинна полягати у створенні, підтримці і захисті необхідних економічних, політичних, правових, соціальних та інших умов, що мають забезпечувати сталу базу для організації та здійснення суспільного виробництва у всіх його формах, надійно гарантувати захист всіх форм відносин власності та підтримки непрацездатних. У країні мають бути створені умови, за яких і державний службовець, і кожен працездатний громадянин міг би постійно підвищувати свій життєвий рівень не за рахунок хабарів, розкрадання та інших протизаконних дій, до яких вдаються люди, не маючи змоги чесною працею створити гідні умови свого життя, а за рахунок системи справедливої оплати праці, яка передбачає знання, уміння, здібності, талант, сумлінне ставлення людини до виконуваної роботи. Вирішення цих завдань вимагає скоординованих зусиль

¹ Свого часу відомий радянський юрист, один із засновників і лідер школи радянського господарського права В. Лаптев справедливо наголошував: «Господарську діяльність за умов соціалізму здійснюють соціалістичні, головним чином державні, господарські органи. Держава не тільки керує господарством, але й сама здійснює господарську діяльність через свої господарські органи» (*Лаптев В. В. Правовая организация хозяйственных систем. М., 1978. С. 90*).

усіх гілок державної влади в напрямі систематичного розроблення, послідовного проведення і захисту економічної політики, спрямованої на подальшу структурну перебудову суспільного виробництва шляхом державної підтримки процесів законної приватизації, інвестування, демонополізації, формування внутрішнього ринку, ефективною системою внутрішньої та зовнішньої кооперації економічної діяльності тощо. Ці заходи — передумова створення недержавного сектора економіки, оскільки без цих заходів, як свідчить світовий досвід, неможливо увійти до міжнародної системи поділу праці, а без останнього неможливий і національний прогрес.

Ефективна конкурентоспроможна соціально орієнтована ринкова економіка передбачає в першу чергу розвиток її багатоукладної структури, чітке розмежування державного і недержавного секторів економіки з законодавчим визначенням режиму організації та управління державною власністю, що має становити фундамент економічної безпеки України, і приватної власності як основи цивілізованого вітчизняного підприємництва, ринкового господарства.

Об'єктивна єдність і цілісність економічного процесу є підґрунтям системної узгодженості та внутрішньої єдності юридичних норм, що є системоутворюючим чинником системи права будь-якого суспільства і включає до своєї структури діалектично взаємодіючі підсистеми публічного і приватного права з їх галузями, інститутами та нормами законодавства¹. Це зумовлено об'єктивним існуванням у суспільстві не тільки публічних потреб та інтересів, а й інтересів приватних, необхідністю їх упорядкування і гармонізації між собою. Розвиток приватноправових засад українського суспільства, пошук шляхів створення цілісної, гармонізованої системи права і законодавства, де були б урівноважені відповідно до об'єктивних потреб норми приватного і публічного права, — це не вигадка юристів-цивілістів, як іноді трактується у пресі, а об'єктивна необхідність. І вирішення цієї проблеми не просто лежить у площині дій віднімання або додавання тих чи інших юридичних норм, а потребує складніших методів. Це не «арифметика», а «вища математика» в юриспруденції. Принаймні, це означає, що для створення гармонії елементів системи права потрібно працювати не лише над відродженням на-

¹ Див.: *Тацій В. Я., Бурчак Ф. Г.* Завдання правової науки в світлі реалізації Конституції України // *Вісник Академії правових наук України*. 1997. №4. С. 3-4.

ціонального приватного права; причому, створюючи його норми, враховувати, що ми на порозі ХХІ ст., живемо в умовах зміни суспільно-політичного і економічного ладу України. Необхідна трансформація і публічного права, його фундаментальних галузей, зокрема, кримінального і адміністративного права, що визнається сьогодні як на державно-політичному, так і на науковому рівнях¹.

Що ж до неадекватності та суперечливості сучасного юридичного відбиття суспільного буття, то вони коріняться у відсутності цілісності та єдності існуючих на даний історичний період продуктивних сил і відносин обміну. Але якщо вітчизняна система права, її складові — публічне і приватне право — розглядатимуться у відриві від економічних чинників, як абсолютно самостійна сфера людської практики, що має свій абсолютно незалежний історичний розвиток, піддається системному викладові та вимагає систематизації шляхом послідовного використання тільки внутрішніх суперечностей, то ілюзорно може видатися, що «юридична форма — це все, а економічний зміст — ніщо»².

Особливості української системи права можуть успішно вивчатися лише в контексті основних суспільних зв'язків, в яких економічні відносини демократичного суспільства зберігають своє базисне значення при одночасному зростанні ролі духовного виробництва, зокрема теоретичної та практичної юридичної діяльності.

Надійшла до редколегії 05. 09. 98

В. Семчик, академік АПРН України

Юридична сила закону

В Україні визнається і діє принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України). Відображаючи місце і роль права в державі і суспільстві, цей принцип означає насамперед співвідношення права і держави та її інститутів — органів державної влади та ін., тобто

¹ Зокрема, проблемі трансформації адміністративного права була присвячена перша національна науково-практична конференція «Адміністративне право: сучасний етап і напрями реформування», яка відбулася 18-21 червня 1998 р. в м. Яремчі Івано-Франківської області. Інформацію про конференцію див.: Право України. 1998. № 8. С. 14-20.

² Маркс К., Енгельс Ф. Твори. Т. 21. С. 298.

підпорядкованість держави та її інститутів праву і його пріоритет щодо них. Крім того, принцип верховенства права означає співвідношення права та політики, права та економіки, права та ідеології, а також співвідношення права та інших соціальних норм (моралі, звичаїв тощо)¹.

До прийняття Конституції України в юридичній науці пропалувалась концепція верховенства закону². Як правильно відзначає В. Погорілко, це виправдано лише в тому разі, коли поняття «закон» вживається в широкому (образному) розумінні слова як будь-який нормативно-правовий акт, тобто в нього вкладається той самий зміст, що і в поняття «право»³.

У кожній країні існує національна система права, до якої в Україні входять Конституція України, закони України, постанови та рішення Конституційного Суду України, укази та розрядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, постанови Національного банку України, відомчі нормативні акти міністерств і відомств, а також нормативні акти органів місцевого самоврядування. Верховенство права, таким чином, означає панування права (всієї його системи) над усіма іншими інститутами держави: політикою, економікою, ідеологією, над усіма її структурними елементами, діяльність яких спрямована на формування і забезпечення правової держави. Оновлення концептуальних підходів до формування правової системи України полягає в додержанні принципів верховенства права, правового закону, пріоритету людини, її природних прав, в побудові на цій основі громадянського суспільства і наданні державі значення зняряддя, яке слугує суспільству, стає його елементом, не розчиняючись в ньому⁴.

З цього випливає, що існує не тільки нормативний, а й соціологічний підхід до розуміння права, за яким право — це не тільки норми права (закони тощо), а й суспільна та індивідуальна правосвідомість, не тільки система норм законодавчих актів і правосвідомість суспільства, а й реальні правовідносини. Як складне сус-

¹ Див.: Погорілко В. Ф. Коментар до ст. 8 Конституції України // Коментар до Конституції України. Друге видання. К., 1998. С. 38, 39.

² Див.: Тихомиров Ю. А. Действие закона. М., 1992. С. 6, 47.

³ Див.: Погорілко В. Ф. Вказ. праця. С. 39.

⁴ Див.: Скакун О. Ф., Пушкін О. А. Правова система України: час нових рішень // Правова система України: теорія і практика. К., 1993. С. 35.

пільне явище право відображає дуже складні економічні, політичні та інші соціальні відносини. Право і законодавство повинні відображати економічні, політичні закономірності розвитку суспільства, лише тоді закони матимуть правовий характер.

З урахуванням цих концепцій В. Котюк розглядає право як систему або сукупність формально виражених норм (правил поведінки), які відображають і регулюють найбільш важливі економічні, політичні та інші соціальні відносини (закономірності розвитку), встановлені або санкціоновані державою, мають загальнообов'язковий характер, виражають міру справедливості, рівноправності, свободи і відповідальності учасників суспільних відносин, охороняються державною владою від порушень, закріплюють юридичні права та обов'язки суб'єктів правовідносин, охороняють соціальні цінності суспільства, держави і громадян і спрямовані на розвиток демократії, зміцнення законності та правопорядку¹.

Система права складається з правових норм, інститутів, підгалузей і галузей права. Правові норми відтворюються у законах і підзаконних нормативно-правових актах. Закони, що приймаються Верховною Радою України, мають вищу юридичну силу по відношенню до інших нормативних актів і спрямовані на регулювання найбільш важливих суспільних відносин.

Проте і закони мають свою систему, ієрархічну побудову, власну юридичну силу. З цих позицій вони поділяються на Конституцію України, конституційні закони, надзвичайні закони, загальні та спеціальні закони. Оскільки вони виконують різні юридичні функції, їх юридична сила неоднакова.

У «Висновках-рекомендаціях» Другої всеукраїнської конференції з питань кодифікації українського законодавства, проведеної Українською Правничою Фундацією у грудні 1993 р., пропонувався здійснювати кодифікацію законодавства на принципах утвердження верховенства права, підпорядкування Конституції праву². Така концепція не узгоджується з вищенаведеною дефініцією права, системи права і системи законодавства, що сформульована в теорії права. У системі права Конституція України має найвищу юридичну силу. Як Основний Закон держави вона є основним дже-

¹ Див.: Котюк В. О. Основи держави і права. К., 1997. С. 23-25.

² Див.: Українське право. 1994. №1. С. 43.

релом права. Не Конституція повинна бути підпорядкована всім правовим нормам системи права в своїй сукупності, а навпаки — всі закони і підзаконні акти, що входять до системи права, мають відповідати Конституції України. У разі розбіжностей між ними застосовується Конституція.

Основним законом економічного життя країни називають Цивільний кодекс держави. Це правило стосується не тільки України, а й будь-якої іншої держави. Законодавчу систему можна порівняти з деревом, коріння і стовбур якого відображають Конституцію і Цивільний кодекс, а кожна гілка — певну сферу суспільних відносин із своїм кодексом, своїми специфічними законами і підзаконними актами¹.

Процес розвитку законодавчої системи в Україні відбувся у складних умовах Він розпочався з прийняття 16 липня 1990 р. Верховною Радою УРСР Декларації про державний суверенітет України, коли ще діяла радянська Конституція (Союзу РСР та УРСР). Після прийняття 24 серпня 1991 р. Акта проголошення незалежності України стали застосовуватися виключно Конституція і закони України, була започаткована своя правова система. У Конституцію УРСР було внесено багато змін. І якщо українські парламентарі зростили нове дерево, яке відрізнялось від того, що було в радянський період, то слід визнати, що ріст коріння, стовбура і гілок був неоднорідним. Це пояснюється тим, що важко прищепити нові гілки до старого стовбура. Таке дерево буде недовговічним. На жаль, Цивільний кодекс України не прийнято й досі.

Практика засвідчила, що через відсутність конституційної бази оновленому законодавству були притаманні неповнота, недосконалість, суперечності (колізії і прогалини). Це ускладнювало перебудовні процеси в державі, економіці, соціальній сфері.

З прийняттям у 1996 р. Конституції України можна говорити про реальні умови створення належної правової законодавчої системи.

¹ Даючи таке порівняння, автор виходив з того, що з одного коріння дерева може відростати не один, а два і більше стовбурів. При цьому було враховано, що питання державного устрою, влади, прав людини значною мірою відображено у Конституції. Саме тому порівняння зроблено з Цивільним кодексом України (див.: Семчик В. І. Правове забезпечення аграрної політики // Сучасна аграрна політика України: проблеми становлення / За ред. П. Т. Саблука та В. В. Юрчишина. К., 1996. С. 531).

Згідно з п. 1 «Перехідних положень» Конституції України закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України.

Перед Верховною Радою України стоїть завдання перевірити великий масив раніше прийнятого законодавства і привести його у відповідність до Конституції України. Це досить складна, велика і копітка робота, для виконання якої треба докласти багато зусиль і часу.

Але з цією роботою не слід зволікати, оскільки суперечності між законами і Конституцією, які були в минулому, мають місце й досі. Ще в 1994 р. М. Цвік, порівнюючи оновлене законодавство з Конституцією УРСР, звертає увагу на наявність таких суперечностей і наводив приклад: «Конституція закликає охороняти соціалістичну власність, а Закон про власність говорить про плюралізм форм власності»¹. Ця проблема ще не вирішена. Конституція України не передбачає економічної системи, не встановлює форм власності, але підтверджує, що «усі суб'єкти права власності рівні перед законом» (ст. 13). Між тим Кримінальний кодекс України передбачає різний підхід до кримінального покарання за посягання на майно, в залежності від форм власності.

В процесі приведення законодавства у відповідність до Конституції України слід враховувати ще одну з основних вимог Конституції: «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (ст. 22).

Наведемо приклади, коли Конституція України застосовується як закон прямої дії. Так, Земельний кодекс України передбачає, що земельні спори вирішуються місцевими радами, судами. Позасудовий розгляд справ встановлено трудовим законодавством. Згідно зі ст. 55 Конституції України громадяни для захисту своїх інтересів мають право звертатись до суду незалежно від того, передбачений чинним законодавством позасудовий розгляд справ чи ні. Громадянин може звернутись за захистом своїх інтересів й до інших державних і недержавних органів (наприклад, до третейського суду), але це його виключне право. Категорично з цього приводу висловився Конституційний Суд України, визнавши у своєму рішенні від 2 грудня

¹ Цвік М. В. Місце і значення державного права України в системі кодифікаційних робіт // Українське право. 1994. № 1. С. 23.

1997 р., що скарги громадян України, іноземців, осіб без громадянства «підлягають безпосередньому розгляду в судах незалежно від того, що прийнятим раніше законом міг бути встановлений інший порядок їх розгляду (оскарження до органу, посадової особи вищого рівня по відношенню до того органу і посадової особи, що прийняли рішення, вчинили дії або допустили бездіяльність)»¹.

Можна навести й інші приклади, коли закон, схвалений вже після прийняття Конституції України, погіршує становище громадян і створених ними юридичних осіб. Так, Закон України від 18 лютого 1992 р. «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» визначив правові основи обмеження і попередження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності. І це правильно, оскільки проблема монополізму існує лише в сфері підприємництва. У 1998 р. до цього Закону були внесені поправки, зокрема термін «підприємці» було замінено на термін «господарючі суб'єкти». Відомо, що до господарюючих суб'єктів відносяться і непідприємницькі організації, наприклад, споживчі товариства, сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи, товариства власників квартир, творчі спілки, партійні та профспілкові органи, релігійні організації. Замінивши термін «підприємці» на термін «господарючі суб'єкти», законодавець тим самим створив реальні передумови для поширення всупереч Конституції України (ст. 22) антимонопольного законодавства і законодавства про банкрутство на непідприємницькі структури. Така законодавча «вакханалія» не тільки не сприяє обмеженню монополізму, а й шкодить ідеям підприємництва, правам і свободам громадян, сприяє посиленню сваволі чиновників.

Знижують юридичну силу законів колізії, суперечності та різночитання, а також прогалини у законодавстві. Колізії, розбіжності, суперечності мають місце не тільки у різних законах, а й в правових нормах одного й того ж законодавчого акта. Так, Земельний кодекс України в ст. 5 передбачає, що суб'єктами права колективної власності на землю є сільськогосподарські акціонерні товариства (АТ). Кожен член сільськогосподарського АТ у разі виходу з нього має право одержати свою частку землі в натурі (на місцевості). Це означає, що колективні землі АТ не входять до акціонерного

¹ Право України. 1998. № 1. С. 126.

капіталу і їх вартість не розподіляється на акції. Як і в колективно-сільськогосподарському підприємстві, землі АТ розподіляються на умовні частки (паї), на які акціонерам видаються сертифікати. Між тим основний принцип будь-якого АТ полягає в тому, що його майно, в тому числі земля, що передані йому у власність засновниками та учасниками (ст. 12 Закону «Про господарські товариства»), у вартісному виразі зараховується до статутного фонду, який відповідно до ст. 24 цього Закону поділяється на визначену кількість акцій рівної номінальної вартості. У разі виходу із АТ акціонер має право в установленому порядку продати свої акції або ж отримати їх вартість у грошовому виразі (ст. 10 Закону). На практиці це призводить до невизначеності правового режиму земель, що належать АТ на праві колективної власності, до обмеження земельних прав держателів земельних паїв, оскільки прибутки, одержані за рахунок використання землі, розподіляються між акціонерами на акції, у вартість яких земельні паї не входять.

Розбіжності мають місце і в Законі України «Про споживчу кооперацію». З одного боку, споживча кооперація розглядається як добровільне об'єднання громадян для спільного ведення господарської діяльності з метою поліпшення свого економічного та соціального стану (ст. 1), що повністю узгоджується з міжнародними кооперативними принципами і ст. 36 Конституції України. Ця норма означає, що споживчі товариства, які складають основу кооперації, є неприбутковими і невідприємницькими організаціями. З іншого боку, цей Закон передбачає застосування до споживчих товариств антимонопольного законодавства (п. 8 ст. 17 в редакції від 17 червня 1993 р.) і Закону України від 14 жовтня 1992 р. «Про банкрутство» (абз. 1 п. 1 ст. 18).

Найбільше недоречностей щодо юридичної сили закону викликає відсутність доктринального тлумачення і законодавчого визначення про порядок застосування загальних і спеціальних законів (правових норм). Свого часу радянська теорія права в класифікації юридичних норм передбачала їх поділ на загальні, спеціальні та виключні¹. По-перше, така класифікація дозволяла відмежовувати загальну частину кодексу (закону) від спеціальної, з тим щоб не

¹ Див.: Общая теория государства и права /Отв. редакторы Д. А. Керимов, А. И. Король, М. Д. Шаргородский. Л., 1961. С. 340.

робити повторів (дублювання) при розробці законодавчих актів. По-друге, в окремих випадках законодавець поряд із загальним приймав спеціальний закон, з тим щоб забезпечити особливості правового регулювання певної групи однорідних відносин, що відносяться до однієї галузі законодавства.

При застосуванні загальних і спеціальних законів слід виходити з наступного. Якщо прийнято загальний закон, яким регулюється певний вид суспільних відносин, і поряд з ним спеціальний закон, що стосується певної групи даного виду відносин, то до цієї групи відносин (щодо кола осіб, предмета регулювання чи змісту окремих прав і обов'язків) застосовується спеціальний закон. Загальний закон застосовується до цієї групи відносин в тій частині, в якій він не врегульований спеціальним законом.

Спеціальні норми притаманні навіть конституції. Наприклад, у Конституції України є спеціальний розділ XV «Перехідні положення», який забезпечує певну наступність тих державно-правових інститутів, які були створені після проголошення незалежності України і не суперечать принципам нової Конституції. Вони передбачають порядок і строки зміни чинного законодавства, а також повноваження посадових осіб, органів державної влади та місцевого самоврядування, прокуратури і судової влади, обраних чи призначених до набуття чинності новою Конституцією України.

Характерним прикладом розмежування законодавства на загальне і спеціальне можуть слугувати закони України від 19 лютого 1997 р. «Про приватизацію державного майна» та від 10 липня 1996 р. «Про особливості приватизацій майна в агропромисловому комплексі». Перший закон регулює правові, економічні та організаційні основи приватизації державного майна та майна, що належить Автономній Республіці Крим, з метою створення багатокладної соціально орієнтованої ринкової економіки України. У відповідності з другим законом здійснюється приватизація майна підприємств, що перебувають у загальнодержавній, республіканській (Автономної Республіки Крим) та комунальній власності, для яких основними видами діяльності є виробництво сільськогосподарської продукції, продукції рибного та лісового господарства, їх переробка і реалізація, виконання робіт і надання послуг сільськогосподарським товаровиробникам. При цьому в ст. 1 другого закону спеціально застережено, що приватизація майна в агропромисловому комплексі здійснюється відпо-

відно до законодавства України з питань приватизації з урахуванням особливостей, визначених цим законом.

Наочно побачити відмінності регулятивної дії загальних і спеціальних законів можна, якщо простежити застосування цих законів на конкретних прикладах. Так, Закон України від 29 лютого 1997 р. «Про приватизацію державного майна» (п. 4 ст. 25) встановив, що «керівники, їх заступники, головні спеціалісти та керівники підрозділів державних підприємств, що перетворюються у відкриті акціонерні товариства в процесі приватизації (у тому числі корпоративізованих підприємств) за умови додержання відповідно до чинного законодавства строків приватизації та корпоратизації, мають право на додаткове придбання за грошові кошти акцій товариства за їх номінальною вартістю на загальну суму до 5 відсотків статутного фонду товариства з відстрочкою оплати на один рік після придбання акцій працівниками підприємства. Відстрочка оплати надається за умови внесення не менше 30 відсотків вартості придбаних акцій». Закон України від 10 липня 1996 р. таких пільг для керівного складу переробних підприємств АПК, що приватизуються, не передбачає. І це природно, оскільки Закон України від 4 березня 1992 р. «Про приватизацію майна державних підприємств», що передував Закону від 29 лютого 1997 р., таких пільг не встановлював. Ці питання були врегульовані Указом Президента України від 15 червня 1993 р. № 210/93 «Про корпоратизацію підприємств», потім відтворені в Законі «Про приватизацію державного майна». Цей Закон є загальним. Він вирішує всі основні питання приватизації. Закон «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі», який стосується працівників сфери АПК, є спеціальним. В разі їх застосування слід виходити з вищенаведених правил про співвідношення загального і спеціального законів: якщо окремі відносини спеціальним законом не врегульовані, а відповідні норми є в загальному законі, то застосовуються правові норми загального закону. З цього випливає висновок, що при перетворенні переробного підприємства АПК у відкрите АТ в процесі приватизації до керівних працівників і спеціалістів підприємства, що приватизується, в частині пільг щодо права керівного складу і спеціалістів підприємств АПК на придбання додаткових акцій застосовуються правила, передбачені п. 4 ст. 25 Закону від 29 лютого 1970 р., який щодо зазначених відносин є загальним і застосовується

ся до всіх галузей економіки. Закон «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» ніяких обмежень з цих питань не передбачає.

У деяких випадках окремі правові норми спеціального закону можуть бути загальними щодо окремих норм загального закону. Все залежить від ситуації, що складається у правовідносинах. Наприклад, Законом «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» (ч. 1 ст. 3) передбачено, що працівники підприємств, в тому числі керівники і спеціалісти, мають право на придбання акцій за номінальною вартістю (за приватизаційні майнові сертифікати, а також за власні кошти і *компенсаційні сертифікати* у розмірі, що не перевищує половини вартості приватизаційних майнових сертифікатів). Пільга на застосування компенсаційних сертифікатів всім працівникам в системі АПК встановлена лише до основного розміру акцій. Право на додаткове пільгове придбання акцій керівним складом і спеціалістами та умови їх придбання встановлені Законом «Про приватизацію державного майна» (п. 4 ст. 25). Такі акції можуть викупатися за грошові кошти. У даному випадку треба виходити з того, що ч. 1 ст. 3 Закону «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» для всіх працівників підприємства АПК, що приватизується, є загальною правовою нормою. Пункт 4 ст. 25 Закону «Про приватизацію державного майна» відносно керівних працівників і спеціалістів підприємства АПК, що приватизується, є спеціальною правовою нормою, яка стосується лише певної групи від всього складу працівників. З цього випливає висновок, що керівники і спеціалісти підприємств, що приватизуються, в тому числі системи АПК, мають право на додаткове придбання акцій у розмірі 5 відсотків статутного фонду товариства за їх номінальною вартістю лише *за грошові кошти*.

Якщо проблема колізійності законодавства вирішується шляхом його вдосконалення, усунення колізій, суперечностей і розбіжностей, узгодження колізійних правових норм, приведення їх до єдиного розуміння і змісту, то застосування спеціальних законів (правових норм) є цілком виправданим, корисним і потрібним. За їх допомогою забезпечуються інтереси суб'єктів певної значної групи суспільних відносин, справедливість у вирішенні тих чи інших питань політичного, економічного та суспільного життя.

Ю. Тихомиров справедливо відносить спеціальні норми до колізійних. Він вважає, що вони є одним із способів подолання юридичних колізій. За їх допомогою розв'язуються перш за все колізії у правовій системі, законодавстві внаслідок об'єктивних причин, усувається зіткнення норм, які є наслідком помилок, непослідовності нормотворчих органів¹. Проте більш правильним було б відносити такі норми права, законодавчі акти до спеціальних, за допомогою яких усуваються суперечності передусім у суспільному житті як наслідок його розвитку, врегульовуються особливості у певній сфері даного виду суспільних відносин.

Усунення колізій, суперечностей та розбіжностей, прогалин у законодавстві, внесення в разі суспільної потреби змін і доповнень, врахування інтересів певного кола осіб, певного виду суспільних відносин у спеціальних законах і нормах права, узгодження дефініцій, термінів і змісту окремих законодавчих положень, сприятимуть гармонізації національного законодавства, розвитку національної правової системи, полегшать його входження до правового поля світового співтовариства і слугуватимуть формуванню і розвитку правової держави, забезпеченню верховенства права, найвищої юридичної сили Конституції України, стабільності законодавства і правозастосовної діяльності, гарантуванню і надійному захисту інтересів, конституційних прав і свобод кожної людини, кожного громадянина, створенню соціально орієнтованої держави.

З метою поліпшення якості правотворчої діяльності Ю. Шемшученко ще в 1993 р. висунув ідею розробки і прийняття Закону України «Про нормативно-правові акти» (Закон про закони)². Прийняття цього Закону дозволило б упорядкувати всю систему нормативно-правових актів, забезпечити більш високі вимоги до їх змісту, форми і наукового обґрунтування, а отже, й підвищити ефективність реалізації цих актів. Ця проблема й досі не вирішена. З прийняттям нової Конституції України, проведенням правової реформи вона актуалізується і ще в більшій мірі має бути вирішена в процесі формування правової системи і здійснення правової реформи в Україні.

Надійшла до редколегії 12. 10. 98

¹ Див.: Тихомиров Ю. А. Вказ. праця. С. 113-114.

² Див.: Шемшученко Ю. С. Теоретичні засади розвитку правової системи України // Правова система України: теорія і практика. С. 8.

Ф. Бурчак, академік АПрН України,
М. Сегай, чл.-кор. АПрН України,
М. Швець, д-р екон. наук, проф.

Проблеми правової інформатизації України

З прийняттям нової Конституції України як правової бази подальших економічних і суспільних відносин особливого значення набувають реформування всієї усядикуваної правової системи, створення нового, демократичного законодавства, гармонізованого з правовим і економічним простором міжнародної спільноти, і заснованих на ньому правозастосовної практики та правоохоронної діяльності.

У вирішенні цієї масштабної проблеми важливу роль повинна відігравати правова інформатизація як невід'ємна частина загальної національної інформатизації країни.

В Україні правовою базою розвитку національної програми інформатизації є закони України «Про інформацію» (1992 р.), «Про захист інформації в автоматизованих системах» (1994 р.), «Про Національну програму інформатизації» (1998 р.), «Про затвердження «Завдань Національної програми інформатизації на 1998-2000 роки» (1998 р.). Основні положення цих законодавчих актів, а також постанова Президії Верховної Ради України від 26 грудня 1994 р. «Про організацію роботи по формуванню єдиної системи правової інформації в Україні» покладені в розробку концепції правової інформатизації України.

Під правовою інформатизацією розуміється процес широкого використання сучасних комп'ютерних технологій, методів обробки інформації та засобів телекомунікацій в правотворчій, правозастосовній, правоохоронній та правоосвітній (науковій) діяльності.

Центральною проблемою правової інформатизації України є створення базисної інформатизованої системи правового забезпечення (ІСПЗ). Така система повинна відповідати наступними вимогам:

- 1) створення повного за обсягом і аутентичного за змістом тезаурусу нормативно-правової бази України (швидкий пошук інформації про чинні нормативно-правові акти, про зміни в діючих правових актах, про скасовані нормативно-правові документи, які зберігаються в електронному архіві, автоматизація роботи з проектами законів тощо),

2) використання найбільш сучасних, а тому найбільш ефективних в масштабах країни інформаційних технологій для одержання правової інформації;

3) доступність правової інформації широкому колу користувачів за рахунок розробки найбільш економічних варіантів інформаційних мереж, які не потребують коштовного обладнання та спеціальних каналів зв'язку;

4) сприяння інтеграції України в міжнародний інформаційний правовий простір шляхом участі у формуванні багатомовних міжнародних баз даних і обміну правовою інформацією за допомогою міжнародних електронних мереж.

Названі засади правової інформатизації успішно втілюються перш за все у сферах нормотворчої та правозастосовної діяльності.

З початку 90-х років в Україні функціонує, послідовно розвивається та удосконалюється інформаційно-аналітична система, яка охоплює цикл законотворчої та основні напрями правозастосовної діяльності¹. Ця система характеризується великим обсягом опрацьовуваної інформації, складністю алгоритмів перетворення даних, значною кількістю користувачів. Вона належить до відкритих систем, безперервно обслуговує в реальному часі правотворчий та правозастосовний процеси. Опрацювання потоків інформації охоплює низку етапів, кожний з яких має свої специфічні алгоритми й технологічні операції. Так, робота над законопроектом тільки в підрозділах Верховної Ради України охоплює близько 100 різних операцій опрацювання даних, кожна з яких є важливою в розробці якісного нормативно- правового акта.

Якщо ж процес законотворення розглядати разом з організаційною структурою різних гілок державної влади, то складність створення алгоритмів синхронізації та їх реалізації на практиці значно зростає.

Для повного і своєчасного збирання достовірних даних, опрацювання їх у процесі творення правових норм в українському парламенті створена й розвивається інформаційна база, яка охоплює фонди правової, соціально-економічної інформації; наслідки дії чинних правових актів; сучасні методи і засоби опрацювання даних; технічні комплекси і засоби зв'язку.

¹ Див.: Горьовий Л. Є., Швець М. Я. та ін. Комп'ютеризована система інформаційно-аналітичного забезпечення законотворчої та правозастосовної діяльності. К., 1998.

У процесі розроблення законів, інших правових актів, залежно від значення вирішуваних проблем і ситуацій та у відповідності з демократичними засадами, бере участь значна кількість співавторів-розробників, тобто реалізується модель колективного розуму.

Для підтримки нормотворчого процесу в складі системи інформаційно-аналітичного забезпечення законотворчої та правозастосовної діяльності (СІАЗ) розроблено й впроваджено низку функціональних і забезпечуючих підсистем.

«Законопроект» — підсистема, що обслуговує процес розроблення законодавчих актів від часу реєстрації початкового варіанту, вивчення проблеми, що потребує правового регулювання, збирання пропозицій, необхідної інформації із зовнішніх джерел, формування законопроектів до кінцевого юридичного оформлення. Ця підсистема надає можливість залучати до творчого процесу фахівців-виконавців і зацікавлених осіб, які бажають чи функціонально зобов'язані працювати з документом. Отже, завдяки застосуванню такої комп'ютеризованої технології кожна пропозиція, проект закону або інший документ проходить експертизу, одержує позитивну (негативну) оцінку шляхом голосування народними депутатами.

«Рада» — підсистема, що забезпечує голосування, супроводження пленарних засідань Верховної Ради України, накопичення інформації про роботу народних депутатів, зокрема при обговоренні законопроектів на сесії.

Бази даних правової інформації орієнтовані на забезпечення правовою інформацією широкого кола користувачів за допомогою інформаційно-пошукових систем «Право», «Законодавство», «Картотека», «Закони та підзаконні акти України в INTERNET», які дозволяють швидко шукати та аналізувати нормативно-правові документи.

Підсистема спеціалізованих комплексів управління законотворчим процесом включає до себе також комплекси «ПЛАН», «Реєстрація та контроль проходження законопроектів».

У складі СІАЗ формується інтегрована база даних (підсистема інформаційного забезпечення), яка вже зараз забезпечує законотворця необхідною інформацією з наявних електронних фондів юридичної, соціально-економічної та іншої інформації, в тому числі: відомих нормативних актів; зарубіжного законодавства; каталогів літератури; пропозицій до законопроектів; результатів голосувань.

Підсистеми технічного, системно-програмного, мережевого програмного забезпечення орієнтовані на доведення до користувачів

інформації з інтегрованої бази даних за різними технологіями: на локальні ПЕОМ у вигляді протоколів поновлення; з використанням локальної мережі та мережі INTERNET; на компакт-дисках; електронною поштою у вигляді окремих файлів чи протоколів.

На даний час запропонована система інтегрує понад 20 автоматизованих комплексів, що реалізують замкнутий цикл законотворчого процесу в послідовності: збирання, накопичення та аналіз даних з проблем, які потребують нормативно-правового регулювання, підготовка проектів нормативно-правових актів, їх обговорення, порівняльний аналіз, узгодження і прийняття.

Дана система обслуговує структурні підрозділи Верховної Ради України, Адміністрації Президента, Кабінету Міністрів; завершується створення першої черги інтегрованої інформаційно-аналітичної системи для обслуговування правовою інформацією Мінюсту, Генпрокуратури, Верховного Суду тощо. Вона також має на меті створити умови, які б забезпечили доступ до правової інформації широкого кола державних і недержавних організацій та громадянам. Окремі підсистеми під'єднані до міжнародної мережі INTERNET, що дає можливість абонентам в Україні мати доступ до світових інформаційних ресурсів.

Згідно з «Завданнями Національної програми інформатизації на 1998-2000 роки» на базі ІСПЗ планується створити консультативні пункти та довідкові системи в галузі права, забезпечити базами даних нормативно-правової інформації інші центральні органи влади, а також місцеві органи держадміністрації та органи місцевого самоврядування.

Застосування інформаційних технологій для використання нормативно-правової бази України у правотворчій та правозастосовній практиці складає серцевину ІСПЗ. Однак діяльність правоохоронних органів потребує не тільки нормативно-правового, а й іншого допоміжного «правообслуговуючого» забезпечення своєї діяльності, перш за все оперативно-розшукової, слідчої та судово-експертної.

Ось чому правова інформатизація України повинна передбачати використання сучасних інформаційних технологій для одержання інформації, заснованої на застосуванні прикладних юридичних дисциплін (криміналістики, судової експертизи тощо). Саме тому Указом Президента України від 8 травня 1998 р. № 449, який присвячений питанням ефективності функціонування системи запобігання

злочинним проявам проти суспільства, Міністерству внутрішніх справ і Службі безпеки України разом з Національним агентством з питань інформатизації доручено створення «інтегрованої інформаційно-пошукової системи обліку осіб, які вчинили злочин... передбачивши можливість безперервної актуалізації її банку даних». Але це лише частина майбутньої інтегрованої автоматизованої інформаційно-пошукової і аналітичної системи кримінально-правового, кримінологічного, криміналістичного та судово-експертного профілю, яка б обслуговувала на принципах зворотнього зв'язку оперативно-розшукові та криміналістичні підрозділи, слідчі апарати, судово-експертні установи відповідних відомств (МВС, СБУ, Генпрокуратури, НБР, Мінюсту, Мінохорони здоров'я).

В перспективі на основі сучасних досягнень в галузі електронних технологій необхідно розробити принципово нову систему техніко-криміналістичних засобів здійснення моніторингу слідчих дій (перш за все огляду місця події та допиту обвинувачених) по найбільш тяжких злочинах з метою створення автоматизованого банку даних криміналістично значущої відео- і аудіоінформації. Поєднання такого банку даних за допомогою інформаційних технологій з слідчими і експертно-криміналістичними підрозділами та судово-експертними установами дозволило б на основі «ефекту присутності» значно підвищити ефективність слідчого та експертного аналізу речової та вербальної інформації по конкретних кримінальних справах. Електронні архіви таких справ в подальшому можуть також використовуватись в навчально-методичній роботі.

Ще однією важливою проблемою інформатизації України є подальша інформатизація правоосвітньої та правничої науково-дослідної діяльності. Це передусім створення інформаційних та аналітичних баз даних з усіх галузей правової науки, які б склалися з інформації про чинне та «архівне» законодавство України та зарубіжних країн; електронного бібліографічного довідника, електронної бібліотеки найбільш значущих наукових видань тощо. Така інтегрована інформаційна система галузевих правових баз знань повинна охоплювати провідні юридичні науково-дослідні установи та навчальні заклади України. Під'єднання такої системи до системи INTERNET дозволить мати доступ до міжнародних ресурсів правничих знань.

На інформаційній базі галузевих правничих знань повинні базуватися автоматизовані «навчальні» системи. Юридичні навчальні заклади країни вже мають чималий досвід використання таких си-

стем в навчальному процесі. Завдання — створити найбільш досконалу інтегровану інформаційну систему навчальних програм та автоматизованих робочих місць для занять.

Нарешті, самостійну проблему не тільки ІСПЗ, а й всієї Національної програми інформатизації України становить законодавче забезпечення функціонування та безпеки всього інформаційного фонду країни.

В рамках ІСПЗ повинні бути розроблені технічні стандарти правових документів, юридичний статус правової інформації на технічних та паперових носіях, правила внесення змін до правових актів, обов'язки та права розробників ІСПЗ, технічного персоналу обслуговування, власників інформаційних каналів та їх користувачів.

Оскільки ІСПЗ є національним інформаційним ресурсом, зазначені організаційні і юридичні правила мають бути чітко регламентовані державними нормативно-правовими актами, гармонізованими з міжнародною практикою використання інформаційних систем.

Національною програмою інформатизації України передбачена розробка пакету законодавчих актів, що стосуються: доступу громадян до державних джерел інформації; захисту авторських прав і особистої інформації в локальних, національних та міжнародних комп'ютерних мережах; міжнародного інформаційного обміну; захисту національного інформаційного простору.

Детальної правової регламентації потребує визначення підстав адміністративної, цивільної та кримінальної відповідальності фізичних і юридичних осіб за порушення Закону України «Про захист інформації в автоматизованих системах».

Необхідність правового забезпечення виконання Національної програми інформатизації вимагає від вчених-юристів поглибленого теоретичного осмислення і комплексної розробки разом з фахівцями в галузі інформаційних технологій методологічних засад і науково обґрунтованого планування подальшого розвитку ІСПЗ України.

З цією метою постановою Президії Академії правових наук України при Київському регіональному центрі Академії (за сприяння Управління комп'ютеризованих інформаційних систем та мереж Верховної Ради України) створюється Науково-дослідний центр правової інформатики.

50 РОКІВ ЗАГАЛЬНОЇ ДЕКЛАРАЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

П. Рабінович, чл. -кор. АПрН України

Загальна декларація прав людини і Україна

50 років тому, 10 грудня 1948 р., третьою сесією Генеральної Асамблеї ООН було прийнято Загальну декларацію прав людини (ЗДПЛ). Для наших співвітчизників особливий інтерес становить, мабуть, те, яким чином ця подія позначилась на Україні — на її минулому та й на її сьогоденні. Спробуємо проаналізувати це.

У царині прав людини Україна як член ООН, з одного боку, безперечно зазнавала впливу цієї найавторитетнішої міжнародної організації, а з іншого — сама так чи інакше робила певний внесок в її «праволюднну» діяльність. Одне слово, у даній сфері відбувався взаємовплив (який, звісно, не міг бути рівнозначним, «еквівалентним»). Розглянемо ж коротко основні його напрямки і прояви.

Роль України у формуванні, функціонуванні й удосконаленні всесвітньої системи заохочення та захисту прав людини виявляється найбільше у наступному:

- Україна була однією із 56 держав-членів ООН, які наприкінці 1948 р. брали участь у обговоренні й прийнятті ЗДПЛ на 3-й сесії ГА (хоч, як й інші радянські держави-члени ООН, Україна утрималась при голосуванні цього акта 10 грудня 1948 р.);

- Україна нерідко входила та й нині входить до складу тих органів і установ ООН, на котрі покладалося застосування, удосконалення чинних та проектування нових актів цієї організації щодо прав людини або ж спостереження і контроль за станом дотримання прав людини у різних державах та вжиття, за певних умов, правозахисних заходів згідно з відповідними документами ООН. Так, зараз Україна входить до складу таких спеціалізованих установ системи ООН, як Комітет з питань інформації, Спеціалізований комітет з питань тероризму, Дитячий фонд ООН (ЮНІСЕФ) та його законодавча рада, Конгрес ООН з питань запобігання злочинності

та поводження з правопорушниками, ЮНЕСКО та її виконавча рада, Міжнародна організація праці (МОП), Всесвітня організація охорони здоров'я, Підкомісія з попередження дискримінації і захисту прав меншин (Підкомісія);

- Україна також бере участь у декількох міжнародних органах як учасник (сторона) відповідних конвенцій та угод, схвалених ООН, зокрема, у Комітетах: з питань ліквідації расової дискримінації; з прав людини; з питань ліквідації дискримінації щодо жінок; з питань економічних, соціальних і культурних прав; проти катувань; з прав дитини;

- Україна в особі своїх делегацій і представників в ООН, в її органах і установах підготувала (або взяла участь у підготовці) тільки протягом 1991-1995 рр. майже 50 проектів резолюцій та інших документів ООН саме з прав людини (що складає приблизно чверть усіх проектів, запропонованих Україною за цей період). І в останні роки активність України у цьому напрямку не послаблювалась. Наприклад, представник України у згаданій Підкомісії проф. В. Буткевич був співавтором резолюції, прийнятої 49-ю сесією Підкомісії у серпні 1997 р. «Відправлення правосуддя щодо неповнолітніх», а також автором її робочого документа «Свобода пересування і переміщення населення та право на повернення»¹.

Що ж до впливу на ситуацію в Україні ЗДПЛ та системи «похідних» від цього документа актів й органів ООН, то він полягає найвагоміше у тому, що:

- Україна ратифікувала (починаючи ще з радянських часів) низку таких актів і тим самим зобов'язалась усунути або не припускати невідповідність ним свого законодавства. До них належать насамперед Міжнародний пакт про громадські і політичні права, Факультативний протокол до нього, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. І коли, наприклад, Комітет з прав людини аналізує загальний (світовий) стан здійснення таких актів або певних, передбачених ними прав, Україна, як і інші держави, подає відповідну інформацію. Наприклад, 53-й сесії Комітету з прав людини (1997 р.), де розглядалося питання про право на відшкодування збитків і компенсацію жертвам серйозних порушень прав людини і основних свобод, а також про їхнє право на реабілітацію, Ук-

¹ Див.: Документ ООН E/ CN 4/ Sub. 2 / 1997 / 22.

раїна представила витяги із Конституції, КПК та інших національних законів, що стосуються цих прав;

- Україна визнала щодо себе юрисдикцію тих органів ООН (Комітетів та ін.), котрі покликані здійснювати спостереження і контроль за станом дотримання прав людини у державах-членах цієї організації, зокрема шляхом одержання від них періодичних доповідей. Такі доповіді Україна подає, зокрема, Комітету з прав людини (четверта періодична її доповідь була обговорена цим Комітетом у 1995 р.), Комітету з ліквідації расової дискримінації (у березні 1998 р. він обговорив чергові доповіді України);

- Україна включила до своєї Конституції 1996 р. чимало нормативних приписів, які змістовно чи навіть текстуально відтворюють відповідні положення ЗДПЛ або ж згаданих Пактів та інших актів ООН, які конкретизують і деталізують ЗДПЛ. Це можна спостерігати на прикладі ст. 3 ЗДПЛ і ст.ст. 27, 29 Конституції України;

- Україна вперше у своїй історії закріпила у Конституції (ст. 9) правило про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. (Ця конституційна новела поширюється, звісно, і на численні, засновані на ЗДПЛ конвенції ООН з прав людини, які ратифікувала чи ратифікуватиме Україна.) Звідси випливає, що у разі суперечності законодавства України нормам таких договорів застосуванню підлягатимуть останні.

Проте не можна не відзначити, що позитивний вплив ЗДПЛ та усїєї її нормативної й інституціональної «надбудови» на стан справ людини в Україні міг бути набагато ефективнішим, якби не деформації і недоробки, що мали місце (та й нині не виключені) у політико-юридичній практиці нашої держави. Нагадаємо з-поміж них лише дві.

По-перше, у попередній — радянський — період низка громадянських і політичних прав людини, формально визнаних і конституційно закріплених Україною, залишилась для значної частини її громадян (як й інших громадян СРСР) нездійсненими внаслідок відсутності реального плюралізму в політиці та ідеології. Це стосується, наприклад, права обирати і бути обраним до представницьких органів державної влади; свободи думки, світогляду, слова; права на інформацію; права на виїзд в іншу країну.

По-друге, у той період більшість ратифікованих Україною (або прийнятих з її участю) актів ООН з прав людини не публіковались

в офіційних виданнях Верховної Ради Української РСР (у тому числі й у «Зводі законів Української РСР»).

Такі акти майже не друкувались й у масово-популярних виданнях державних видавництв, а тому були відомі, як правило, лише досить вузькому колу фахівців-міжнародників. Це пояснювалося тим, що партійно-державний режим не був зацікавлений у поширенні серед широких кіл українського населення інформації про ці акти, а тим більше — в їх втіленні у вітчизняну юридичну практику. Брак такої інформації мав сприяти приховуванню невідповідності між радянською дійсністю і деякими з міжнародних стандартів прав людини, які Українська РСР офіційно визнала. І лише з початком «перебудови» — у другій половині 80-х років — почали легально поширюватись публікації ЗДПЛ та інших відповідних актів ООН (які раніше друкувались здебільшого у недозволених, «дисидентських» виданнях).

Утворення самостійної, політично й юридично незалежної держави Україна, розгортання у ній радикальних демократичних перетворень в усіх сферах суспільного життя, зокрема формування передумов для виникнення ринкової соціально орієнтованої економіки, не могли не викликати зрушень у ситуації з правами людини. І хоча ці зрушення — зауважимо відразу — є досить неоднозначні, однак навряд чи буде перебільшенням стверджувати, що в *Україні розпочався новий етап у втіленні ЗДПЛ та заснованих на ній актів ООН з прав людини.*

Серед позитивних змін у цій сфері спостерігаються такі:

- збільшився обсяг ратифікованих Україною актів ООН з прав людини (включаючи й ті, котрі було відкрито для ратифікації ще задовго до проголошення незалежності України);

- зросла кількість, розширилась «номенклатура» закріплених у Конституції України (та й в іншому її законодавстві) тих прав людини, які зафіксовано у ЗДПЛ і похідних від неї актах ООН;

- щодо низки громадянських і політичних прав сформовано юридично-процедурні механізми правокористування, котрих у деяких випадках раніше взагалі не існувало (наприклад, стосовно права на утворення громадських об'єднань, на застосування органів преси, на отримання інформації, на альтернативну (невійськову) службу); це вочевидь, посприяло і здійсненню таких прав;

- радикально розширено можливості звернення у разі порушення прав людини до суду як найефективнішої юридичної гарантії

правозахисту (включаючи й звернення до Європейського суду з прав людини);

- дещо поліпшились умови для інформування громадян про міжнародні акти з прав людини (лише один, проте, гадаємо, промовистий, факт: Міністерство освіти України вперше схвалило програму і рекомендувало до використання у середніх школах написаний згідно з нею підручник з нового предмета «Права людини» (К., 1997). Хоча, як і раніше, більшість публікацій актів ООН з прав людини поки що здійснюється недержавними організаціями, зокрема Українською Правничою Фундацією, Харківською правозахисною групою, Українською асоціацією «Міжнародна амністія».

Та водночас в Україні внаслідок системної кризи різко погіршились — порівняно із попереднім періодом її історії — умови здійснення іншої, життєво необхідної групи прав людини: соціальних, економічних, культурних (а також тих громадянських і політичних прав, користування якими залежить від наявності в особі матеріальних, часових, освітньо-інформаційних ресурсів, наприклад, права на вибір захисника у кримінальній справі).

Тому можна загалом конститувати наступне: *невний прогрес, досягнутий сучасною Україною у здійсненості низки громадянських і політичних прав людини, котрі зафіксовано у ЗДПЛ та відповідному Міжнародному пакті, супроводжується явним регресом у стані реалізованості економічних і соціальних прав*. А оскільки належне використання принаймні декотрих з останніх становить беззаперечно необхідну передумову власне фізичного існування, життя і здоров'я людини, то нинішня ситуація в Україні несе загрозу й усім іншим правам соціально вразливих і незахищених груп населення. І це — неминучий наслідок деформації, порушення принципу єдності («незмінюваності») усіх прав людини, про які йшлося вище.

Крім цього, й у самій сфері громадянських і політичних прав Україна ще не використала усіх можливостей «долучитись» до деяких нормативно-інституціональних важелів ООН. Так, наша держава поки що не визнала щодо себе компетенцію Комітету проти катувань (а таке визнання зробила — за станом на 5 грудня 1997 р. — 41 держава, у тому числі й Росія), хоча відповідна Конвенція була ратифікована нею ще у 1986 р.

Та й загалом із 200 існуючих у системі ООН угод і конвенцій, котрі торкаються прав і свобод людини, Україна ратифікувала — за

станом на травень 1998 р. — лише 49 (включаючи й ті, що були колишні ратифіковані Українською РСР).

Підсумовуючи аналіз розглядуваного питання, доводиться констатувати, що сучасна Україна, незважаючи на деякі її здобутки у забезпеченні прав людини, відображених у ЗДПЛ та в інших актах ООН, поки що не належить до тих держав, які є лідерами у цій справі. А закріплене у ст. 3 її Конституції гуманістичне положення про те, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», становить на сьогодні скоріше стратегічний (як колись висловлювались, програмний) орієнтир держави, вияв її намірів і цілей, але не юридично захищений норматив, а тим більше — не реальну дійсність.

Внесок вітчизняних юристів у сприяння реалізації наведеного конституційного положення полягатиме, у першу чергу, в проектуванні ними низки законів, інших нормативно-правових актів, які полегшували б створення різноманітних умов, необхідних для здійснення, охорони і захисту прав людини відповідно до міжнародних — всесвітніх та регіональних — стандартів. Серед таких актів одним із першочергових мала б бути спроектована групою фахівців, утвореною за ініціативою Міністерства юстиції України, *Концепція державної правової політики у сфері прав людини в Україні*. Вона подана Урядом до Верховної Ради України і зараз розглядається в її відповідному Комітеті. Підготовлена у відповідності з Міжнародним біллем про права людини, Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини та Конституцією України, ця Концепція після її законодавчого затвердження Верховною Радою зможе відігравати програмно-організуючу роль щодо національного законотворення з багатьох питань.

ЗДПЛ: сьогодні і майбуття. *Уся історія людства — і минула, і сучасна — може бути інтерпретована як історія боротьби за права людини. У ній мають бути виділені (як того звичайно вимагає історичний аналіз будь-яких соціальних явищ) своєрідні віхи — певні події, факти, що позначають, відмежовують історично нові етапи, «переломні» моменти цього процесу.*

Стосовно утвердження і розвитку прав людини такими «віхами» виступали, зокрема, певні соціально-нормативні установа (нині їх можна класифікувати на: 1) «національні», до яких належать додержавні, державні та недержавні джерела, і 2) міжнародні, які складаються із міждержавних, регіональних та всесвітніх актів). Серед усіх

таких джерел не можна не згадати іудейську Тору (X ст. до н. е. — I ст. до н. е.) та християнську Біблію (I-II ст. н. е.), англійську Велику хартію вольностей (1215 р.), американську Декларацію незалежності (1776 р.) та Конституцію США (1787 р.) з 10 додатками до неї — Біллем про права (1791 р.), французьку Декларацію прав людини і громадянина (1789 р.), пакет перших радянських актів конституційного характеру (Декларація прав трудящого і експлуатованого народу, Конституція РРФСР 1918 р.), Статут ООН (1945 р.) та ін.

Але тільки ЗДПЛ стала віхою *всесвітнього* рівня, якій немає аналогу, — вона поклала початок планетарному визнанню прав людини усіма державами і народами. Тільки від неї розпочався відлік процесу формування у системі міжнародного права галузі прав людини. Тільки вона стала *дороговказом правового прогресу людства*.

У цьому й полягають її історична винятковість і унікальність.

Безперечно, укладачі ЗДПЛ не належали до наївних романтиків і не мали ілюзій стосовно того, що представлений нею «взірець, відповідати якому мають прагнути усі народи й усі держави», швидко і повсюдно перетвориться на соціальну дійсність. І нині сама ООН, її органи постійно звертають увагу на «ножиці», що продовжують існувати між положеннями ЗДПЛ і реальною історичною ситуацією. Так, у резолюції Підкомісії «Святкування 50-ї річниці ЗДПЛ», прийнятій на її 49-й сесії у серпні 1997 р., констатується, що міжнародні норми у галузі прав людини, зокрема права людини уразливих груп у суспільстві, як і раніше, порушуються у багатьох частинах світу і що мільйони людей продовжують зазнавати негараздів, живуть у злиднях і позбавлені можливості повною мірою користуватись своїми громадянськими, політичними, економічними, соціальними і культурними правами¹. Нагадаємо також констатацію Всесвітньої Конференції з прав людини (1993 р.), вміщену в її Декларації і Програмі дій, про «сумну реальність, пов'язану із посиленням нетерпимості, ксенофобії, расизму і расової дискримінації у багатьох країнах».

Отже, оскільки всі цілі ЗДПЛ ще не досягнуті, вона повною мірою зберігає свою актуальність.

І сьогодні вплив ЗДПЛ на поширення поваги до прав людини аж ніяк не вичерпано — він триває. Пояснюється це, зокрема, тим її неперевершеним достоїнством, що, відображаючи (насамперед у Преам-

¹ Див.: Документ ООН E / CN 4 / Sub. 2 / 1997 / 50.

булі) конкретно-історичні умови її прийняття, ЗДПЛ являє собою концентрований вираз загальносоціальних закономірностей людського співжиття. Саме завдяки останній її властивості забезпечуються життєздатність, тривкість, так би мотиви, «довгожителство» ЗДПЛ.

Причому такий вплив — як прямий, так й опосередкований — зумовлюється не тільки вселюдською універсальністю і «далекоглядністю» її положень, сформульованих у деяких випадках, як вже відзначалось, у настільки абстрактній формі, що їх можна безболісно поширювати на історично нові, відразу не передбачувані відносини і ситуації. Він, не в останню чергу, забезпечується сучасними міжнародними (та й національними) заходами.

Ці заходи здійснюються по таких напрямках:

- включення положень, навіть фрагментів ЗДПЛ до міжнародних актів як всесвітнього, так і регіонального рівня. Практикуються і прямі посилання у цих актах на ЗДПЛ як на їхню політико-ідеологічну підставу, як на визначальний морально-політичний орієнтир (це має місце, наприклад, у Міжнародній конвенції про захист прав усіх трудящих, мігрантів і членів їх сімей (1990 р.), Декларації про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин (1992 р.);

- відтворення положень ЗДПЛ у сучасному національному, насамперед конституційному, законодавстві. Відомо, наприклад, що текст ЗДПЛ є складовою частиною Конституції Південно-Африканської Республіки (у редакції 1994 р.). Вище йшлося про «співпадаючі» статті ЗДПЛ і Конституції України 1996 р.;

- використання на національному рівні конвенцій ООН, які конкретизують ЗДПЛ не тільки у законотворчій практиці, а й у правозастосуванні. Так, нещодавно Конституційний Суд Російської Федерації одне із своїх рішень, яке торкалось захисту прав людини, аргументував прямими посиланнями на відповідну статтю Міжнародного пакту про громадські і політичні права¹. Такі випадки, ясна річ, є досить рідкими, виключними, оскільки вони зумовлюються неспроможністю забезпечити права людини власне національними засобами. Однак і ці випадки ілюструють можливості опосередкованого впливу ЗДПЛ на державно-юридичну практику.

¹ Див.: Весник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 1. С. 47-51.

Принципово важливим є й те, що ООН постійно вживає заходів, спрямованих на актуалізацію й ефективізацію ЗДПЛ та й усієї інституціонально-нормативної системи, котра опосередковує її дію. Зокрема, продовжується подальша розбудова, «розгалужування» універсальної нормативно-інституціональної системи заохочування і забезпечення на рівні ООН прав людини, зафіксованих у ЗДПЛ. Найчастіше це відбувається відповідно до загальної структури предметних інститутів міжнародного права, прав людини.

Так, в останні роки різними органами ООН опрацьовуються — на тих чи інших стадіях нормотворчого процесу — концепції або проекти наступних актів: Декларації ООН про права корінних народів (обговорюється в КПД); Декларації про право й обов'язок окремих осіб, груп і громадських органів заохочувати і захищати загальновизнані права людини й основні свободи; Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права; Третього Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, спрямованого на гарантування здійснення за усіх обставин права на справедливий судовий розгляд і відновлення порушених прав; Факультативних протоколів до Конвенції про права дитини з питань щодо запобігання торгівлі дітьми, дитячій проституції та дитячій порнографії, а також з питання про участь дітей у збройних конфліктах. На розгляд Генеральної Асамблеї подано проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, розроблений у 1996-1997 рр. Комісією з міжнародного права ООН.

Останнім часом було сформовано нові юрисдикційні органи ООН: Міжнародний трибунал по колишній Югославії (1993 р.), Міжнародний трибунал для Руанди (1994 р.). Вжито заходів щодо створення Міжнародного кримінального суду (у затвердженні його Статуту в липні 1998 р. брала участь й Україна).

Поряд з цим органи ООН у своїй практичній діяльності намагаються послабити такі вади деяких її актів з прав людини, як неузгодженість, прогалинність, надмірна абстрактність окремих нормативних положень. У деяких випадках ці органи припиняють використання тих «елементів» нормативно-інституціональної системи ЗДПЛ, котрі втратили дієвість.

ООН приймає й нові акти з «праволюднинної» проблематики, які не поступаються ЗДПЛ ані універсальністю змісту, ані глобальністю дії, ані «юридичною силою» (оскільки схвалюються ГА). Потре-

ба у таких актах об'єктивно зумовлюється тим, що світова ситуація кінця 40-х років ХХ ст. і ситуація кінця 90-х років є істотно відмінними. За останні півстоліття як наслідок розвитку людства, окремих його регіонів і народів не могли не з'явитись: а) нові засоби для здійснення вже відомих, легалізованих прав людини; б) нові перешкоди у цьому процесі; в) нові права (нові потреби людей), виникнення яких не було передбачено або й неможливо було передбачити під час схвалення ЗДПЛ.

ООН реагує на ці історичні зміни прийняттям відповідних актів, які начеби доповнюють ЗДПЛ. До них належать, наприклад, Декларація про право на розвиток (1986 р.), Декларація про право осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних чи мовних меншин (1992 р.), Декларація прав корінних народів (1994 р.).

Втім, й у зазначених випадках ЗДПЛ використовується як «точка відліку» і найзагальніший критеріальний орієнтир: такі — додаткові — акти ніколи не замінять і не перевершать її.

Тому й надалі — на тривалу історичну перспективу — ЗДПЛ залишатиметься тим «взірцем», до виконання якого мають прагнути усі держави і народи, — *працюючим ідеалом правового прогресу людства.*

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

В. Тацій, академік АПрН України,
Ю. Тодика, чл. -кор. АПрН України

Конституція України і правосвідомість юристів

Правосвідомість — це сукупність ідей, уявлень та почуттів про діюче і бажане право, про дії органів і осіб у сфері правового регулювання. В літературі виділяються звичайна, наукова та професійна правосвідомість. До останньої належить й правосвідомість юристів, яка є різновидом правосвідомості і характеризується тим, що безпосередньо пов'язана з вміннями і навичками практичного пізнання і застосування правових норм. Розглянемо, як на наукову і професійну правосвідомість юристів вплинули норми Конституції України 1996 р. При цьому слід враховувати й те, що на сам розвиток в Україні державотворчого і нормотворчого процесів істотно впливає й рівень цієї правосвідомості, який значною мірою визначає якість законотворчої, правозастосовної та правоохоронної діяльності державних органів, рівень забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Правосвідомість юристів впливає на функціонування державних інституцій, органів місцевого самоврядування, темпи становлення громадянського суспільства, реалізацію принципів основ конституційного ладу України і насамперед верховенства права. Правосвідомість юристів є джерелом їх правової активності в правовому полі України. Вона істотно вплинула на Конституцію, її демократичну спрямованість, втілення в ній світових наробок конституціоналізму, їх реалізацію в державно-правовій практиці.

Правосвідомість юристів знаходить своє втілення в законах, інших нормативно-правових актах, впливає на процес і результати правотворчості, визначає зміст і форму актів, що приймаються, їх структуру, специфіку окремих норм і правового акта в цілому, його демократичну чи антидемократичну спрямованість. Право-

свідомість юристів — безпосереднє джерело права. Особливо це відноситься до такого визначального акта, як Конституція України 1996 р., в якій знайшли відображення перш за все погляди юристів-теоретиків, рівень їх загальної, політичної та правової культури, розуміння реальної ситуації в Україні і можливі тенденції її розвитку в майбутньому. При підготовці різних проектів Конституції юристи виходили як з існуючих, так і з ідеальних моделей. До останніх, наприклад, відносяться положення ст. 1 Конституції, що Україна є демократична, соціальна, правова держава. Це ідеал, до якого слід прагнути і на досягнення якого повинні працювати структури держави і громадянського суспільства. Через правосвідомість і завдяки їй законодавець, як говорив Г. Гегель, «уловлює дух своєї епохи» і віддзеркалює його в правових актах.

Зараз демократичні конституційні приписи все більш істотно впливають на правосвідомість юридичних кадрів, формування їх уявлень про принципи світового конституціоналізму, що закріплені на рівні Основного Закону, правовий статус особи в демократичному суспільстві, структуру, завдання та функції державних інституцій, органів місцевого самоврядування, характер взаємовідносин держави і громадянина тощо. Активна роль конституційних норм після двох років дії Основного Закону все більше проявляється по відношенню як до суспільної, так і до індивідуальної правосвідомості, політичної та інших видів свідомості юридичних кадрів.

Істотний вплив Конституції України на правосвідомість юристів знаходить свій вираз в тому, що закріплені в ній демократичні приписи світового конституціоналізму (насамперед принцип розподілу влад, пріоритет прав особи, політична, економічна та ідеологічна багатоманітність, суверенітет народу, правова держава) надають обов'язкового значення тим правовим і політичним поглядам та уявленням, які визріли в суспільній думці, але ще не стали пануючими. Будучи втіленими на конституційному рівні, вони одержують авторитет від самого народу, який згідно зі ст. 5 Основного Закону є єдиним джерелом влади в Україні. Конституція України, як це зазначено в її преамбулі, прийнята Верховною Радою від імені Українського народу — громадян України всіх національностей. Це, безумовно, визначає їх активну роль у формуванні і розвитку правосвідомості юридичних кадрів.

Правосвідомість юристів виконує регулятивну функцію в процесі правореалізації, насамперед при розгляді юридичних справ,

прийнятті правозастосовних актів, всіх видів конкретних юридичних рішень. Відповідно, демократичні приписи Конституції України істотно впливають на даний процес. Демократична правосвідомість юристів, яка формується на базі конституційних приписів і втілюється в правозастосовній діяльності, має велике значення для забезпечення законності і правопорядку. Це пов'язано передусім з тим, що загальний, абстрактний характер правових норм породжує труднощі при правозастосуванні, оскільки закон має загальний характер, а ситуація завжди є конкретною. Тому одиначне підводиться під загальне за допомогою судження. Якщо у юриста на підставі і за допомогою конституційних приписів сформовано демократичне мислення, то його правозастосовна діяльність спрямована на забезпечення прав людини і громадянина. Тут йдеться про професійно-юридичну свідомість як різновид правосвідомості, яка формується під впливом норм Конституції України, інших конституційних і звичайних законів. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що правосвідомість юридичних кадрів виступає органічною частиною як правотворчої, так і правозастосовної діяльності, виконує роль їх механізму. Тому, аналізуючи вплив конституційних норм на становлення правосвідомості українських юристів, не слід різко протиставляти норми Конституції України і вже існуючий рівень правосвідомості юридичних кадрів, оскільки вони досить тісно взаємопов'язані.

Життя ставить перед правосвідомістю юристів відповідні вимоги, яким вона повинна відповідати. На відміну від правосвідомості звичайного громадянина правосвідомість юристів має виходити насамперед з конституційних приписів, бути теоретичною, тобто становити собою систему правових знань, втілених в конституційно-правових принципах, нормах, категоріях, розумінні головних тенденцій і закономірностей розвитку державно-правових процесів в Україні. Конституційно-правова теорія є концептуальним підґрунтям формування демократичного світогляду юристів, в тому числі студентів юридичних вузів. І це обумовлює особливе значення викладання курсу конституційного права України в юридичних вузах республіки, його істотну роль в становленні правосвідомості студентів, зорієнтованої на демократичні цінності світового конституціоналізму.

Конституційні приписи впливають на становлення сучасної правової культури, правосвідомості юридичних кадрів. В цьому напрямку діють як позитивні, так і негативні чинники. До останніх

відносяться насамперед складні економічні та соціальні умови функціонування в нашій країні суспільних процесів. Тільки за умов реальної демократії можлива цілеспрямована і спеціально організована діяльність по становленню демократичної правосвідомості, сучасної правової культури юридичних кадрів. Але якщо конституційні норми істотно розходяться з існуючими реаліями, то це, безумовно, негативно впливає на процес становлення демократичної правосвідомості юристів, в тому числі студентів юридичних вузів. Слід враховувати й те, що юридична і фактична конституція в жодній країні світу повністю не збігаються, і це пов'язане з тим, що конституція — не тільки юридичний, а й політичний документ, в якому не тільки констатується досягнутий рівень розвитку суспільних відносин, а й містяться норми-завдання, моделі і цілі на майбутнє. Конституціям, як правило, притаманна, крім інших, також прогностична функція. Але коли юридична і фактична конституція дуже істотно не збігаються і багато її положень носять нереальний характер, то це не тільки деформує професійну правосвідомість юристів, а й заважає її становленню на демократичних засадах. Даний процес діалектично взаємопов'язаний, і це слід враховувати в правовиховній роботі з юридичними кадрами.

Формування в Україні демократичної, правової держави значною мірою визначається якістю професійної діяльності юристів, їх правосвідомістю. Тому правове виховання юристів, становлення їх правосвідомості повинні відбуватися на підставі закріплених в Основному Законі демократичних цінностей, існуючих в республіці політико-правових реалій і тенденцій їх подальшого розвитку. Якщо не враховувати цього, то це потім негативно відіб'ється на правосвідомості юристів. Тут неприпустимо як забігати вперед, так і відставати. Слід брати до уваги й те, що правове виховання і правосвідомість юристів мають свою специфіку. Тому вони повинні бути реалізовані в межах спеціальних програм, відповідних організаційних форм і методів, стратегічних і тактичних завдань правовиховної роботи з врахуванням специфіки діяльності різних спеціальностей юристів. Така диференційована правовиховна діяльність щодо юристів (суддів, адвокатів, прокурорських працівників, працівників органів внутрішніх справ тощо) є об'єктивно необхідною.

Вона є значущою й для юристів законодавчого органу, оскільки сам парламент деколи порушує Конституцію України. Так, Вер-

ховна Рада суттєво її порушувала при прийнятті Закону «Про вибори народних депутатів України», на що звернув увагу Конституційний Суд України. Тому важливо, щоб правосвідомість юристів базувалась на демократичних конституційних засадах, які втілені передусім в основах конституційного ладу України.

Особливо важливим завданням слід вважати профілактику в Україні правового нігілізму, навіть серед юристів. А він, на жаль, має місце. Поряд з правовиховною роботою цьому повинні слугувати: заходи щодо забезпечення високої якості законів, інших нормативно-правових актів; зміцнення законності в державі, перш за все конституційної, правопорядку; активне проведення правової реформи, зорієнтованої насамперед на істотне підвищення ролі судових органів у захисті прав людини і громадянина. Важливо привести у відповідність з вимогами сучасних реалій професійне навчання і виховання юристів, інших державних службовців, проводити систематичну роботу по підвищенню рівня правової культури всіх суб'єктів правоохоронної системи. І орієнтир тут — приписи Конституції України. Висока соціально-правова активність юристів, яка ґрунтується на демократичних правових цінностях, може бути досягнута в разі дотримання таких основоположних принципів правовиховної діяльності, як науковість, плановість, систематичність, послідовність, диференційованість, забезпечення комплексного підходу.

Становлення демократичної правосвідомості юристів є досить непростим завданням. До однієї з причин правового нігілізму слід віднести й те, що в свій час в українській правовій системі панували адміністративно-командні підходи, секретні та напівсекретні відомчі правові акти, а Конституція і деякі більш-менш демократичні закони тільки декларували права і свободи особи, які в житті реально не забезпечувалися. Були вкрай низькою роль суду, в цілому невисокий престиж права, Конституції. На жаль, і на сьогодні цей чинник продовжує діяти, хоча й не в такому обсязі. Подібну практику слід рішуче долати і насамперед через чітке застосування одного з визначальних принципів основ конституційного ладу України, згідно з яким Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі і повинні відповідати їй, норми Конституції є нормами прямої дії (ст. 8). У правовій системі необхідно забезпечити верховенство закону, а не відомчої інструкції.

Роль Конституції України в становленні сучасної правосвідомості юристів зумовлюється її визначальною роллю в національній правовій системі, юридичними властивостями, завданнями і функціями, демократичною спрямованістю її норм. Особливе значення мають приписи основ конституційного ладу, в яких відображені основоположні принципи світового конституціоналізму: верховенство права; народний суверенитет; розподіл влад; пріоритет прав людини; політична і ідеологічна багатоманітність; законність; правова, демократична, соціальна держава. Ці принципи впливають на законодавчу, правозастосовну та правоохоронну діяльність державних органів, яка значною мірою реалізується за допомогою активної роботи юристів.

Велике значення в становленні демократичної правосвідомості юристів мають наступні положення ст. 3 Конституції: а) людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; б) права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; в) держава відповідає перед людиною за свою діяльність; г) утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Такі положення в нашій конституційній історії закріплюються вперше, і вони принципово по-новому ставлять питання взаємовідносин держави і громадянина. Отже, діяльність держави, її органів і посадових осіб, в тому числі юристів, має бути спрямована на утвердження прав і свобод людини і громадянина, які визначають зміст і застосування законів, діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади, місцевого самоврядування. Захист прав і свобод людини і громадянина є важливим завданням Української держави, і це визначає вимоги щодо правосвідомості, моральності, рівня правової культури юристів.

Положення ст. 3 Конституції безпосередньо пов'язані з її ст. 1, в якій Україна характеризується як правова, демократична, соціальна держава. Всебічне забезпечення прав людини і громадянина є характерним для правової держави, її визначальною ознакою. Ми прагнемо до становлення в Україні правової державності, що значною мірою залежить від правової культури законодавців, юристів, які працюють в державних інституціях вищого рівня. Реформування правової системи України повинно бути спрямовано на забезпечення прав і свобод людини і громадянина, надавати реальну можливість особі че-

рез інститути громадянського суспільства впливати на діяльність державних органів. Йдеться про необхідність якісного нормативно-регулювання правового статусу політичних партій, засобів масової інформації, інших структур громадянського суспільства. А це визначається передусім якістю правосвідомості законодавця, юристів, що розробляють такі акти, її демократичною спрямованістю.

Громадяни можуть активно впливати на державу через участь у виборах, референдумах, інші форми безпосередньої і представницької демократії. Тому важливо забезпечити систему реального волевиявлення народу, населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Народ — титульний власник влади, тому необхідно забезпечити його особливий статус і можливості впливу на державні інституції, політичне життя. Правосвідомість юристів, які працюють в парламенті України, інших владних структурах і володіють правом законодавчої ініціативи, має істотне значення для становлення і розвитку законодавства про вибори, референдум. На жаль, вона не завжди перебуває на належному рівні. Так, Законом України від 24 вересня 1997 р. «Про вибори народних депутатів України» призупинялась реалізація виборчого права для осіб, які за вироком відбувають покарання в місцях позбавлення волі, — на строк перебування в цих місцях. Але згідно з ч. 2 ст. 70 Конституції не мають права голосу тільки громадяни, яких судом визнано недієздатними. Таким чином, ч. 4 ст. 3 цього Закону суперечила ч. 1 ст. 64 Конституції, відповідно до якої конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Порушена була і ч. 1 ст. 24 Конституції, яка закріплює, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Отже, парламентарі, в тому числі юристи, розробляючи закон про вибори, виходили з того, що можна порушити права громадянина і норми Конституції, яку ж самі й приймали, а інші юристи (з Конституційного Суду України) вважають, що така новела закону грубо порушувала Конституцію, конституційну законність, не відповідала демократичному конституційно-правовому статусу особи. В результаті це положення Закону було усунуто.

Виходячи з цього, вважаємо за необхідне акцентувати увагу на особливій значущості правосвідомості суддів Конституційного Суду України, оскільки ця державна інституція згідно зі ст. 150

Основного Закону має право вирішувати питання про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України. Не принижуючи ролі правосвідомості юристів інших державних структур, зазначимо, що роль правосвідомості суддів Конституційного Суду має особливе значення, оскільки вона безпосередньо пов'язана з конституційною матерією, забезпеченням конституційної законності, яка в цілому визначає законність і правопорядок в державі. Тому до суддів Конституційного Суду ставляться досить вагомі вимоги: а) бути громадянином України; б) досягти на день призначення сорока років; в) мати вищу юридичну освіту; г) мати стаж роботи за фахом не менш десяти років; д) проживати в Україні протягом останніх двадцяти років; е) володіти державною мовою. Ці вимоги суворіші за вимог до претендента на пост Президента України.

Де б ні працював юрист, він повинен звіряти свої дії, поведінку в правовій сфері з Конституцією України, оскільки вона має найвищу юридичну силу і її норми є нормами прямої дії. Принципове значення як для правотворчої, так і для правозастосовної та правоохоронної діяльності має положення про те, що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Це означає, що людина має право звернутися до суду для забезпечення своїх законних інтересів незалежно від того, чи детально врегульовані або не врегульовані в поточному законодавстві відповідні відносини, а суд на підставі конституційних норм повинен вирішити спір.

Таким чином, складається нова правова ситуація, за якою, з одного боку, підвищується сам статус Конституції як юридичного документа в правовій системі України, а з іншого — права людини і громадянина можуть стати більш захищеними, ніж раніше, оскільки вперше в нашій конституційній практиці закріплюється пряма дія норм Конституції, що має основоположне значення для правозастосовної діяльності, гарантування прав особи. Тому від правосвідомості юристів значною мірою залежить становлення в Україні сучасної правозахисної практики, яка, на жаль, ще перебуває не на належному рівні.

Слід враховувати й ту обставину, що на процес становлення правосвідомості юристів впливають положення ст. 9 Конституції, згідно з якою чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Професіограма сучасного юриста, особливо судді як фахівця, потребує від нього знання не тільки вітчизняного законодавства, а й міжнародно-правових актів. Тим більш, що кожен громадянин України відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

На правосвідомість юристів особливо впливають такі положення Конституції: права і свободи людини і громадянина захищаються судом; кожному гарантується право знати свої права і обов'язки; право громадян на відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями або бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування; неприпустимість зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів; право кожного на правову допомогу; неприпустимість притягнення двічі до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме порушення; принцип презумпції невинуватості; недопущення обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, крім випадків, передбачених Конституцією. На ці конституційні положення особливо слід акцентувати увагу в правовиховній роботі з юристами.

Нову етико-правову ситуацію для юристів «диктує» Конституція України, закріплюючи в ст. 63, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Це досить важлива норма, яка повинна відігравати значну роль в становленні демократичної правосвідомості юристів. Тобто, це означає, що ніхто не має права примушувати людину до дачі свідчень проти себе самого або до визнання себе винуватим. Від неї забороняється вимагати свідчити проти членів сім'ї та близьких родичів. Таким чином, особа має право відмовитись від дачі свідчень, якщо вони звинувачують її та її близьких у вчиненні злочину, тобто можуть бути використані проти її інтересів. Ця конституційна новела спрямована на забезпечення прав особи і слугує її самозахисту від необ-

грунтованого обвинувачення. Але ж це складає і нову правову ситуацію для юристів, насамперед правоохоронних органів: не витягувати свідчення будь-якими засобами, в тому числі незаконним шляхом, застосовуючи фізичний і психологічний тиск, а діяти в межах вимог ст. 63 Конституції. Закріплення гарантій особи проти самообвинувачення змінює й сам принцип взаємостосунків громадянина і держави в особі її правоохоронних і правозастосовних органів. Це досить важливо для формування правової держави в Україні, захисту прав людини і громадянина.

Важливим показником демократичної правосвідомості юристів є ситуація, коли фахівці-юристи зв'язують свої дії з високими стандартами прав людини, закріпленими в Конституції України. На жаль, суди при постановленні своїх рішень не часто посилаються на конституційні норми. Але важливо й те, що така практика починає формуватися і проявлятися як чітко визначена тенденція, котру слід підтримувати. Цьому слугує і постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя».

В українській правовій культурі в системі джерел права зростає роль закону, що обумовлює загальним духом і змістом Конституції, яка проголосила Україну демократичною, правовою державою. В цій культурі відбувається процес становлення приватного права. Держава стає на захист домовленостей, які уклали між собою приватні особи. Цей процес можна порівняти з роздержавленням соціалістичної власності, приватизацією. Згідно з ч. 5 ст. 41 Конституції право приватної власності є непорушним. Таким чином, юристи, які працюють у правовому полі, зараз повинні виходити з принципово інших підходів. Йдеться перш за все про рівний захист всіх форм власності, а не про пріоритет державної і колгоспно-кооперативної власності, як це було раніш.

Конституція України 1996 р. ґрунтується на філософській концепції утвердження пріоритету людини по відношенню до всіх феноменів цивілізації та культури. Виходячи з цього, необхідно формувати правосвідомість і правову культуру юриста, зорієнтовані на пріоритет прав особи, забезпечення прав людини і громадянина. Тільки в такому разі ми зможемо йти шляхом становлення правової державності. Прогрес правової культури безпосередньо пов'язаний з розширенням обсягу прав і свобод людини, підвищенням

рівня її захищеності. В цілому правовий розвиток йде сьогодні від соціоцентристського до персоноцентристського типу правової культури, тобто до такої культури, в центрі якої перебувають особа, її права, свободи, законні інтереси і відповідно всі правові засоби, механізми та інститути, спрямовані на підтримку центрального, провідного становища особи як вищої цінності в культурі¹. Вважаємо, що персоноцентристський підхід досить чітко втілений в ст. 3 Конституції, яка встановлює, що людина визнається в Україні найвищою соціальною цінністю, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Це положення важливо чітко втілити на практиці. Разом з цим немає підстав різко протиставляти персоноцентристський і соціоцентристський підходи, оскільки особа реалізує свої права і свободи в реальному суспільстві і за допомогою відповідних органів і організацій.

Надійшла до редколегії 09. 11. 98

А. Засць, канд. юрид. наук

Формування ідеї правової державності в процесі створення нової Конституції України (1990-1994 рр.)

У функціонуванні сучасних суспільств і держав, підтриманні правопорядку конституція має особливе значення. Найвища в системі нормативно-правових актів юридична сила, багатофункціональний характер, концентрованість у ній соціальних сподівань, владно-організуючий характер, ключова роль в гарантуванні прав і свобод особи підносять конституцію до рівня «закону над законами».

Поняття конституції, виникнувши в останні роки VI ст. до н. е. в Афіській державі як сукупність законів, з часом перетворилося на розуміння конституції як єдиного цілісного політико-правового документа, основного закону держави, який містить фундаментальні норми, що регулюють найбільш важливі питання державного устрою, розраховані на особливу довготривалість, характеризуються постійністю і незаперечністю.

¹ Див.: Семітко А. П. Развитие правовой культуры как правовой процесс. Екатеринбург, 1996. С. 11.

Запровадження конституцій в XVIII-XIX ст.ст. стало вагомим державотворчим фактором, а їх повсюдне поширення в XX ст., додавши нових мотивів до необхідності існування конституцій та до їх призначення, перетворило їх в теоретичному відношенні, а в більшості країн — і в практичному, не тільки на могутній організуючий фактор, спосіб нормативного визначення організації життєдіяльності суспільства, а й на *засіб супротиву тоталітарній державі, обмеження державної влади, стримування її в межах конституції і закону, пов'язання її правами і свободами громадян.*

Сучасна держава, як вірно підкреслюється багатьма дослідниками в сфері конституційного права, неможлива без конституції¹, а конституція є невід'ємним атрибутом самої правової держави². Відтак сучасна держава набуває вигляду конституційної правової держави.

Виходячи із зазначеного, подальший аналіз правової державності здійснюватиметься через призму конституції, в якій знаходять відображення усі елементи правової державності.

Україна як незалежна держава здобула нову Конституцію внаслідок тривалої політичної боротьби, хоча конституційний процес дуже активно розпочався ще з прийняттям 16 липня 1990 р. Декларації про державний суверенітет України³, якою Верховна Рада проголосила Україну суверенною національною державою.

На сьогодні видано чимало праць, присвячених створенню нової Конституції України⁴. Не повторюючи вже існуючого опису конституційного процесу, спробуємо проаналізувати його з точки зору

¹ Див.: Государственное право Германии / Сокр. пер. нем. семитомного изд. М., 1994. Т 1. С. 5; Государственное право Российской Федерации / Под ред. О. Е. Кутафина. М., 1996. С. 123.

² Див.: *Aubert G. F. La Constitution Son Continue, Sonusage. Rurt Eichenberger. Sinn und bedeutung einer Ferfassung.* Basel, 1991. S. 165.

³ Концепція нової Конституції України, яку Верховна Рада затвердила 19 червня 1991 р., була досить стислою (див.: Відомості Верхов. Ради України. 1991. № 35. Ст. 466).

⁴ Див.: Конституція незалежної України: Документи, коментарі, статті. К., 1995. Кн. 1; Конституція незалежної України: Документи, коментарі, статті. К., 1997. Кн. 2; Історія Української Конституції. К., 1997; Коментар до Конституції України. К., 1996; *Тодька Ю. Н., Супруннюк Е. В.* Конституция Украины — основа стабильности конституционного строя и реформирования общества. Симферополь, 1997; Українське право. 1996. № 3(5); Розбудова держави. 1992. № 5 (статті Л. Юзькова, В. Кампо, Б. Футея, Є. Болтаровича та ін.).

розвитку конституційно-правової думки та відображення ідей правової державності в численних проектах нової Конституції.

Обраний у 1990 р. на основі альтернативних виборів парламент України утворив 24 жовтня 1990 р. Конституційну комісію, до складу якої увійшло 59 народних депутатів та фахівців в галузі економіки, соціології та права, і доручив їй створити робочі групи з підготовки окремих розділів проекту Конституції, залучивши до них провідних вчених і фахівців з відповідних галузей знань, а також доручив Президії Верховної Ради УРСР внести на розгляд сесії Верховної Ради Української РСР в грудні 1990 р. Концепцію нової Конституції Української РСР¹. Вже самою Конституційною комісією на її першому засіданні 1 листопада 1990 р. був затверджений план роботи і попередньо визначений склад її робочої групи, який остаточно був затверджений на другому засіданні Конституційної комісії. До складу цієї робочої групи увійшло 35 народних депутатів та фахівців-правознавців. Проект Концепції нової Конституції був підготовлений і послідовно розглядався на другому (4 грудня 1990 р.), третьому (14 лютого 1991 р.), четвертому (29 березня 1991 р.), п'ятому (3 червня 1996 р.) засіданнях.

Укладачі і проекту Концепції, і проекту нової Конституції від початку зіткнулися зі значними труднощами. Потрібні були нова ідеологія конституційної державності, нова ідеологія прав і свобод людини, нова ідеологія здійснення державної влади і контролю над владою. Адже Конституція УРСР 1978 р. не була конституцією суверенної країни, оскільки Україна лише формально визнавалась суверенною державою, а в дійсності була суб'єктом федерації внаслідок підпорядкованості законам Союзу РСР і верхній владі Союзу РСР. Конституція УРСР 1978 р. не виконувала функції стримування державної влади, обмеження цієї влади не тільки з формальних позицій, а й з точки зору її реального функціонування, оскільки жодний з проголошених принципів державності не спирався на необхідні правові важелі їх реалізації. Держава і державна влада не підпорядковувались владі народу внаслідок правових гарантій формально проголошених у Конституції вільних виборів. Держава не підпорядковувалась правам і свободам громадян, принципу верховенства права (натомість домінувала

¹ Див.: Відомості Верхов. Ради України. 1990. № 45. Ст. 607.

ідеологія залежності, октроювання (дарування) громадянам прав і свобод державою).

Були відсутні традиції розподіленої влади і будь-які важелі стримувань і противаг між окремими гілками влади, які підмінялись владою комуністичної партії (через конституційно проголошений в ст. 6 принцип керівної і спрямовуючої ролі комуністичної партії) при формально проголошеному повновладді народу та формально необмеженій правомочності парламенту.

Ось чому було намагання вже самою Концепцією вирішити низку крупних методологічних проблем, суть яких, як вірно зазначав Голова робочої групи Конституційної комісії і перший Голова Конституційного Суду України Л. Юзьков, полягала у визнанні України суверенною державою, послідовному проведенні ідеалів демократичної, правової організації влади, визнанні людини найвищою соціальною цінністю, створенні Конституції як стабільного юридичного документа, здатного бути безпосередньо діючим правом¹. Під час обговорення і прийняття цієї Концепції протистояння було настільки високим, що прийнятий варіант містив досить суперечливі положення. 19 червня 1991 р. постановою Верховної Ради України Концепція нової Конституції України була затверджена². При всій своїй недосконалоості Концепція давала можливість Конституційній комісії та її робочій групі продовжувати підготовку проекту Конституції на законодавчо визначеній основі. З прийняттям Концепції була створена схема владних відносин, покладена в основу подальшої роботи по створенню нової Конституції України.

В подальшому ця Концепція неодноразово змінювалась на рівні як загальних принципів, так і конкретних положень внаслідок зміни політичної ситуації, поглядів на державний устрій, рішень парламенту з тих чи інших питань, що ставало орієнтиром для Конституційної комісії, тощо. Це стосується положень Концепції щодо соціалістичного вибору, визначення президентської форми правління для України та запровадження посади віце-президента, визнання України національною республікою, закріплення можли-

¹ Див.: *Юзьков Л.* Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України // Конституція незалежної України... Кн. 1. С. 10.

² Див.: *Відомості Верхов. Ради України.* 1991. № 35. Ст. 466.

вості входження України до Союзу Суверенних Держав, затвердження Конституції шляхом референдуму.

Проте чимало положень Концепції були збережені і розвинуті в наступних проектах і прийнятій в остаточному вигляді Конституції. В сфері державності — це визнання України самостійною і незалежною правовою державою, проголошення принципу верховенства права, Конституції і законів України, принципу розподілу влад, вільні вибори; в сфері прав людини — визнання людини, її честі, гідності, особистої недоторканності найвищою соціальною цінністю, визнання права на приватну власність, плюралізм та рівноправність форм власності, широкий комплекс соціально-економічних, політичних, громадянських, екологічних прав; в сфері територіальної організації влади — унітарний устрій, Кримська автономія тощо.

Вже перший офіційний проект робочої групи Конституційної комісії (цей проект завершений в листопаді 1991 р.) кардинальним чином відрізнявся від попередніх конституцій УРСР. Оскільки цей проект не публікувався у пресі, варто більш детально зупинитися на його змісті. Це був проект Конституції справді демократичної держави. Україна проголошувалась правовою державою з розподілом влад, визнавалися ідеологічний, політичний та економічний плюралізм, пріоритет загальнолюдських цінностей, проголошувалися принцип верховенства права та пріоритет громадянського суспільства над державою. Основною функцією держави встановлювалися створення і забезпечення оптимальних умов для функціонування громадянського суспільства і захист прав людини (ст. 70).

Важливим було визнання на конституційному рівні того, що конституційним правам і свободам громадян мають відповідати обов'язки держави по створенню умов і забезпеченню гарантій реалізації цих прав і свобод.

Визначались основні принципи громадянського суспільства, до яких були віднесені: священність і недоторканність права власності; економічна свобода громадян та їх об'єднань; свобода і добровільність праці, вільний вибір діяльності на основі ринку праці, забезпечення умов для зайнятості працездатного населення; забезпечення демократії у всіх сферах життєдіяльності суспільства, вільне функціонування засобів масової інформації та ін.

В проекті було вміщено главу про народний суверенітет, де визнавалось право народу на вибори, законодавчу ініціативу і референ-

дум, формування органів державної влади. Слід зазначити, що за рівнем забезпечення політичних прав цей проект займає особливе місце не тільки серед офіційних проектів, а й серед усіх проектів, які були підготовлені протягом 1990-1996 рр. Особливе тому, що проект передбачав збільшені можливості впливу народу на владу та процес прийняття рішень, у тому числі право народу не тільки на вільні вибори, а й на законодавчу ініціативу (законопроект міг бути внесений від імені не менш ніж 300 тисяч громадян, у тому числі й про внесення змін і доповнень до Конституції — не менш ніж 3 мільйонами виборців).

Що стосується організації державної влади, то тут був передбачений двопалатний парламент, запроваджувались посада Президента як глави держави і глави виконавчої влади, який обирається всенародним голосуванням, посада віце-президента. В сфері правосуддя передбачався суд присяжних. Охорона Конституції покладалась на Конституційний Суд.

Звичайно, цей проект не був верхом досконалості з точки зору оптимізації здійснення влади. Його положення в багатьох аспектах були недостатньо відпрацьовані, страждали половинчастістю, зокрема як в частині організації влади на місцях (повнота місцевого самоврядування була дещо завуальованою, в той час коли в районах і містах — міст республіканського і обласного підпорядкування — передбачалось запровадження органів державної виконавчої влади), так і в центрі (залишалось призначення деяких міністрів парламентом, хоча Президент визнавався главою виконавчої влади, не було ясності у статусі Кабінету Міністрів).

Однак позитивні здобутки цього проекту не були втрачені і знайшли свій розвиток у наступних проектах після схвалення Конституційною комісією. Останнє, до речі, було найбільш складним. Узгодження теоретичного бачення моделі влади в Україні і конституційно-правових відносин здійснювалось насамперед на рівні Конституційної комісії, оскільки Верховна Рада внаслідок політичних протистоянь гальмувала конституційний процес, як тільки справа доходила до голосування.

Перший проект Конституції відзначався свого роду конституційним романтизмом, оскільки не спирався на досвід функціонування самостійної держави взагалі і на традиції існування правової держави та її елементів зокрема, не міг бути реалізований внаслідок відсутності

традицій здійснення розділеної влади, не повною мірою враховував політико-правову ситуацію в країні, неготовність сприйняття цілої низки нових для конституційно-правової практики категорій.

Цей проект з деякими уточненнями (в редакції від 29 січня 1992 р.¹) був широко розповсюджений серед громадськості та фахівців в сфері конституційного права, пройшов ґрунтовну правову експертизу. До нього надіслали свої зауваження такі відомі вчені, як О. Бланкенагель, К. Абмайер, В. Гайде, Г. Гірш (Німеччина), Б. Футей, Р. Пілон, Дж. Стентон, М. Девідсон (США), М. Тропер (Франція), С. Палмер (Велика Британія), В. Тарнопольський (Канада).

В Празі 3-5 березня 1992 р. відбувся міжнародний семінар, в якому взяли участь закордонні фахівці Г. Шварц, С. Холмс, К. Санстін, О. Бланкенагель, А. Шайо, М. Тропер. З української сторони проект представляли члени Конституційної комісії та її робочої групи В. Василенко, А. Мацюк, В. Носов, Л. Юзьков.

3-5 липня 1992 р. в Києві було проведено симпозіум «Конституція незалежної України», організований Асоціацією українських правників у співпраці з Українською Правничою Фундацією, в якому взяло участь чимало названих експертів.

Проект хоча й був схвалений, однак окремі його положення досить гостро критикувались, у тому числі й ті, які стосувались аспектів правової державності.

Зауваження до проекту, який обговорювався, можна звести до кількох груп.

Практично кожен з експертів звертав увагу на декларативність окремих положень проекту Конституції (її «урочистість» без належних правових механізмів — М. Тропер, «ліберальну» завзятість — Р. Пілон, необґрунтовані обіцянки — Д. Ламперт, Гарвардський науково-дослідний інститут, які особливо небезпечні в сфері основних прав громадян — Р. Стантон, Американський університет, Вашингтон). Наявний у проекті широкий спектр соціально-економічних прав громадян був, по суті, намірами держави, оскільки його реалізація не супроводжувалась реальними правовими гарантіями,

¹ В цьому проекті вперше було вміщене положення про те, що громадяни України, якщо інші засоби не можуть бути використані, мають право чинити опір будь-кому, хто намагатиметься протиправно ліквідувати демократичний конституційний лад України. Згодом це положення неодноразово виключалось. В остаточному тексті Конституції 1996 р. воно відсутнє.

залежала від рівня економічного розвитку країни, а не від побажань законодавця. Вже найближчий досвід реалізації Конституції підтвердив серйозність цих пересторог. Для багатьох експертів було очевидним, що проект не розглядає адекватно обмеження ролі держави та контролю над людьми (Б. Футей, Касаційний суд США). Р. Стантон, звертаючи увагу на основні завдання Конституції (обмежувати владу, давати людям можливість її контролювати, визначати структуру влади, розподіл компетенції між органами влади), вважав, що особлива роль у виконанні цих завдань належить правам особи та ефективним механізмам їх реалізації. Важливого аспекту правової держави торкнувся Д. Ламперт. Він вважав, що проект Конституції створює недостатню кількість механізмів контролю держави з боку народу, у тому числі з огляду на недостатні гарантії прав особи (наявні гарантії, на його думку, перекреслюються рештою тексту Конституції, яка передає справжні повноваження урядовим особам і тим, хто розпоряджається багатством країни), недостатній вплив місцевої влади на посадових осіб міліції, прокуратури, суду на місцях. «... Ця конституція видається такою, — зазначав Д. Ламперт, — що гарантуватиме те, що власники економічної влади в суспільстві — великі економічні інституції — скоро будуть чинити найбільший тиск на уряд, купуючи законодавців чи маніпулюючи політичним процесом. Ніщо в конституції не застерігає або ж намагається запобігти цій проблемі». Пересторогою такого становища Д. Ламперт вважав посилення форм прямої демократії, створення процедур вирівнювання політичної участі кожного громадянина і впевненості в тому, що багатство та сила не зможуть підірвати ці процеси. Варто зазначити, що, незважаючи на справедливість багатьох суджень, пропозиції Д. Ламперта виглядали в душі народної демократії Стародавнього Риму (він вважав за необхідне створення спеціальних наглядачів за урядом і в кожній державній установі із числа громадян, запровадження громадської відповідальності суддів за неправосудні рішення, виключне право народу на внесення поправок до Конституції тощо). Чимало положень проекту в такому дусі, як-то: обрання суддів населенням, розширення переліку питань, які можна вирішувати шляхом референдуму, серйозно критикувались в Рекомендаціях міжнародного семінару за участю делегації Європейської комісії «Демократія через право» Ради Європи. (Забігаючи вперед, зазначимо, що можливості впливу

населення на процес прийняття державних рішень в подальших проектах Конституції неухильно знижувалися. В прийнятій Конституції положення про право законодавчої ініціативи народу, в тому числі право народу на внесення змін і доповнень до Конституції, як і право народу на затвердження Конституції, схвалення змін і доповнень до неї шляхом всеукраїнського референдуму, які були в включені до перших проектів нової Конституції, відсутні.)

Учасники семінару в Празі (3-5 березня 1992 р.) зазначали, що частина економічних, соціальних та культурних прав не може бути захищена в судовому порядку, від чого вони втрачають свій юридичний сенс, а це створює загрозу знецінення Конституції. Зверталась увага на моменти надмірного втручання держави у сферу економіки, науки, культури, діяльність громадських об'єднань громадян, засобів масової інформації тощо. Слід було б, на думку учасників семінару, більш чітко провести розмежування між місцевими органами державної влади і органами місцевого самоврядування. Крім того, не досить чітко визначались повноваження парламенту і не принципово визначалось місце прокуратури в системі органів державної влади¹.

Чимало зауважень було висловлено й з боку українських наукових закладів, правоохоронних установ та окремих правознавців (Інституту держави і права АН України, Української юридичної академії (м. Харків), юридичних факультетів Львівського, Одеського, Київського університетів та ін.). Було, зокрема, піддане критиці положення про те, що Україна визнавалась у проекті правовою державою, хоча фактично йшлося лише про проголошення цього принципу. Тому висувались пропозиції обмежитись фіксацією в преамбулі Конституції прагнення України будувати правову державу, а не визнання її такою. З огляду на чималу кількість проблем у цій сфері констатація того, що Україна є правовою державою, виглядала бажаним, а не реальним правовим ідеалом, тим більш не реальною нормою. Є. Болтарович зазначав, що «це може призвести до компрометації самої ідеї української державності»².

¹ Див.: Виклад обговорення проекту нової Конституції України (в редакції від 29 січня 1992 р.), яке відбулося на міжнародному семінарі 3-5 березня 1992 р. в м. Празі в Центральному Європейському університеті (цей виклад, здійснений народним депутатом України В. Носовим, зберігається в бібліотеці Верховної Ради України. — А. 3.).

² Болтарович Є. Проект Конституції України і проблеми побудови демократичної правової держави //Розбудова держави. 1992. № 5. С. 55.

Аналізований проект нової Конституції після певного доопрацювання за результатами численних експертиз і розгляду його 23 березня 1992 р. Конституційною комісією 5 червня 1992 р. був схвалений Конституційною комісією та винесений на розгляд Верховної Ради України. Одночасно на засіданні Конституційної комісії було прийняте рішення «Про позицію Комісії Верховної Ради України щодо розбіжностей між проектом нової Конституції України і Концепцією нової Конституції України», яке визначало причини цих розбіжностей. В ньому було зазначено, що проект не враховує тезу Концепції щодо соціалістичного вибору як наміру побудувати засноване на праці суспільство соціальної справедливості внаслідок визнання в проекті Української держави як соціальної держави, що підпорядковується громадянському суспільству. Відсутність визначення позиції України щодо Союзу Суверенних Держав пояснювалась тим, що відбувся розпад СРСР, Україна стала незалежною державою і відповідно відпала необхідність в регулюванні зазначеного питання. Перегляд положення Концепції щодо визначення Верховної Ради України і місцевих рад народних депутатів був викликаний розходженням цього положення з принципом розподілу влад, який також утверджений Концепцією. За цим принципом жодна влада, взята окремо, не може уособлювати всю повноту влади. Послідовне проведення цього принципу і важливість розробки реального механізму народовладдя на всіх рівнях, зазначалось в згаданому рішенні, викликали необхідність розмежування системи органів державної влади і місцевого самоврядування. Концепція розглядала органи місцевого самоврядування і як органи місцевої державної влади, і як органи місцевого і регіонального самоврядування, в той час як проект Конституції відходив від такого розуміння місцевих рад, відділяючи місцеве самоврядування від місцевих державних адміністрацій. Відсутність посади віцепрезидента була пояснена прийнятим 5 липня 1991 р. Законом «Про Президента Української РСР»¹, яким не передбачалось запровадження названої посади. Конституційна комісія, таким чином, визнала, що розбіжності між проектом нової Конституції і Концепцією є виправданими, оскільки вони зумовлені новими історичними і політичними обставинами, які склалися на відповідному етапі дер-

¹ Див.: Відомості Верхов. Ради України. 1991. № 33. Ст. 446.

жавотворення в Україні, і будуть зняті при розгляді Верховною Радою України.

Після внесення проекту до Верховної Ради України і надзвичайно активного дводенного обговорення (30 червня та 1 липня 1992 р.) Верховна Рада не змогла визначитись щодо змісту проекту Конституції і окремі положення проекту на голосування не ставились. Було лише прийняте рішення про винесення проекту Конституції на всенародне обговорення з терміном його проведення до 1 листопада 1992 р.¹ Обговорення проекту нової Конституції у Верховній Раді засвідчило про відсутність жодної можливості досягнення компромісу з ключових питань державотворення, політичного та суспільного ладу.

Всенародне обговорення проекту нової Конституції проходило з 15 липня по 1 грудня 1992 р. В ньому взяло участь близько 188 900 громадян України, а також 20 обласних, 114 міських, районних, селищних і сільських рад, 118 об'єднань громадян і 2934 трудових колективи. Загалом до Верховної Ради надійшло 47320 пропозицій і зауважень до усіх положень проекту². Високу оцінку йому дали деякі політичні партії, правові заклади. Водночас було висловлено чимало пропозицій і зауважень щодо форми державного устрою і правління, державної мови і громадянства, соціально-економічного ладу, символіки, структури і назви парламенту, співвідношення влад і розподілу компетенції між державними органами, виборчої системи і організації влади.

За результатами всенародного обговорення до проекту нової Конституції робочою групою були внесені істотні зміни, схвалені Конституційною комісією (цей проект існував в офіційній редакції від 27 травня 1993 р., в якій і був переданий на розгляд Верховної Ради).

Передусім були істотно зміцнені засади правової державності. Уточнювався принцип зв'язаності держави правами й свободами громадян (в ст. 1 проголошувалось, що конституційний лад України ґрунтується на визнанні людини, її життя і здоров'я найвищою соціальною цінністю), принцип розподілу влад доповнювався тезою про забезпечення єдності державної влади шляхом взаємодії влад (ст. 3).

¹ Докладніше про це див.: Юзьков Л. Проект нової Конституції України (в редакції від 1 липня 1992 року), винесений на всенародне обговорення // Конституція незалежної України... Кн. 1. С. 13-22.

² Див.: Восьма сесія Верховної Ради України дванадцятого скликання. Бюлетень №7 // Видання Верховної Ради України. К., 1993. С. 63-64.

Значно зміцнювалися засади громадянської держави як умови побудови правової держави (вміщені положення щодо рівноправності усіх форм власності і видів господарювання, соціальної спрямованості економіки, принципів вільного функціонування інститутів громадянського суспільства, правового регулювання і захисту відносин підприємництва, сімейних відносин, освіти, науки, культури, навколишнього середовища — розділ III). Виходячи з ідеї про первинність інтересів людини над інтересами держави істотно зміцнені правовий статус особи в усіх її соціальних вимірах, судовий захист прав людини, захист громадянами свого життя і життя інших осіб від протиправних посягань (усіма законними засобами, включаючи й зброю), конкретизовані умови притягнення до юридичної відповідальності, відшкодування заподіяної шкоди. Уточнені положення щодо можливостей обмеження прав і свобод громадян. Встановлено, що такі обмеження ні в якому разі не можуть вводитись за політичними мотивами (ст. 59). Посилені гарантії соціально-економічних прав, у тому числі права на працю, освіту, житло, охорону здоров'я та ін., можливості самореалізації людиною своєї особистості.

Введено новий розділ (IV), присвячений прямому народовладдю, де регламентовано порядок проведення референдумів, виборів, здійснення народної законодавчої ініціативи.

Значних змін зазнали розділи, які стосувались державної влади. При збереженні змішаної форми правління більш послідовно визначено статус Президента (вилучено положення про те, що він очолює виконавчу владу, оскільки він за проектом не очолював Кабінет Міністрів і не входив до його складу), а також парламенту (при збереженні двопалатної структури майже на половину зменшувалась чисельність палат — з 480 до 278). Посилені аспекти незалежності судової влади, підвищена роль органів місцевого самоврядування, гарантовані їх повноваження в управлінні територіями, у відносинах власності, в господарській, соціально-культурній та інших сферах місцевого самоврядування.

Проект зазнав й інших змін. Було відновлене положення про державну мову в Україні, враховуючи велику кількість зауважень щодо відсутності цього положення в проекті. Водночас передбачена можливість функціонування як офіційної в місцях компактного проживання однієї або декількох національних меншин, в дер-

жавних органах, організаціях та установах мови, прийнятної для більшості жителів даного населеного пункту (ст. 7).

Докорінно доопрацьовані питання територіального устрою і територіальної організації влади (розділ IX), враховуючи, що вони були найбільш дискусійними під час всенародного обговорення проекту, гостро критикувались за недемократичність, значну централізацію влади. На рівні областей (земель) і Республіки Крим запроваджувалась адміністративна автономія (вони визнавались державно-територіальними одиницями) на засадах розмежування нормотворчих, установчих, контрольних та виконавчих функцій, які мали здійснюватись відповідно радами і виконавчими комітетами областей (земель). Такий підхід до територіальної організації державної влади і самоврядування зумовив необхідність обмеження повноважень представників Президента на місцях лише контрольними-наглядовими повноваженнями і повноваженнями по координації органів на місцях, підпорядкованих центральним органам державної виконавчої влади¹.

Аналіз проекту після всенародного обговорення не може бути повним без висвітлення результатів його міжнародної експертизи, яка була здійснена у кількох формах.

24-25 травня 1993 р. відбувся робочий семінар на тему «Розподіл законодавчої і виконавчої влади», в роботі якого взяли участь зарубіжні експерти Б. Краснянський, С. Рю, Ч. Дебаш, Е. Пунсет та ін., з українського боку — члени Конституційної комісії, працівники правоохоронних закладів, наукових установ. Були всебічно обговорені проблеми розподілу влад, бікамеризму, статусу уряду і Президента, делегування повноважень. Учасники семінару констатували необхідність зміцнення демократичних засад здійснення влади, посилення підконтрольності її населенню, відмітили остаточну невизначеність форми правління та структури парламенту.

Учасники міжнародного семінару за участю делегації Європейської комісії «Демократія через право» Ради Європи (С. Бартоле, М. Ніємівуо, Х. Рагнемальма, Т. Швейсфура, Р. Лампоні), який проходив у Києві 31 травня — 1 червня 1993 р., відзначили у своїх Рекомендаціях, що проект нової Конституції після доопрацюван-

¹ Про інші зміни у проекті докладніше див.: *Юзьков Л.* Проект нової Конституції України (в редакції від 27 травня 1993 року) після всенародного обговорення// Конституція незалежної України... Кн. 1. С. 23-30.

ня за результатами всенародного обговорення в цілому відповідає засадам демократичної, правової держави. Закріплення принципів верховенства права, пріоритету прав людини, визнання економічної та ідеологічної багатоманітності, гарантування рівноправності усіх форм власності, запровадження принципу розподілу влад, створення умов для незалежності судової влади, введення конституційного контролю за діяльністю законодавчої та виконавчої влади свідчать про серйозність намірів України стати повноправним учасником Ради Європи та світового співтовариства. У той же час зверталась увага на необхідність конкретизації загального положення проекту про відповідальність держави перед суспільством, впровадження відповідних правових механізмів такої відповідальності. Не було підтримане вилучення з проекту посади Уповноваженого парламенту з прав людини (омбудсмена). Пропонувалось відмовитись від виборів суддів безпосередньо населенням, оскільки це може вплинути на їх незалежність, а також від імперативного мандата депутата. Чимало цих положень було в подальшому реалізовано.

20-22 червня 1993 р. в Києві відбувся міжнародний симпозіум на тему «Проект нової Конституції України», в Рекомендаціях якого відзначалось, що проект містить чимало соціально-економічних прав, які не можуть бути гарантовані державою, і пропонувалось обмежитись положеннями про соціальний захист найбільш вразливих верств населення. Пропонувалось також обмежити можливості розпуску парламенту (за проектом Президент міг призначити всеукраїнський референдум про недовір'я парламенту, однак у разі, якщо народ не проголосує за таке недовір'я, Верховна Рада могла прийняти рішення про відставку Президента). Були висловлені рекомендації щодо поліпшення діяльності парламенту (починаючи від відмови від імперативного мандата депутата, захисту прав меншості у парламенті і закінчуючи переліком повноважень парламенту).

Зверталась увага на не досить послідовне проведення принципу децентралізації влади, розмежування повноважень між органами влади в центрі і на місцях, на те, що формування державних адміністрацій на рівні районів може порушити гарантії місцевого самоврядування. Не заперечуючи проти двопалатної структури парламенту, учасники симпозіуму вважали, що в умовах сучасної України доцільнішим був би однопалатний парламент. Зверталась увага й на недоцільність запровадження норми про можливість оголошення референдуму про дострокове припинення повноважень Президента, а також на оптиміза-

цію відносин Президента і уряду, уряду і парламенту (необхідність головування Президента на засіданнях уряду, необхідність запровадження контрасигнації актів Президента з боку Прем'єр-міністра, зняття положення про можливість висловлення з боку парламенту недовір'я до окремих міністрів ті інших членів Кабінету Міністрів, звільнення міністра у разі визнання парламентом його діяльності незадовільною). Ідеї, висловлені на зазначеному симпозиумі, дали поштовх до подальшого вдосконалення проекту.

Верховна Рада України двадцятого скликання розглядала зазначений проект нової Конституції 24 вересня, 5-8 жовтня 1993 р. Після обговорення проекту на сесії Верховної Ради було прийнято постанову Верховної Ради України з дорученням доопрацювати проект нової Конституції за результатами всенародного обговорення та обговорення у Верховній Раді України і опублікувати в пресі у жовтні 1993 р.¹, що й було зроблено за рішенням Конституційної комісії 26 жовтня 1993 р.²

В цілому проект, у порівнянні з проектом від 27 травня 1993 р., зазнав незначних змін, проте у ньому більш послідовно проводились ідеї правової державності, особливо в частині захисту прав особи.

Відновлена норма про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Була вилучена така підстава для обмеження прав особи, як суспільна мораль.

В частині соціально-економічних прав за рішенням Конституційної комісії були розширені обов'язки держави по їх гарантуванню. Це стосується, зокрема, права на освіту, права на житло, права на охорону здоров'я³.

Верховна Рада за структурою ставала однопалатною і складалася із 450 народних депутатів, які мали обиратись терміном на 4 роки⁴.

Був оптимізований набір важелів стримувань і противаг між окремими гілками влади.

¹ Див.: Закони, постанови та інші акти, прийняті Верховною Радою України на восьмій сесії. Вересень-грудень 1993 року. Частина 1. С. 14.

² Див.: Голос України. 1993. 26 жовт.

³ Про зміни у цьому проекті докладніше див.: *Юзьков Л.* Проект Конституції України (в редакції від 26 жовтня 1993 року) після обговорення на сесії Верховної Ради України у вересні-жовтні 1993 року // Конституція незалежної України... Кн. 1. С. 31-35.

⁴ Таке рішення було прийняте під впливом відомого Закону України від 7 жовтня 1993 р. «Про назву, структуру і кількісний склад нового парламенту України», яким запроваджувався саме такий вигляд парламенту (див.: Відомості Верхов. Ради України. 1993. № 42. Ст. 395).

Змінювався порядок призначення Прем'єр-міністра (Президент за уточненим проектом повинен був подавати на затвердження Верховній Раді його кандидатуру, а вже за поданням затвердженого Прем'єр-міністра формувати склад Кабінету Міністрів і подавати на затвердження Верховної Ради). Кабінет Міністрів ставав менш підпорядкованим Президенту і більш відповідальним перед Верховною Радою. Встановлювалось, що Кабінет Міністрів керується лише програмою Президента України (ст. 143), на відміну від попередньої редакції, де зазначалось, що уряд підпорядковується Президенту і керується його рішеннями. До відповідальності Кабінету Міністрів перед Верховною Радою за попереднім проектом додавалась і його підзвітність за останнім проектом (ст. 143).

Водночас були залишені положення щодо можливості припинення повноважень Верховної Ради України за рішенням всеукраїнського референдуму, який мав право призначати Президент України, і відповідне право Верховної Ради приймати рішення про відставку Президента (ст. 135), а також право парламенту оголошувати референдум про дострокове припинення повноважень Президента України за вимогою не менш 2 мільйонів виборців або за ініціативою самої Верховної Ради (п. 7 ст. 107).

Верховна Рада дванадцятого скликання не змогла прийняти нову Конституцію України внаслідок низки причин, головними з яких були розбіжності у поглядах на ключові питання державного устрою та криза влади, яка наростала протягом 1992-1993 рр. і вилілася в дострокові вибори парламенту і Президента України (відповідно в березні і червні 1994 р.). Вже з жовтня 1993 р. і до парламентських виборів в самому парламенті був втрачений інтерес до нової Конституції з огляду на складність її проходження. Натомість набула сили ідея прийняття малої Конституції, тобто конституційного акта, який б регулював, за аналогією з Польщею, лише основи організації державної влади. Ця ідея привела до прийняття Конституційного Договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України, який було укладено 8 червня 1995 р¹. Серцевину його складає Закон України від 18 травня

¹ Див.: Відомості Верхов. Ради України. 1995. № 18. Ст. 133.

1995 р. «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні». Ідея прийняття такого Закону зародилася ще в 1994 р. і була підтримана тодішнім Президентом України Л. Кравчуком.

Відповідний проект Закону «Про організацію влади в Україні», який визначав статус і повноваження органів законодавчої, виконавчої та судової влади, правові механізми взаємодії Президента, Кабінету Міністрів і Верховної Ради України, а також територіальний устрій і територіальну організацію влади в Україні, був предметом обговорення на засіданні Конституційної комісії і нараді представників рад народних депутатів 12 січня 1994 р., але не знайшов підтримки.

Надійшла до редколегії 27.08.98

Л. Кривенко, чл.-кор. АПрН України

Верховна Рада України — однопалатний парламент

Світовий конституціоналізм передає ХХІ віку комплекс проблем, які вже протягом не одного століття привертають увагу видатних представників теоретичної думки, але, незважаючи на це, і в умовах сьогодення багато в чому залишаються невирішеними, гостродискусійними. Серед них — склад і структура парламенту, питання про переваги і недоліки однопалатності та бікамералізму, котрі дослідники сучасної державності відносять до найбільш спірних в науці конституційного права, причому незмінність відзначеного характеру проблеми прогнозується і на перспективу¹.

Необхідність продовження наукової розробки аналогічних проблем вітчизняного парламентаризму диктується спільними рисами низки питань і актуалізується тим, що, недивлячись на вирішення зазначених питань Основним Законом України 1996 р., вони не перетворились в історичні, а, як і раніше, викликають значний інтерес, особливо в конституційному аспекті, зорієнтованому на перегляд відповідних норм чинної Конституції.

¹ Див.: Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 519-524.

Процес підготовки і прийняття Конституції 1996 р. супроводжувався постійними, нерідко напруженими спорами відносно конституційної моделі законодавчого органу. Особливу увагу привертала проблема: якою бути Верховній Раді — однопалатною чи двопалатною?

Наведена обставина зовсім не випадкова, а цілком закономірна. Вона продовжує характерні риси досліджуваної проблеми, котрі були рельєфно виражені ще в працях теоретиків державознавства кінця XIX — початку XX ст.ст.

Для сучасної української юридичної науки питання — однопалатний чи двопалатний парламент — здебільшого нове. Його теоретична розробка становить сьогодні одне із важливих завдань вітчизняного корпусу конституціоналістів. Дане положення актуалізується тим, що, незважаючи на конституювання Верховної Ради Основним Законом України 1996 р. однопалатним парламентом, ідея двопалатності не зникла.

Історичний аспект проблеми в тому, що друга палата, яка називається верхньою, конструювалась для представництва аристократії. Цей аргумент висувався як обґрунтування доцільності двопалатності прибічниками даної ідеї. «Монархія і демократія, — писав А. Менгер, — в протилежність завжди обережній аристократії, в однаковій мірі схильні до зайвої поспішності і навіть необачності: перша — тому, що вона дуже часто керується особистими впливами і цілями, друга — тому, що маси лише з трудом можуть розмірковувати і завжди дуже легко впадають в крайнощі. Тому доцільно наділити законодавчою роботою дві палати: виборну, яка стане вираженням демократичних течій, і аристократичну палату, котра складатиметься не із неробів, а із дійсно кращих членів держави»¹.

Другим поширеним обґрунтуванням на користь створення бікамеральних загальнонаціональних представницьких органів називалась необхідність стримання радикалізму нижньої палати².

Залежно від цілей створення верхніх палат науковці висували пропозиції щодо їх складу. Так, Дж. Мілль писав: «Якщо одна палата представляє народне почуття, то друга має представляти особисту заслугу.. Якщо одна із них — народна палата, то друга повин-

¹ Менгер А. Новое учение о государстве. СПб., 1905. С. 215-216.

² Детальніше про це див.: Рождественский А. Одна или две палаты? М., 1917. С. 21-32.

на бути палатою державних людей, радою, що складається із громадських діячів, котрі займали будь-яку важливу політичну посаду або виконували якісь важливі політичні функції»¹.

На окрему увагу заслуговує концепція А. Есмена. Її сутність акумулює положення: «Розподіл законодавчого корпусу на дві палати має за мету насамперед ослабити активну силу законодавчої влади, яка надзвичайно велика... Деспотія законодавчих зборів, як показав досвід, в такій же мірі страшна і згубна, як деспотія монархів або диктаторів. Найкращим засобом уникнути цієї небезпеки слугує очевидно, розподіл законодавчого корпусу на дві палати. Завдяки цьому законодавча влада губить разом з єдністю надмірність своїх сил і знову стає тим, чим вона повинна бути, тобто рівною решті влад»².

Екстраполюючи зроблений висновок на нинішні реальності України, цілком достатньо обмежитись констатацією його безпідставності, оскільки він стосується стримання всевладної, сильної законодавчої влади, деспотичної відносно виконавчої і судової гілок влади, яка, за словами А. Есмена, шляхом прийняття законів може керувати на свій розсуд діяльністю інших влад з усіх питань, що безпосередньо не встановлені писаною конституцією³.

Становище Верховної Ради України в системі розподілу влад має мало спільного з наведеним. Скоріше, воно протилежне моделі, стосовно якої століття потому бікамералізм вважався доцільним.

В минулому більшість країн світу мала двопалатні парламенти. Зараз вони зберігаються в Англії, Італії, США, Франції, Швейцарії та в інших країнах.

В сучасних державах функціонують бікамеральні загальнонаціональні представницькі органи двох видів — двопалатні парламенти унітарних і федеративних країн. В останніх двопалатність пояснюється бажанням забезпечити в одній палаті представництво інтересів суб'єктів федерації (Австрія, Індія, Німеччина та ін.). Що стосується унітарних країн, то декотрі вважають, що тут друга палата виступає як інтегральна частина парламенту.

Проте низка вчених сходиться на тому, що в унітарних державах двопалатність не має під собою належного підґрунтя. Навпаки,

¹ Миль Дж. Представительное правление. СПб., 1897. С. 134.

² Эсмен А. Основные начала государственного права. М., 1989. С. 65.

³ Див.: Там саме. С. 66.

бікамеральність має негативні наслідки: вона призводить до обмеження прав нижньої палати, розпорошує, ускладнює, зволікає законодавчий процес.

Переконливу аргументацію нісенітниці і навіть реакційності бікамералізму дав С. Кріппс: «Якщо ми хочемо досягти ефективної демократії, то абсолютно неможливо мати дві палати, що ділять суверенітет держави. Друга палата є або представницькою — в тому разі вона не що інше, як дублікат першої палати, або вона не представляє народ в цілому — в такому разі вона не повинна мати місця в дійсно демократичному парламенті»¹.

Процес підготовки і прийняття Конституції України 1996 р. позначився наявністю різних думок відносно структури Верховної Ради.

Слід позитивно оцінити ту обставину, що на завершальній стадії конституційного процесу, коли проект Основного Закону доопрацьовувався в парламенті, а також під час його розгляду на сесії Верховної Ради і прийняття Конституції було відкинуто бікамералізм, сконструйований президентським варіантом проекту Конституції. Гостра боротьба з приводу структури українського парламенту завершилась побудовою за новою Конституцією України однопалатної Верховної Ради. З позицій становлення і розвитку парламентаризму в умовах України однопалатний орган народного представництва є більш бажаним. В сучасних українських реаліях двопалатна структура цього інституту могла б виступати потужним знаряддям руйнування парламенту як цілісного законодавчого органу.

Опонуючи прихильникам бікамералізму, важливо проаналізувати світовий досвід конституційної правотворчості. Він свідчить, що еволюція структури парламентів виявила тенденцію до відмови від верхніх палат². У Новій Зеландії в 1950 р. ліквідовано Законодавчу Раду парламенту, Конституція Данії 1953 р. інституювала однопалатний Фолькетинг, в 1971 р. скасовано верхню палату шведського парламенту, Конституція Португалії 1976 р. передбачила однопалатні Збори Республіки, аналогічне явище характерне для грецьких конституцій 1952 та 1975 рр.

¹ Цит. за: *Мишин А. А.* Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 1996. С. 188.

² Див.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран / Отв. ред. Б. А. Страшун. М., 1993. Т. 1. С. 44-45.

А що ж посткомуністичного світу? Як правило, тут побудовані однопалатні загальнодержавні органи народного представництва. Але в деяких випадках створені або відроджені двопалатні (Росія, Польща, Румунія, Чехія, Казахстан, Біларусь, Киргистан). В цьому контексті, на наш погляд, можна простежити зв'язок між тенденцією посилення влади президентури і реформуванням однопалатного парламенту в двопалатний. Він рельєфно відображений в республіках Казахстан і Біларусь.

Основний Закон Казахстану 1993 р. конституював однопалатну Верховну Раду. Стрімке нарощування елементів трансформування інституту президента у надвладу кардинально змінило організацію державної структури, що і було оформлено Конституцією 1995 р. Вона відкинула однопалатну Верховну Раду та інституювала інший орган — парламент, що складається з двох палат: Сенату і Мажілісу. Переглянута структура Конституції, яка чітко віддзеркалює тенденцію посилення виконавчої влади за рахунок ослаблення представницького органу народу. Якщо Конституція 1993 р. «відкривала» розділ III «Держава, її органи і інститути» главою 12 «Верховна Рада», за якою йшла глава 13 «Президент», то Конституція 1995 р. відмовилась від наведеної послідовності. Даний акт конституює систему розподілу влад, починаючи з розділу III «Президент». Парламент пересунутий на місце за Президентом. Йому відведений розділ IV.

Згодом тотожні процеси відбулись в Республіці Біларусь. Конституція 1994 р. закріплювала однопалатну Верховну Раду, яка визначалась найвищим представницьким постійно діючим і єдиним законодавчим органом державної влади (ст. 79). Провідне місце Верховної Ради в системі державної влади Біларусі з точки зору структури Основного Закону виражалось в тому, що розділ «Законодавча, виконавча і судова влада» розпочинався главою «Верховна Рада Республіки Біларусь». Конституція 1996 р. кардинально змінила статус загальнодержавного представницького органу, його структуру, найменування. Основний Закон конституював парламент — Національні Збори, відмовившись від назви «Верховна Рада». Замість однопалатного Конституція встановила двопалатний парламент, який складається із Палати представників і Ради Республіки (ст. 90). Зниження ролі органу народного представництва в порівнянні з Конституцією 1994 р. визначає насамперед чергове місце парламенту в структурі Конституції 1996 р. Розділ «Президент, Пар-

ламент, Уряд, Суд» розпочинається главою 3 «Президент Республіки Біларусь». Парламент пересунутий на друге місце (глава 4).

Прибічники двопалатного парламенту в Україні чомусь не оперують наведеними та іншими фактичними даними, які розкривають тенденцію відмови післявоєнних конституцій багатьох країн світу від бікамералізму. Не згадується чи замовчується також інша, відносно нова тенденція світової конституційної законотворчості, яка — не на користь бікамералізму в Україні. Йдеться про абсолютно чітко окреслену лінію основних законів на закріплення відкритого підпорядкування верхніх палат парламентів політиці президентів і урядів (Франція, Німеччина).

Це дуже рельєфно відображає Конституція Франції 1958 р. Створення другої палати — Сенату не має традиційних підстав у Франції, яка є унітарною державою. Це пояснюється прагненням виконавчої влади вибудувати всередині парламенту механізм, який б протистояв Національним Зборам, слугував зняряддям боротьби в руках президента та уряду проти нижньої палати¹.

Конституційно закріплюється рівність Сенату та Національних Зборів у галузі прийняття законопроектів. Стаття 45 фіксує, що кожний законопроект послідовно розглядається в обох палатах до прийняття ідентичного тексту («законодавчий човник»). Якщо ж палати не дійдуть згоди, прем'єр-міністр може створити змішану паритетну комісію для підготовки нового тексту з спірних питань. За умови, коли комісії не вдається прийняти узгоджений текст або коли цей текст не буде прийнято згідно з передбаченою процедурою, уряд після нового читання в обох палатах може зажадати від Національних Зборів прийняти остаточне рішення. Таким чином, Сенат було створено з метою побудови всередині парламенту структури, яка б протистояла Національним Зборам. Творці П'ятої республіки сконструювали Сенат як зняряддя в руках уряду проти нижньої палати. Сенат потрібен виконавчій владі для того, щоб гальмувати прийняття не бажаних їй законопроектів. Разом з тим він виступає інструментом проведення урядом своїх інтересів у парламенті.

Якщо рішення Сенату не потрібне урядові, він вводить узгоджувальну процедуру. Коли ж Національні Збори можуть прийняти

¹ Див.: *Маклаков В. В.* Конституция Франции // Конституция буржуазных государств. М., 1982. С. 77-80.

не бажані урядові законопроекти, він не втручається у стосунки палат. Навіть за умови прийняття палатами остаточного тексту виконавча влада має важелі впливу на долю закону: право президента зажадати повторного розгляду закону парламентом (ст. 10); право президента та прем'єр-міністра звертатися до Конституційної Ради щодо конституційності прийнятого закону (ст.ст. 61, 62).

Верхня палата конституційно може бути механізмом реалізації інтересів уряду також шляхом прийняття нею законів, оминаючи нижню палату. Такий варіант гарантує Конституція ФРН 1949 р. Згідно зі ст. 81 верхня палата — Бундесрат може прийняти закон в обхід нижньої палати — Бундестагу.

Аналізована антидемократична тенденція триває в новітній історії. Про це свідчить Конституція Республіки Казахстан 1995 р. Верхня палата заснованого нею двопалатного представницького органу, замість попереднього однопалатного, змодельована таким чином, що Сенат слугує потужною перешкодою на шляхах прийняття схваленого нижньою палатою (Мажилісом) законопроекту. Це досягається передбаченими Конституцією процедурними нормами, що забезпечують явну перевагу верхньої палати над нижньою. Згідно з п. 4 ст. 61 законопроект, схвалений більшістю голосів від загальної кількості депутатів Мажилісу, передається до Сенату, де розглядається у строк, що не перевищує шістдесятьох днів. Коли його прийнято більшістю голосів від загального складу Сенату, то він стає законом і протягом десятих днів передається на підпис Президентові. У разі ж його відхилення проект повертається до нижньої палати. За умови схвалення проекту останньою, тепер уже більшістю в дві третини голосів, він знову передається до Сенату для обговорення і голосування. Повторно відхилений проект закону не може бути знову внесений у період тієї самої сесії. Закріплені конституційно важелі придушення нижньої палати дуже істотно доповнюються можливостями, які закладені у складі Сенату, що досягається способом його формування. Відповідно до ст. 50 Сенат складають депутати, які обираються по два представники від кожної області, міста республіканського підпорядкування та столиці Казахстану на спільному засіданні депутатів представницьких органів відповідно області, міста республіканського підпорядкування і столиці республіки. Сімох депутатів Сенату, крім того, призначає Президент. Спосіб створення нижньої палати кардинально відрізняєть-

ся від наведеного вище. Депутати Мажилісу (676 депутатів) обираються за одномандатними територіальними виборчими округами. Зрозуміло, що встановлений порядок формування Сенату містить в собі потенційні можливості для використання його Президентом та урядом з метою проведення у парламенті Казахстану своїх інтересів.

Антидемократична тенденція ущемлення бікамералізмом повноважень нижньої палати і надзвичайного ускладнення та зволікання процедури розгляду і прийняття законів роком пізніше після Конституції Казахстану одержала втілення також в новій Конституції Республіки Біларусь (ст. 100). Водночас названий Основний Закон вводить такий інструмент обмеження Радою Республіки Палати представників, як різний порядок легітимації палат. Палата представників у складі 110 депутатів згідно з ст. 91 Конституції обирається на засадах загального, вільного, рівного, прямого виборчого права при таємному голосуванні. Рада Республіки, яка визначається палатою територіального представництва, формується наступним чином. Від кожної області та міста Мінська таємним голосуванням обираються на засіданнях депутатів місцевих рад депутати базового рівня кожної області і міста Мінська по вісім членів Ради Республіки. Крім того, вісім членів Ради Республіки призначаються Президентом (ст. 91). Загальний склад верхньої палати — 64 члени.

Всупереч негативним тенденціям світової конституційної законотворчості, що характеризують післявоєнний та новітній бікамералізм, його впровадження прогнозувалося і в Україні. У формалізованому вигляді це втілювалося у деяких проектах нової Конституції, у тому числі й тих, що виходили з Конституційної комісії. Особливо наполегливо ідея двопалатного парламенту насаджувалася у зв'язку з проектом Основного Закону в редакції 24 лютого 1996 р. Офіційно це був проект Конституційної комісії, але назва «президентський», що утвердилася в періодичній пресі та виступах народних депутатів, відбивала той факт, що з точки зору складу Конституційної комісії перевага була на боці Президента. Ця обставина, так само, як і те, що Президент був співголовою Конституційної комісії, цілком закономірно екстраполювалася на зміст проекту Основного Закону, який вибудовував конституційно-правовий статус, з одного боку, всевладного глави держави, а з іншого — безпорадного бікамерального парламенту.

Парламент — Національні Збори, — фіксувала ст. 72 названого проекту Конституції, — складається з двох палат: Палати депутатів і

Сенату. Проект передбачав гарантії і процедури примату верхньої палати над нижньою, багато в чому аналогічні конституціям держав, аналіз яких зроблено вище. Їхня сукупність загрожувала зруйнуванням законодавчого органу як цілісного, єдиного утвору. Сенат моделювався механізмом, котрий забезпечував неможливість подолання парламентом політики Президента і Кабінету Міністрів, що в умовах і без того слабкого українського парламентаризму, наступу на нього структур виконавчої влади мало антидемократичну спрямованість.

Двопалатні Національні Збори, всередині яких — Сенат, прямо і опосередковано піддаваний впливу, а то й підпорядкований виконавчій владі, з точки зору прогнозу розвитку парламентських інститутів в Україні були б неприйнятні і навіть небезпечні. Зроблений висновок з точки зору світового досвіду аргументується наявністю негативних тенденцій і недоліків, властивих бікамеральним парламентам багатьох країн.

Крім наведених мотивів, надзвичайно важливо, — і на цьому слід загострити увагу, — те, що навіть у державах, які мають двопалатний парламент, останній не розглядається як раціональний і несхитний у випадку надзвичайних умов. За таких умов бікамеральний парламент Німеччини трансформується в однопалатний орган. Важливо наголосити, що відмова за визначених умов від однопалатного парламенту має конституційне закріплення. Основний Закон ФРН цілком чітко і недвозначно встановлює: коли ситуація вимагає негайних дій у той час, як Бундестаг і Бундесрат скликати неможливо, парламентські повноваження надаються Загальному комітету (ст.ст. 115-а(1), 115-а(2)). Загальний комітет формується завчасно у відповідності зі ст. 53-а (1) з депутатів Бундестагу та членів Бундесрату обома палатами парламенту.

Досвід Німеччини зовсім не зайвий для України через труднощі, яких зазнає республіка у перехідний період, складні і важкі умови життєдіяльності суспільства та держави.

Заперечуючи авторам, які сповідують бікамералізм в Україні, важливо і необхідно зупинитися на внутрішніх умовах та передумовах, які могли б створити сприятливий ґрунт для посилення шкідливих наслідків у разі реалізації ідеї про застосування двопалатного парламенту. В такому ключі на спеціальну увагу заслуговує аспект співвідношення першої і другої гілок влади, котрий у досліджуваному контексті переважно оминається. Зміст і спрямованість цих відносин переконливо засвідчують і підтверджують, що на нашому ґрунті двопалатний

парламент був би випробуваним знаряддям натиску виконавчої влади на представницький орган народу, перетворення його на безвільне і безпорадне формування. Така перспектива гарантувалася не тільки нормами президентського проекту Конституції. Вона була підготовлена практикою взаємин законодавчої та виконавчої гілок влади протягом кількох років, які передували прийняттю нової Конституції. А після прийняття Основного Закону і Верховна Рада, і Президент зберегли свої повноваження, вибори нових органів не проводилися. Еволюція відносин між Верховною Радою і Президентом була позначена наростанням драматизму парламентських інститутів.

Починаючи з 1992 р. Президент і Кабінет Міністрів постійно в різних формах вимагали делегувати їм частину законодавчих повноважень, імманентно притаманних Верховній Раді та закріплених за нею конституційно. При цьому виконавча влада незмінно досягла своєї мети, але позитивного ефекту це не мало. Однак її наступальність, натиск наростали. Слід наголосити, що саме ця спрямованість другої гілки була причиною появи такого антиконституційного акта, яким був Конституційний Договір, укладений між Верховною Радою і Президентом, на порушення Основного Закону і піднесений над ним¹.

У контексті заперечення бікамералізму оперування Конституційним Договором винятково значуще, і на це слід звернути серйозну увагу. Адже аналога згаданому акту в країнах світу немає. Конституційний Договір уособлює не тільки безпрецедентне вилучення у представницького органу народу (сторони договору) закріплених за ним Основним Законом загально визнаних світом прерогатив та наділення Президента (другої сторони) величезною компетенцією, що включає сфери всіх трьох влад. Договір містив руйнівний потенціал знекровлення парламентських інститутів не тільки на час його дії. Негативні наслідки цього антиконституційного акта поширюються і на перспективу. Верхня палата Національних зборів, за ідеєю розробників президентського проекту Основного Закону, мала бути знаряддям, яке перешкоджало б укоріненню парламентаризму також в умовах дії нової Конституції. Зміцнілі і сформовані стійкі важелі послаблення законодавчої влади виконавчими

¹ Див.: *Ткаченко О.* Конституційне становлення України: історія, традиції, сьогодення // *Голос України.* 1996. 28 трав.; *Кривенко Л.* Український парламентаризм. До питання конституційних гарантій // *Віче.* 1996. № 11. С. 35-36; *Мироненко С. М.* Історія Конституції України. К., 1997. С. 56.

структурами, сформована антидемократична тенденція приниження ролі Верховної Ради України в механізмі держави і зростання за її рахунок інституту президента, — ці передумови були добре підготовленим ґрунтом для того, щоб запровадження бікамералізму насамперед слугувало виконавчій владі для реалізації нею своєї політики шляхом використання Сенату, оскільки конституційні формули гарантували його підпорядкування лінії Президента і Кабінету Міністрів. Намічене рішення, таким чином, реально загрожувало становленню і розвитку українського парламентаризму, поза яким не може бути розвитку свободи особи і свободи суспільства.

Важливо зазначити, що ідея бікамералізму стосовно специфічних умов і конкретних реалій України була відкинута Міжнародним юридичним форумом «Нова Конституція України — шлях до утвердження української державності», про що доповідалось народним депутатам на сесії Верховної Ради у січні 1996 р. Негативне ставлення до проблеми, яка нас цікавить, виражалося також в інших формах («круглі столи», семінари, прес-конференції, публікації).

Враховуючи всебічні обставини, Верховна Рада України на стадії парламентського доопрацювання проекту Конституції і обговорення його на сесії відхилила ідею бікамералізму, закріпивши в новому Основному Законі український парламент однопалатним органом, конституційний склад якого — 450 народних депутатів України.

Вирішуючи дану проблему, чинний Основний Закон реалізує принцип спадкоємності конституційної регламентації.

Перша українська Конституція — Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР), яка хоч і не набрала чинності, але була прийнята Центральною Радою 29 квітня 1918 р., закріплювала однопалатний верховний орган влади УНР — Всенародні Збори, які безпосередньо здійснюють вищу законодавчу владу і обираються загальним, рівним, безпосереднім, таємним і пропорціональним голосуванням всіх, хто користується громадськими, політичними правами в Україні і в них судово не обмежений (ст.ст. 22, 27).

Однопалатна структура Верховної Ради закріплювалася Конституцією УРСР 1937 р. і конституцією 1978 р., в тому числі в процесі її зтяжної реформи.

В. Колісник, доц. НЮА України

Правове регулювання мовних відносин в Україні та проблеми його подальшого удосконалення

Існування та розвиток будь-якого національно-етнічного організму, будь-якої національно-етнічної спільноти значною мірою залежать від рівня розвитку її мови. Мовне питання — надзвичайно складне. Мова є не тільки засобом спілкування. О. Потебня вважав, що мови є «засобом перетворення першопочаткових, домовних елементів думки; тому в цьому сенсі вони можуть бути названі засобами створення думки»¹. Але разом з тим мова — це одночасно і одна з основних ознак національно-етнічної спільноти. В Україні проживає понад 100 національностей. Тому одним із визначальних чинників досягнення міжнаціональної злагоди в українському суспільстві є створення належних умов для всебічного розвитку мов усіх національних груп.

Конституція України визнає українську мову державною. Разом з тим в ній наголошується, що «в Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України» (ст. 10). Це зобов'язання, яке бере на себе Українська держава, є важливим і актуальним, особливо з огляду на всю нашу попередню історію (і перш за все історію останніх десятиліть). Так, якщо в 1937 р. в СРСР підручники видавалися дев'яносто мовами, то в 1988 р. в навчальному процесі використовувалося лише тридцять дев'ять мов. Отже, за п'ятдесят один рік в епоху так званого «небувалого розквіту та розвитку національностей» із сфери шкільної освіти було виключено п'ятдесят одну мову².

Мова є також обов'язковою складовою та атрибутом культурного розвитку, адже не існує позаетнічної, позанаціональної культури. В свою чергу загальнолюдська світова культура є наслідком культурних здобутків окремих національно-етнічних спільнот. Національні

¹ Потебня А. А. Мысль и язык. К., 1993. С. 163.

² Див.: Павлычко Д. Государственный язык и духовное творчество народа // Дружба народов. 1989. № 6. С. 221.

культури об'єднуються з іншими в загальнолюдську культуру, але не розчиняються в ній. Взаємодіючи і взаємозбагачуючись, національні культури сприяють реалізації загальнолюдських цінностей і разом з тим є самоцінними у власній унікальності. М. Бердяєв писав: «Є тільки один історичний шлях досягнення вищої вселюдськості, до єдності людства — шлях національного зростання і розвитку, національної творчості. Вселюдськість розкриває себе лише під виглядами національностей. Денаціоналізація є... чистісінька пустота, небуття... Творчий національний шлях і є шлях до вселюдства, є розкриття вселюдства в моїй національності, як воно розкривається в будь-якій національності»¹. І. Ільїн стверджував: «Є закон людської природи та культури, згідно з яким все велике може бути виголошене людиною чи народом лише по-своєму, і все геніальне народжується саме в лоні національного досвіду, духу та укладу»².

Визначальну роль відіграє мова у освітній сфері. Розвиток освіти залежить від розвитку та поширення мови, а розвиток мови, в свою чергу, залежить від рівня освіти. І навпаки. Обмеження сфери застосування мови безпосередньо призводить до зниження рівня освіти. Про це переконливо свідчить наша історія. Ось як, наприклад, оцінював входження України до складу Російської імперії В. Бєлінський: «Злившись навіки з єдинокровоною Росією, Малоросія відчинила свої двері цивілізації, освіті, мистецтву, науці. Разом з Росією її чекає тепер велике майбутнє»³. Але зовсім іншу оцінку цьому дає М. Грушевський: «Адміністрація, школа, церква, з яких вигнана народна мова, тримають народні маси в зачарованому колі безпросвітної темряви. Система заборон і репресій вилучила з культурного вжитку народну мову і позбавила народні українські маси природного, єдиного знаряддя культурного розвитку.. Результатом є страшний культурний і економічний занепад українського населення під денаціоналізуючим режимом. Сто — двісті років тому далеко переважаюче своїм культурним і суспільним розвитком великоросів українське населення тепер дедалі більше відстає від них внаслідок втрати національної школи, національної літератури, національної інтелігенції: процент неграмотних в українських губер-

¹ Бердяев Н. А. Судьба России. М., 1990. С. 99-100.

² Ильин И. А. Собрание сочинений: В 10 т. М., 1993. Т. 1. С. 200.

³ Национальный вопрос в СССР. Сборник документов. Н. -Й., 1975. С. 90.

ніях перевищує в 1, 5-3 рази процент неграмотних у губерніях великоросійських»¹. Це твердження є співзвучним з висновком В. Леніна, який спеціально досліджував дане питання. Він писав, що в Росії «переслідування цієї грамотності слов'янських націй в галузі освіти на рідній мові набуває величезних розмірів, українських та польських селян штучно охороняють від грамотності... Але якщо кріпосницько ганебною є взагалі російська неграмотність, яка охороняється та запроваджується нашим урядом, то вона ще більш жахлива на Україні. Я взяв сім чисто українських губерній, тобто губерній, де українське населення складає 2/3 всього населення... В жодній з цих губерній грамотність не досягає і тієї середньоросійської величини...» І далі В. Ленін наводить дані щодо рівня грамотності в Україні в XVII-XVIII ст.ст.: «Я маю вам сказати, що розслідування 1652 року архідиякона Павла Алепського стосовно грамотності на Україні показує, що майже всі домашні — і не лише чоловіки, а й жінки, і доньки — вміють читати. Переписи 1740 року і 1748 року говорять, що в семи полках Гетьманщини Полтавської та Чернігівської губернії на 1034 села припадало 866 шкіл з викладанням української мови. Одна школа припадала на 740 чоловік. В 1804 році було видано указ про заборону навчатися українською мовою. Перепис 1897 року показав, що найбільш неграмотний народ в Росії — українці. Вони на самому низькому рівні. Це було в 1897 році, і тоді виходило на 100 чоловік 13 грамотних»². Схожою була ситуація і в тій частині Польщі, яка входила до складу Російської імперії. Достатньо сказати, що у Варшаві в 1912 р. не було жодної польської школи³. Така ж доля спіткала і багато інших національних меншин.

В 20-30-х роках докладалося багато зусиль для розвитку української мови та мов національних меншин. 1 серпня 1923 р. ВУЦВК і РНК УСРР прийняли постанову «Про заходи забезпечення рівноправності мов і про допомогу розвитку української мови». Реалізація цієї постанови дала змогу значно розширити можливості щодо вивчення та використання національних мов. Навесні 1938 р. в Україні функціонували 21656 шкіл, викладання в яких велося на 21 мові. З українською мовою викладання була 18101 школа (83,6%),

¹ Грушевський М. С. Історія України. К., 1992. С. 232-233.

² Ленін В. І. Статті и доклады об Украине. К., 1936. С. 206-207.

³ Див.: Голос України. 1995. 28 груд.

російською — 1550 (7,1%), німецькою — 512 (2,3%), єврейською — 312 (1,4%), молдавською — 163 (0,7%), болгарською — 54 (0,2%) тощо. Було навіть по одній школі з викладанням відповідно шведською, казахською та киргизською мовами. Існувало також 838 змішаних шкіл, в яких викладання велося кількома мовами («українсько-єврейсько-німецька», «німецько-польсько-російська» та ін.)¹. Але в подальшому ця робота поступово була згорнута з різних причин, які потребують окремого дослідження.

За Конституцією України 1996 р. держава бере на себе зобов'язання сприяти «розвиткові етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України» (ст. 11), а також «гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України» (ст. 10). Отже, положення української Конституції, які стосуються основоположних засад правового статусу національних меншин, виходять з демократичної концепції національно-культурного (або етнічного) плюралізму. Причому Україна не просто визнає право на існування національних меншин і не перешкоджає їх вільному розвитку, а й бере на себе відповідні зобов'язання сприяти реалізації їх національно-культурної автономії, окремо наголосивши на гарантіях вільного розвитку мов національних меншин. В Законі про мови, який до цього часу називається «Про мови в УРСР», держава, з одного боку, бере на себе зобов'язання забезпечити «всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя», а з іншого — створити «необхідні умови для розвитку і використання мов інших національностей в республіці». Громадянам, які належать до національних меншин, відповідно до ст. 53 Конституції України «гарантується право на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови у державних і комунальних навчальних закладах або через національні культурні товариства». Використання в наведеній юридичній конструкції сполучників «чи» та «або» дозволяє досить широко тлумачити можливості, закладені в цій нормі. Фактично це означає, що в одних випадках може здійснюватися навчання мовою національної мен-

¹ Див.: Довідка наркомату освіти України про національні школи в Україні // Національні відносини в Україні у ХХ ст.: Збірник документів і матеріалів. К., 1994. С. 232.

шини, а в інших мова національної меншини може вивчатися як окрема дисципліна. Причому і навчання, і вивчення може здійснюватися в будь-яких державних або комунальних закладах (адже ні Конституція України, ні поточне законодавство не містить у зв'язку з цим обмежувального переліку таких закладів). Проте якщо такі заклади відсутні, то ні держава, ні органи місцевого самоврядування взагалі не зобов'язані їх створювати. У разі відсутності навчальних закладів, в яких навчання ведеться мовою національної меншини, це право може бути реалізоване у вигляді вивчення національної мови як окремої навчальної дисципліни в навчальному закладі, де викладання інших навчальних дисциплін здійснюється державною або російською мовою (виходячи із реальної мовної ситуації, що склалася внаслідок численних суб'єктивних та об'єктивних причин). До того ж законодавство не встановлює форму вивчення мови національної меншини: чи це має бути основний курс, чи це може бути факультативний курс, чи вона може вивчатися через відповідний гурток, створений в навчальному закладі. Якщо ж можливість вивчення мови національної меншини відсутня (немає відповідного фахівця-мовознавця) або ж створення класу чи гуртка є недоцільним (занадто мала кількість представників національної меншини), тоді можливість вивчення мови національної меншини може бути реалізована через національне культурне товариство. Зрозуміло, що значна кількість варіантів реалізації права навчатися або вивчати національну мову обумовлена невизначеністю поточного законодавства. Тому зовнішньо приваблива і демократична норма на практиці в конкретному випадку може не привести до бажаного результату. Справа в тому, що від права взагалі і від правових засобів зокрема не можна вимагати того, що вони в принципі забезпечити не можуть. Право встановлює лише правові можливості. Визнання права навчатися мовою національної меншини чи вивчати цю мову в такій правовій конструкції означає лише те, що держава зобов'язується не перешкоджати навчанню чи вивченню будь-яких мов і не дозволяє створювати такі перешкоди іншим суб'єктам правових відносин. Тому в законодавстві слід було б відмовитися від слова «гарантується», яке може спричинити безпідставні та необгрунтовані надмірні сподівання і навіть претензії. При конструюванні диспозиції цієї норми доцільно було б використати негативний спосіб закріплення права. Разом з тим у поточ-

ному законодавстві слід чітко визначити умови та порядок створення навчальних закладів і окремих класів та порядок введення факультативів з вивчення національних мов чи створення відповідних гуртків. При цьому може бути використаний досвід Фінляндії. Наприклад, згідно із законом Фінляндської Республіки № 176 1985 р. «Про загальноосвітні школи» місцеві органи самоврядування зобов'язані створювати початкові школи для мовних меншин, якщо є не менше 13 учнів — представників цієї меншини. Школи більш високого рівня можуть створюватися, якщо кількість учнів — представників меншини перевищує 90 чоловік, а в певних випадках — 40 чоловік в кожній паралелі¹.

Відповідно до ст. 3 Закону про мови в роботі державних, партійних, громадських органів, підприємств, установ і організацій, розташованих у місцях проживання більшості громадян інших національностей (міста, райони, сільські селищні ради, сільські населенні пункти, їх сукупність), можуть використовуватись поряд з українською й їхні національні мови. У разі, коли громадяни іншої національності, які становлять більшість населення зазначених адміністративно-територіальних одиниць, населених пунктів, не володіють в 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, в роботі названих органів і організацій може використовуватись українська мова або мова, прийнятна для всього населення. Офіційне тлумачення зазначених положень Закону про мови дається в ст. 3 Декларації прав національностей України. В ній зазначається: «В регіонах, де проживає компактно кілька національних груп, нарівні з державною українською мовою може функціонувати мова, прийнятна для всього населення даної місцевості». Але що означає функціонувати «поряд» або «нарівні» з державною мовою, не зовсім зрозуміло. Це положення може тлумачитися, з одного боку, як можливість дублювання офіційної документації, офіційних виступів, оголошень тощо, а з іншого — як можливість використовувати мову національної меншини замість державної. Очевидно, що недосконалість юридичної техніки на практиці неодмінно призведе до не-

¹ Див.: Права человека и межнациональные отношения. М., 1994. С. 119.

порозумінь. Тому в новому Законі про мови слід чітко встановити поняття державної мови, а також визначити порядок одночасного функціонування двох, а можливо, й трьох мов, виходячи з принципу толерантності, взаємоповаги та взаєморозуміння. До того ж поточне законодавство не дає відповіді на запитання, що таке «мова, прийнятна для всього населення даної місцевості» та яким чином і хто може визначити ту чи іншу мову такою. Лише в п. 50 ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» встановлено, що виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішується «відповідно до закону питання про мову (мови), якою користуються у своїй роботі рада, її виконавчий орган та яка використовується в офіційних оголошеннях». Проте згідно з п. 4 ст. 92 Конституції України порядок застосування мов визначається виключно законами України. Але ні в Законі «Про національні меншини в Україні», ні в Законі «Про мови в УРСР», ні в будь-якому іншому законі цей порядок достатньо чітко і остаточно не встановлено. В Законі «Про мови в УРСР» окреслено лише загальні підходи до визначення порядку використання мов. В ч. 2 ст. 3 цього Закону, зокрема, вказується, що мови національних меншин можуть використовуватися поряд з українською в роботі лише тих органів, які розташовані «у місцях проживання більшості громадян інших національностей». Таким чином, на пленарне засідання відповідної ради це питання може бути винесене лише в тому разі, якщо в населеному пункті за офіційними даними проживає менше 50% громадян України, які відносять себе до української національності. Звернемося до офіційних статистичних даних. Для прикладу візьмемо дані про національний склад населення Харківської області. На момент останнього офіційного перепису населення в Харківській області проживало всього 3174675 чол., з яких українців — 1992976 (62,7%), росіян — 1054207 (33,2%), євреїв — 48219 (1,5%), білорусів — 22898 (0,7%)¹. Але у зв'язку з цим виникає інше питання: що включає до себе «порядок застосування мов»? Якщо вважати, що він включає і порядок використання мов органами місцевого самоврядування та їх виконавчими органами, і порядок використання мов в офіційних оголошеннях, тоді слід визнати, що п. 50 ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» пря-

¹ Див.: Национальный состав населения СССР. М., 1991. С. 86.

мо суперечить Конституції України. Адже конституційна норма і норма, яка міститься в поточному законодавстві, не можуть співвідноситися як загальна та спеціальна норми, бо вони мають різну юридичну силу. Конституція України має найвищу юридичну силу, а закони повинні прийматися на основі Конституції України і відповідати їй. До того ж положення ст. 92 Конституції України підсилені терміном «виключно». До речі, виникла своєрідна правова колізія, коли формально конкуруючими стають дві норми, на «виключному» характері яких спеціально наголосив законодавець: в одній вказується «виключно законом», а в іншій дається перелік питань, які вирішуються «виключно на пленарних засіданнях» відповідних місцевих рад. Але якщо навіть в Конституції це слово у згаданій юридичній конструкції було б відсутнім, то і тоді ця норма мала б тлумачитися як така, що остаточно визначає сферу та межі законодавчого регулювання в Україні. А це означає, що окреслені в ній питання не можуть бути врегульованими ні актами Президента України, ні актами органів державної виконавчої влади, ні органами місцевого самоврядування. У підготовленому Інститутом законодавства Верховної Ради України коментарі до Конституції України з цього приводу зазначається: «У новій Конституції відсутнє положення, яке містилося в попередній Конституції, про те, що «в роботі державних, партійних, громадських органів, підприємств, установ і організацій, розташованих у місцях проживання більшості громадян інших національностей, можуть використовуватися поряд з державною мовою й інші національні мови». Зазначене положення під час обговорення проектів нової Конституції неодноразово піддавалося критиці як таке, що фактично веде до створення «локальних державних (офіційних) мов», обмеження прав української мови і може призвести до загрози політичній стабільності в Україні. В результаті конституційне закріплення такого принципу було визнано у ході тривалих дискусій і компромісів недоцільним»¹.

Напрочуд непослідовно закріплено в ст. 6 Закону «Про мови в УРСР» обов'язок службових осіб володіти мовами роботи органів і організацій. Згідно з ч. 1 цієї статті службові особи повинні володіти українською і російською мовами, а в разі необхідності — й іншою національною мовою в обсязі, необхідному для виконан-

¹ Коментар до Конституції України. К., 1996. С. 45.

ня службових обов'язків. Але вже в ч. 2 цієї статті вказується, що «незнання громадянином української або російської мови не є підставою для відмови йому у прийнятті на роботу. Після прийняття на роботу службова особа повинна оволодіти мовою роботи органу чи організації в обсязі, необхідному для виконання службових обов'язків». Однак законодавство не встановило термін вивчення мови після прийняття службової особи на роботу. Тому в ч. 2 ст. 6 Закону «Про мови в УРСР» фактично зводиться на нівець вимога, викладена в ч. 1 цієї статті. До того ж в законодавстві не встановлено «обсяг знання мови, необхідний для виконання службових обов'язків» і хто його має визначати, а також випадки, коли виникає необхідність «оволодіння іншою національною мовою». В Законі «Про державну службу», зокрема, в його ст. 10, присвяченій основним обов'язкам державних службовців, про обов'язок службової особи володіти мовою роботи органу взагалі не згадується.

За Конституцією України володіння державною мовою є обов'язковим для Президента України (ст. 103), професійних суддів (ст. 127) та суддів Конституційного Суду України (ст. 148). Але поточне законодавство не встановило критеріїв визначення достатнього рівня володіння державною мовою, а також яким чином і хто має визначати цей рівень. Тому теоретично можлива така ситуація, коли новообраний Президент, вважаючи, що він володіє державною мовою, демонструватиме обмеженість словарного запасу та убогість мовних оборотів, принижуючи тим самим авторитет і престиж державної мови.

Перша спроба окреслити загальні підходи до процедури встановлення рівня знання державної мови була здійснена у зв'язку з тим, що у Законі «Про громадянство України» однією з обов'язкових умов прийняття до громадянства України було визнано володіння українською мовою. В п. 5 Положення про порядок розгляду питань, пов'язаних з громадянством України, від 31 березня 1992 р. зазначалося: «Рівень знання заявником української мови визначається працівниками органу внутрішніх справ разом з представником учбового закладу чи органу освіти, уповноваженого виконавчим комітетом місцевої Ради народних депутатів»¹. Але з прийняттям Указу Президента України від 6 липня 1997 р. «Про

¹ Див.: Відомості Верхов. Ради України. 1992. № 26. Ст. 359.

заходи щодо поліпшення організації розгляду питань громадянства» це Положення втратило чинність.

Серед мов національних меншин в Конституції України виокремлено російську мову, якій «в Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист» (ст. 10). Це обумовлено тим, що російською мовою користується значна частина населення України, в тому числі представники неросійської національності. Досить сказати, що під час останнього перепису населення російську мову визнали рідною 4578390 етнічних українців¹. В ч. 3 ст. 3 Декларації прав національностей також зазначається, що «Українська держава забезпечує право своїм громадянам вільного користування російською мовою». В Законі «Про мови в УРСР», який складається з 40 статей, російська мова згадується 27 разів. Разом з тим непослідовна мовна політика держави і суперечливе мовне законодавство при майже повній відсутності спроб його удосконалення, роз'яснення та пропагування викликають у багатьох громадян України занепокоєння і разом з тим дозволяють окремим політичним силам періодично спекулювати мовним питанням, особливо в період передвиборної кампанії.

Своєрідність мовної ситуації в Україні полягає ще і в тому, що в окремих місцевостях і навіть регіонах українська мова, незважаючи на її офіційне визнання державною мовою вже понад дев'ять років, залишається до цього часу в занедбаному стані і тому потребує захисту так само, як і мови національних меншин. Наприкінці 20-х — на початку 30-х років українська мова широко використовувалася у державному і громадському житті. В 1937/38 навчальному році в Україні навчалося в загальноосвітніх школах 5143 тис. учнів, з яких 4054 тис. навчалося українською мовою, 590 тис. — російською, 50 тис. — німецькою, 45 тис. — єврейською, 28 тис. — молдавською, 11 тис. — болгарською². Але з початку 30-х років політика «коренізації» та «українізації» почала скорочуватися. Під виглядом боротьби з буржуазним націоналізмом «практика насадження національних шкіл» була визнана шкідливою. Національні райони і сільради було ліквідовано, національні школи реорганізовано. Сфера використання української мови також починає катастрофі-

¹ Див.: Национальный состав населения СССР. С. 78.

² Див.: Національні відносини в Україні у ХХ ст. С. 235.

чно скорочуватися. Дійшло навіть до того, що в деяких районах Харківської області в результаті боротьби з «українським націоналізмом» у 1938 р. нікому було читати українську мову і літературу¹. Незважаючи на те, що в Україні в 1989 р. українську мову визнали рідною понад 33 млн. осіб² (що складало 64% всього населення УРСР), вона була майже повністю штучно вилучена з політики, економіки, науки, судочинства, діяльності правоохоронних органів, військової, дипломатичної та інших важливих сфер державного і громадського життя.

Отже, сьогодні як ніколи існує нагальна потреба у прийнятті нового Закону про мови, здатного забезпечити вільний розвиток і захист мов усіх корінних народів і національних меншин України, пом'якшити історичні образи, виправити нагромаджені деформації та перекоси, узгодити протилежні інтереси та подолати мовчазне мовне протистояння. В новому Законі про мови слід чітко встановити поняття державної мови, визначити порядок одночасного функціонування двох, а можливо, й трьох мов, виходячи з принципу толерантності, взаємоповаги та взаєморозуміння. Необхідно більш чітко визначити обов'язки посадових осіб, а також усунути суперечності як між різними частинами Закону про мови, так і між різними нормативними актами.

Надійшла до редколегії 16. 11. 98

¹ Див.: Слобідський край. 1995. 26 жовт.

² Див.: Национальный состав населения СССР. С. 78.

РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

І. Коліушко, Голова підкомітету
з адміністративної реформи
Комітету з питань правової
реформи Верховної Ради України,
О. Петришин, доц. НЮА України

Основні напрямки реформування законодавства про державну службу

Чинний Закон України «Про державну службу» (далі — Закон) був прийнятий 16 грудня 1993 р.¹ — вперше на терені країн колишнього СРСР — в числі законів незалежної України, що безпосередньо стосувались процесу розбудови державності, визначення основних засад організації та функціонування державних органів.

Основні положення Закону розроблялись під впливом особливостей соціально-політичної ситуації, яка склалася на той час, і тому його нагальним завданням було саме створення інституту державної служби Української незалежної держави, оскільки Україна одержала в спадщину партійно-номенклатурну, неправову організацію державно-службових відносин. З іншого боку, на становленні інституту державної служби в Україні не могли не відбитися відсутність вітчизняних традицій законодавчого регулювання державно-службових відносин та нерозвинутість концептуальних засад державної служби с точки зору сучасних уявлень про стандарти організації державно-службової діяльності, що було неможливим в умовах тоталітарної політичної системи та ідеології.

Перш за все слід підкреслити, що прийняття окремого закону про державну службу, реалізація його основних положень та вимог дали можливість констатувати сам факт утворення в Україні інсти-

¹ Див.: Відомості Верхов. Ради України. 1993. №52. Ст. 490.

туту державної служби, який вважається одним з основних публічно-правових інститутів сучасного суспільства і ефективно функціонування якого є невід'ємною приналежністю правової, демократичної організації держави.

Зокрема, Законом були регламентовані правила прийняття на службу, проходження державної служби та здійснення службової кар'єри, створена система підготовки та підвищення кваліфікації державних службовців. Вперше на рівні окремого законодавчого акта були закріплені особливості статусу державних службовців через визначення їх основних прав і обов'язків, обмежень та компенсацій, обумовлених інтересами ефективного здійснення державно-службової діяльності, особливості їх дисциплінарної відповідальності, заходи соціального та правового захисту.

Законом було передбачено створення системи управління державною службою, яка включає до себе спеціальний орган управління державною службою — Управління державної служби при Кабінеті Міністрів України, основним завданням якого є проведення єдиної державної політики, функціональне управління державною службою, та міжвідомчий дорадчий орган — Координаційну раду з питань державної служби з метою об'єднання зусиль державних органів щодо підвищення ефективності державної служби, запровадження таких нових для нашої країни форм організації державно-службової діяльності, як присяга та декларування доходів державних службовців.

Закон став юридичним фундаментом для вирішення питань підвищення професіоналізму державно-службової діяльності, компетентності та відповідальності державних службовців, спрямування її на забезпечення функціонування державних органів, інтересів держави та суспільства, формування складного та розгалуженого законодавчого інституту державної служби, розробки та прийняття на його основі цілої низки підзаконних нормативно-правових актів¹.

Наведене дає підстави вважати, що Закон значною мірою виконав своє завдання по створенню і законодавчому забезпеченню основних напрямків організації та функціонування інституту державної служби в Україні. Однак в більш широкому соціальному контексті впро-

¹ Див: Державна служба України: Збірник законодавчих та нормативних документів, роз'яснень Голодержслужби, міністерств та відомств України. К., 1996.

вадження в життя Закону не змогло дати тих результатів, на які можна було б розраховувати. Державна служба в умовах сьогодення ще не стала підконтрольною суспільству демократичною та ефективною організацією державно-службової діяльності, спрямованою на вирішення нагальних проблем, що стоять перед суспільством і державою.

На це є багато причин, серед яких істотне значення мають економічна криза, котра не дає змогу належним чином вирішувати питання соціального захисту державних службовців, політична нестабільність, яка перешкоджає чіткому визначенню завдань, що ставляться перед державною службою, тривала відсутність належної організації державно-службової діяльності та негативний образ чиновника в суспільній свідомості, які заважають формуванню оцінки дійсної ролі і місця державної служби та професійних державних службовців в забезпеченні життєдіяльності держави і суспільства. Чимале значення серед цих причин мають також недоліки самого Закону, які визначились поряд з певними надбаннями в процесі його впровадження і негативно позначаються на функціонуванні всієї системи органів державної влади.

Інститут державної служби підлягає реформуванню в контексті більш загальних завдань адміністративної та державно-правової реформи в Україні. Однак слід підкреслити, що і в розвинутих країнах (США, Велика Британія, Франція, Німеччина) реформа державної служби завжди виступала складовою частиною реформування суспільства, вирішення складних економічних та соціальних проблем. Метою такого реформування є становлення високоефективного і авторитетного інституту державної служби на основі визначення і правового регламентування специфічних особливостей державно-службової діяльності шляхом розмежування сфер державної служби та служби в органах місцевого самоврядування (муніципальної служби), виокремлення власне державної служби як здійснення державними службовцями повноважень на постійних професійних засадах щодо забезпечення стабільного функціонування державних органів на відміну від політичної діяльності, яка залежить від політичних чинників і спрямована на визначення політичних пріоритетів державної діяльності.

Потрібно також врахувати нагальну необхідність оновлення законодавства про державну службу відповідно до вимог Конституції України 1996 р. В Конституції близько десяти статей безпосе-

редньо присвячені питанням організації державної служби, які повинні стати підставою для приведення у відповідність з духом та буквою Конституції як власне Закону, так і прийнятих на його основі підзаконних нормативно-правових актів щодо окремих проблем організації державно-службових відносин. У цьому плані має бути підготовлена спеціальна Програма, яка б містила конкретний перелік питань, що підлягають перегляду на основі Конституції, та терміни виконання таких завдань.

На наш погляд, початковим етапом реформування законодавства про державну службу могло б стати прийняття Верховною Радою України нової редакції Закону «Про державну службу». В подальшому має бути проведена значна робота по створенню розгалуженої системи законодавства як по визначенню загальних положень, які б поширювалися на систему державної служби в широкому розумінні щодо забезпечення функціонування усіх державних органів, установ та підприємств і були б закріплені в окремому Законі «Про засади державної служби в Україні», так і по розробці низки спеціальних законодавчих актів щодо окремих напрямків державно-службової діяльності¹, серед яких в першу чергу має бути прийнятий Закон «Про адміністративну службу», який б регулював питання організації та проходження служби в апараті державних органів і перш за все — органів державної виконавчої влади.

Невирішеною до кінця проблемою Закону є проблема визначеності сфери його дії. Спроби охопити одним законом дві різні за обсягом сфери правового регулювання: 1) суспільні відносини, які охоплюють діяльність держави щодо створення правових, організаційних, економічних та соціальних умов реалізації громадянами України права на державну службу, та 2) загальні засади діяльності, а також статус державних службовців, які працюють в державних органах та їх апараті, призвели до невизначеності змісту ключових понять Закону — поняття державної служби та поняття державного службовця. Проте слід мати на увазі, що визначення даних понять в науковому відношенні є непростим завданням, оскільки вони мають відображати динамічні закономірності державно-пра-

¹ Див.: *Битяк Ю.* Конституційно-правові засади становлення та розвитку державної служби в Україні // *Вісник Академії правових наук України.* 1998. № 2 (13). С. 81.

вової реальності, охоплювати різноманітні види державно-службових відносин, коло осіб, які працюють в різних державних організаціях. Тому питання про визначення змісту основних понять державної служби є самостійною науковою проблемою і актуальним не тільки для вітчизняної юридичної науки¹.

На наш погляд, проблема визначення основних понять в новій редакції Закону може бути вирішена шляхом розмежування змісту трьох взаємопов'язаних понять: 1) державної служби як професійної діяльності осіб, які займають посади в усіх державних органах, установах та організаціях і праця яких оплачується за рахунок державного бюджету; 2) служби в державних органах та їх апараті, яка є різновидом державної служби в широкому розумінні щодо практичного функціонування державних органів; 3) служби в апараті державних органів, яка відповідає поняттю служби в її адміністративно-правовому розумінні, або адміністративної служби², і основним змістом якої є забезпечення функціонування державних органів.

Положення нової редакції Закону повинні виходити із конституційного права громадян України на рівний доступ до державної служби, але сфера його регулювання має бути конкретизована до державно-службових відносин, пов'язаних з функціонуванням державних органів і перш за все їх апарату. Водночас потрібно врахувати деякі уточнення. По-перше, питання проходження інших різновидів державної служби в широкому розумінні, а саме: щодо функціонування державних навчальних медичних закладів, інших державних організацій, установ та підприємств, мають регулюватися окремими законами. По-друге, слід передбачити як виняток можливість поширення дії нової редакції Закону на службовців інших державних органів так званої спеціальної державної служби — прокуратури, суду, митних, податкових органів, якщо статус їх працівників не врегульований відповідними законами. Наявність такої можливості уніфікує основні параметри статусу державних службовців і, таким чином, унеможливить дискримінацію працівників одних державних органів по відношенню до інших. Разом з тим вона повинна стимулювати розробку окремих законів щодо

¹ Див.: *Петришин А. В.* Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки. Сравнительно-правовой и логико-теоретический анализ. Х., 1998.

² Див.: *Авер'янов В. Б.* Органи виконавчої влади в Україні. К., 1997.

відповідних напрямків державно-службової діяльності. По-третє, в самому Законі має бути передбачений різний юридичний режим для окремих груп державних службовців: для службовців апарату органів виконавчої влади він мусить бути найбільш імперативним, служба в апараті законодавчого органу повинна будуватись з урахуванням його специфіки.

Потрібно вирішити також низку інших концептуальних питань. Сформульоване в ст. 2 Закону поняття посадової особи підлягає уточненню шляхом виключення з кола посадових тих осіб, які виконують консультативно-дорадчі функції, оскільки вони не мають повноважень приймати рішення і не несуть за них юридичної відповідальності, що вважається невід'ємною ознакою статусу посадової особи. Поняття посадової особи відноситься до числа міжгалузевих і повинно бути узгодженим з трактовкою посадових осіб в інших галузях права і перш за все в кримінальному праві. Тому до числа посадових осіб слід відносити службовців не тільки на підставі важливості виконуваних ними функцій, а й з врахуванням особливостей їх правового статусу.

Необхідно доповнити перелік основних принципів державної служби, основних обов'язків та прав державних службовців, обмежень, пов'язаних з прийняттям на службу та з її проходженням, з метою забезпечення їх вимогам Конституції України. Так, до числа основних принципів державної служби слід додати перш за все верховенство Конституції України та законів України, що повинно конкретизувати загальні вимоги законності щодо здійснення державно-службової діяльності. Державна служба в цьому плані може бути охарактеризована як виконання службовцями своєї компетенції, встановленої законодавством, тобто як служіння закону. Не викликає сумніву доцільність включення до переліку основних принципів державної служби положення про рівний доступ громадян України до служби в державних органах та їх апараті, що ґрунтується на нормах Конституції України. Відкритість як основний принцип державної служби має сприяти демократизації здійснення державно-владних повноважень, підконтрольності державно-службової діяльності, підвищенню відповідальності державних службовців у стосунках з громадянами.

Актуальним є акцент на неупередженість державно-службової діяльності як на один із основних її принципів. Належне функціо-

нування державних органів з точки зору сучасних критеріїв організації державної служби має здійснюватися в інтересах держави, а не окремих політичних партій чи релігійних конфесій, і не повинно залежати від політичних вподобань та релігійних переконань службовців. Тому Закон, на наш погляд, має заборонити службовцям державних органів та їх апарату, які займають посади середньої ланки державної служби, займатися активною політичною діяльністю, виявляти публічно свої політичні погляди. Разом з тим перебування на державній службі не виключає, а, навпаки, передбачає політичну лояльність державних службовців щодо основних засад конституційного устрою і правопорядку в країні.

Однаковість вимог до службовців державних органів та їх апарату як один із основних принципів демократичної організації державно-службових відносин є органічним продовженням рівного права на доступ до державної служби, закріпленого в Конституції України, юридично забезпечує право службовців на просування по службі. До рівня основних принципів державної служби потрібно підняти стабільність кадрів та захист прав і законних інтересів службовців, що виступають основними соціально-правовими гарантіями зайнятості на державній службі та професіоналізму службовців державних органів та їх апарату. В цьому плані державна служба на відміну від зайнятості в приватному секторі повинна приваблювати перш за все своєю стабільністю та соціально-правовими гарантіями.

На наш погляд, слід доповнити перелік основних обов'язків Закону наступними: 1) додержуватися правил внутрішнього трудового розпорядку, посадових інструкцій, правил роботи з службовою інформацією; 2) своєчасно розглядати звернення громадян, їх об'єднань, підприємств, установ та організацій органів місцевого самоврядування, приймати по них обгрунтовані рішення.

Перелік основних прав службовців державних органів та їх апарату має бути доповненим правом знайомитися з документами щодо своїх прав та обов'язків, оцінки якості своєї роботи, умов проходження служби, що повинно підсилити юридичні гарантії правового становища службовця та визначити юридичні підстави для просування по службі та службової кар'єри. З метою забезпечення можливостей здійснення службової кар'єри основним правом службовця пропонується вважати також право на підвищення кваліфікації.

Слід привести у відповідність до конституційних вимог законодавче регулювання інституту незаконного наказу на державній службі. Це питання тривалий час було дискусійним і вирішувалось по-різному. Чинна редакція Закону (ч. 2 ст. 10) передбачає традиційну, досить ускладнену процедуру вирішення такої ситуації, в той час як Конституція України (ст. 60) прямо забороняє віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу та передбачає за це юридичну відповідальність.

Потребує модернізації ієрархія категорій посад державної служби, викладена в ст. 23 чинної редакції Закону, оскільки вона побудована в основному на традиційних принципах, є архаїчною і громіздкою, що аж ніяк не сприяє демократизації та ефективності організації державної служби та службової кар'єри. Слід також врахувати необхідність наближення структури службової кар'єри до рекомендацій країн Європейського Союзу, де загальноприйнятим є стандарт із чотирьох категорій, приналежність до яких залежить від рівня освіти службовців. Чотирьохланковий стандарт організації служби в державних органах та їх апараті повинен бути побудований на підставі об'єктивних критеріїв, зорієнтованих на роль посади в державному органі та рівень відповідальності виконуваних державним службовцем функцій. Тому категорія А має включати до себе керівників великих колективів державних службовців, Б — керівників структурних підрозділів великих колективів державних службовців, В — фахівців, які займають посади в державних органах, Г — обслуговуючих працівників. Запропонований підхід до організації службової кар'єри значною мірою б відповідав ступеням проходження служби в інших галузях державної служби України та військовій ієрархії. Чотирьохланкова ієрархія проходження державної служби допоможе більш обґрунтовано і справедливо співвідносити її рівні. Наприклад, за чинною семикатегорійною ієрархією посади та ранги консультантів апарату центральних органів державної влади прирівнюються з посадами та рангами керівників районних державних адміністрацій, що видається сумнівним з огляду на рівень їх відповідальності.

Доцільним є доповнення категорійності посад державної служби, яка зорієнтована на рівень, функції, спеціалізацію та інші їх характеристики, категорійністю службовців, яка б враховувала кваліфікаційні вимоги, обов'язкові для осіб, які займають відповідні посади, — до

рівня освіти, стану і досвіду роботи, здібностей та навичок. Це дозволить включити в Закон окрему статтю щодо кваліфікаційних вимог за посадами, які повинні ставитися до претендентів на зайняття посад в державних органах та їх апараті. Оскільки Закон на сьогоднішній день передбачає можливість присвоєння службовцям 15 рангів (ст. 26), то при переході до нової чотирьохланкової організації службової кар'єри мають бути враховані можливі негативні наслідки порушення системи проходження служби і тому пропонується максимально подібна за таких умов тринадцятирангова класифікація.

В новій редакції Закону мають бути закріплені тільки принцип та критерії віднесення посад в державних органах та їх апараті до відповідних категорій. Саме ж включення конкретних посад до категорій, передбачених Законом, повинно здійснюватися Кабінетом Міністрів України, що обумовлено потребою враховувати динамічність організації служби, можливості реорганізації державних органів та посад, їх перейменування. Спроба врегулювати це питання на рівні законодавчого регулювання привела до того, що чинна редакція ст. 25 Закону, яка включає конкретний перелік та найменування посад державних органів та їх апарату відповідно до кожної їх категорії, не встигає за реорганізацією державних органів і тому вже давно не відповідає реальній ситуації.

Важливою новелою проекту нової редакції Закону має стати введення системи відкритих конкурсних екзаменів для середньої ланки державної служби — категорій В, С. Спроба впровадити конкурсну систему для прийняття на службу та просування по службі на основі нинішньої редакції Закону не дала бажаних результатів, оскільки само формулювання ч. 1 ст. 25 Закону через «як правило» не є вдалим. Крім того, згідно з чинною редакцією Закону вся організація проведення конкурсного відбору та роботи конкурсної комісії відноситься до компетенції Кабінету Міністрів України, тоді як головні параметри конкурсної процедури, котрі стали б основою для створення окремого законодавчого інституту конкурсного відбору на державну службу, повинні бути закладеними, на наш погляд, саме в Законі з метою забезпечення відкритості та неупередженості його проведення, законодавчого визначення ролі та місця Головерддержслужби в його організації.

Впровадження відкритих конкурсних екзаменів для середньої ланки державної служби, що відповідає практиці набору на служ-

бу в розвинутих країнах, дозволить забезпечити конституційне право громадян України на рівний доступ до державної служби (ч. 2 ст. 38 Конституції України) через участь у зовнішніх конкурсах на зайняття посад в державних органах та їх апараті і у внутрішніх конкурсах державних службовців для просування по службі. Саме конкурсний набір на державну службу шляхом складання державних кваліфікаційних екзаменів здатний забезпечити державні органи та їх апарат компетентними кадрами, підняти рівень їх професіоналізму та відповідальності. Для службовців найвищої категорії, особливість статусу яких полягає в тому, що вони виконують функції своєрідних «посередників» між визначенням політичних пріоритетів державної діяльності та власне кадровою професійною державною службою, доцільно було б проводити попередній конкурсний відбір, який б передбачав можливість призначення на такі посади тільки тих осіб, які успішно пройшли конкурсну процедуру.

Необхідно значно посилити юридичний захист службовців державних органів та їх апарату. Для цього їм потрібно надати право на оскарження рішень з основних питань, пов'язаних зі службою, до Головдержслужби як до центрального органу управління службою в державних органах та їх апараті або до суду. До підстав такого оскарження слід віднести спори щодо прийняття на службу, результатів конкурсних екзаменів, проведення атестацій, просування по службі, дисциплінарної відповідальності, звільнення зі служби, інших питань реалізації прав службовців державних органів та їх апарату.

Разом з тим слід розширити перелік дисциплінарних стягнень за порушення законодавства про державну службу за рахунок таких заходів, як зауваження та догана, що дало б змогу добитися більшої гнучкості та ефективності дисциплінарної практики. Особливе місце з точки зору загальної соціальної спрямованості та реалізації демократичних принципів державної служби повинно зайняти встановлення в Законі юридичної відповідальності службовців державних органів та їх апарату за діяльність або бездіяльність, що призвела до порушення прав і законних інтересів громадян.

Ефективна організація служби в державних органах та їх апараті неможлива, на наш погляд, без істотного підвищення ролі та розширення повноважень Головдержслужби. Для цього з метою створення дієвого та відповідального органу управління службою в державних органах та їх апараті до повноважень Головдержслуж-

би слід включити: 1) керівництво інформаційними потоками з питань організації та проходження державної служби; 2) організацію разом з іншими державними органами конкурсних комісій та ате-стацій; 3) методичне керівництво кадровим резервом служби та деякі інші. Передбачається також наділити Головдержслужбу правом розгляду скарг службовців. В цілому ми вважаємо, що Головдерж-служба, яка виконує функції, безпосередньо спрямовані на забезпе-чення ефективності діяльності державних органів — основних носіїв державницьких засад в суспільстві, повинна стати центральним ор-ганом державної виконавчої влади з спеціальним статусом.

Новою редакцією Закону має бути створена цілісна система управління державною службою шляхом визначення посадової осо-би, яка була б спеціально уповноважена на вирішення питань служ-би в конкретному державному органі і його апараті та безпосеред-ньо відповідала б за забезпечення умов проходження служби, до-держання законодавства про службу. Про таку необхідність свідчить як потреба чіткого відмежування політичного керівництва держав-ною службою від власне самої державної служби, побудованої на засадах професіоналізму та кар'єри, так і зарубіжний досвід органі-зації служби в державних органах. Спеціально уповноважена на ке-рівництво державною службою посадова особа в різних країнах на-зивається по-різному — статс-секретар, секретар міністерства, кері-вник державної служби, керівник апарату державного органу тощо. Разом з тим в державних органах місцевого рівня та органах місце-вого самоврядування, де виокремлення такої функції та посади не-доцільно, відповідні повноваження може виконувати керівник дано-го органу. Уповноважена на безпосереднє керівництво службою в державних органах та їх апараті посадова особа в питаннях забезпе-чення умов функціонування служби та додержання законодавства про державну службу має бути підзвітною перед Головдержслужбою.

Істотною прогалиною чинного Закону є відсутність законодав-чого регулювання такого органічного елементу організації проход-ження державної служби, як атестація, що було пов'язано з не-однозначною оцінкою ролі атестації з боку різних категорій служ-бовців державних органів та їх апарату під час проведення в недалекому минулому так званих «атестаційних кампаній». Тому потрібно було разом з закріпленням правил проведення атестацій передбачити умови для того, щоб унеможливити порушення прав

службовців під час їх проведення. Однак внаслідок відсутності законодавчого регулювання питання проведення атестацій стали вирішуватися виключно на рівні підзаконної нормотворчості.

Тому в Закон пропонується включити окремі статті, спеціально присвячені основним вимогам щодо умов та порядку проведення атестацій. Метою проведення атестацій повинно стати визначення рівня професійної підготовки та відповідності службовців займаним посадам, а також вирішення питання про присвоєння службовцю державних органів та їх апарату чергового рангу. Атестація має розглядатись як необхідний елемент механізму проходження служби та просування по службі, який спирається на використання об'єктивних демократичних критеріїв оцінки ефективності та якості виконання службовцями своїх обов'язків.

Атестації повинні проводитись в формі складання кваліфікаційних екзаменів по спеціалізації державно-службової діяльності, основам правознавства та діловодству як в плановому порядку щодо всіх службовців, які виконують свої обов'язки на постійних професійних посадах, та як такі, що проводяться по відношенню до окремих службовців за їх особистими заявами для присвоєння їм чергового рангу. Водночас в законодавчому порядку мають бути закріплені основні параметри проведення атестацій: періодичність планових атестацій; відкритість та неупередженість; участь в роботі атестаційних комісій представників колективів службовців; право службовця на ознайомлення з матеріалами атестації; обов'язковість рішень атестаційних комісій; право на оскарження рішень атестаційних комісій до Голодержслужби або до суду. Результати атестацій повинні обов'язково враховуватись при зарахуванні службовця до кадрового резерву чи висуванні його кандидатури для зайняття більш високої посади.

ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПОДАТКОВОЇ СИСТЕМИ

М. Кучерявенко, доц. НЮА України

Поняття складного інституту податкового права

Однією з основних закономірностей права є обумовленість правової форми суспільних відносин змістом відносин, що регулюються. Правова форма, опосередковуючи певний вид суспільних відносин, становить собою комплекс норм, інститутів, підгалузей, які складають набір правових інструментів, за допомогою яких реалізується мета регулювання суспільних відносин.

Правова форма певного виду суспільних відносин будується виходячи із змісту, завдань відносин, які вона реалізує. Саме тому правова форма при реалізації цієї мети може включати до себе різні інститути, підгалузі, які часом виходять за рамки однієї галузі права. В цьому разі можливий навіть аналіз правових норм та інститутів у їх сполученні з іншими галузями науки, які конкретизують розглядуваний об'єкт. Як такі стикові галузі знань можуть виступати філософія, історія, економіка та ін.¹

Правова форма суспільних відносин, охоплюючи сукупність правових норм та інститутів, підпорядкована змісту відносин, що регулюються, їх структурі та завданням державного регулювання. Надаючи правової форми певним групам відносин, держава виходить із їх змісту, мети та завдань на конкретному етапі розвитку.

Правова форма регулювання відносин з приводу акумулювання податків і зборів перш за все припускає визначення місця цих відносин, їх ієрархії в комплексі фінансово-правових відносин. До

¹ Докладніше про співвідношення правової форми і змісту відносин, що регулюються, див.: *Халфина Р. О.* Право как средство социального управления. М., 1988. С. 174-200.

цього часу немає однозначного підходу до визначення місця податкових відносин. Можна зустріти діаметрально протилежні точки зору. Це і виділення сукупності податкових норм як окремого інституту фінансового права, і розгляд податкового права як самостійної галузі права, котра існує автономно від фінансового. Має право на існування і думка, згідно з якою податкове право перебуває на стику з адміністративним правом або навіть входить до нього як самостійний інститут. Власне, ця позиція існує вже тривалий час. Наприклад, в дореволюційній Росії норми, що регулювали податкові правовідносини, входили до системи поліцейського права, яке мало чітко виражений адміністративний характер.

Тому уявляється важливим чітко визначити місце податкового права або як елемента фінансового права, або як самостійного елемента системи права. Ми не вважаємо за доцільне докладно зупинятися на юридичній природі галузі, підгалузі, інституту. Розглянемо її лише стосовно до характеристики податкового права.

Чи можна виділити податкове право в окрему галузь права? На перший погляд, так. Аргументами на користь цього можуть бути і специфіка відносин, що регулюються, і особливості методу правового регулювання, і зміст податкових правовідносин. Але таке уявлення створюється лише першопочатково. Зупинимося на цьому докладніше.

Якщо виходити із визначення галузі права, то це перш за все відносно замкнена частина права, яка включає до себе сукупність норм, що регулюють суспільні відносини в певній сфері діяльності людей і характеризуються принциповою своєрідністю¹. Саме замкнена частина системи права (виділено мною. — *М. К.*), і такою виступає фінансове право, тоді як податкове право не можна визначити як замкнену частину системи права, як специфічну — так, але не більше.

Відносини, що складаються між людьми і підлягають правовому регулюванню, припускають двоїсту природу участі особи в цьому процесі: з одного боку, участь її як приватної особи, з іншого — як частини єдиного суспільного цілого (держави, громади тощо)². З цих позицій фінансово-правові відносини (і податкові — як їх час-

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975. С. 162; *Общая теория советского права / Под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самошенко.* М., 1966. С. 317; *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Свердловск, 1975. Т. 1. С. 136.

² Див.: *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: В 2 т. М., 1995. Т. 2. С. 130-131.

тина) носять виключно публічний характер. Ця спільність лежить в основі тих особливостей податкового права, які не дають змогу виділити його як елемент, відмежований від фінансового права.

Це підтверджує і механізм ініціативи захисту права від його порушення. При цьому основна увага приділяється не змісту охоронюваних інтересів, їх сутності, а порядку їх охорони. При регулюванні фінансово-правових відносин в цілому і податкових зокрема захист порушується за ініціативою самої держави, нерідко навіть всупереч волі постраждалої особи¹. У цьому плані також складно провести принципову відмінність між фінансовим і податковим правом.

Для галузі фінансового права характерний повний набір інститутів, який забезпечує всі сторони і елементи юридичного режиму руху державних грошових коштів. Цілісність, інтегрованість фінансового права в цілому мають більше значення, певну форму, ніж у дрібних підрозділах правової системи. Необхідно, природно, враховувати, що й інститути фінансового права припускають цілне регулювання, проте тільки в рамках галузі, і мають спеціалізований характер щодо відносно вузької ділянки суспільних відносин.

Таким чином, галузь фінансового права містить весь комплект інструментів, які регулюють відносини, що складають предмет фінансового права і забезпечують правове регулювання руху державних грошових коштів. Кожен із інститутів реалізує більш вузькі цілі. При цьому, мабуть, було б занадто спрощеним відводити податковому праву місце рядового інституту фінансово-правової галузі. Його місце визначається наступним.

Цільна галузь фінансового права включає до себе як підгалузь бюджетне право, котре посідає центральне місце в системі фінансового права, оскільки через бюджетні механізми реалізується основна мета функціонування фінансово-правових норм — акумуляція державних грошових коштів. Податкове право являє собою складний інститут фінансового права, який складає елемент бюджетного права і регулює основи доходної частини бюджету. Складний характер інституту податкового права становить собою ієрархічну структуру, яка включає до себе самостійні інститути оподаткування фізичних осіб; місцевих податків і зборів; податкової відповідальності та ін.

¹ Див.: Шершеневич Г. Ф. Вказ. праця. С. 133.

Складний інститут податкового права охоплює сукупність фінансово-правових норм, які характеризуються певною своєрідністю. Ця специфіка припускає аналіз кола відносин, які охоплюють рух грошових коштів від платників у відповідні фонди (бюджет) в формі податкових платежів. Тобто, якщо предмет фінансового права охоплює відносини з приводу руху державних грошових коштів, то податкове право охоплює тільки регулювання відносин по односпрямованому руху грошових коштів знизу вверх — від платників у бюджети в формі податків і зборів. Специфічний тут й метод правового регулювання, який носить більш виражений імперативний характер.

І ще одне важливе зауваження. Податкове право становить собою динамічний складний інститут. Його динамічність означає не тільки рухомість нормативно-правової бази. Якщо раніш (XIX ст.) податкове право виступало інститутом адміністративного, а пізніше ординарним інститутом фінансового права, то в теперішній час це складний інститут фінансового права, і в подальшому, мабуть, прогресуватимуть тенденції, котрі сформулюють податкове право як самостійну галузь. Вже зараз фактично склалася чітка, логічна структура податкового права, яка включає Загальну та Особливу частини. Крім того, однією із ознак галузі, котра виражає її юридичну своєрідність, є «... наявність відокремленого (як правило, кодифікованого) законодавства»¹. А Податковий кодекс України найближчим часом, мабуть, набере чинності. Певна річ, це не означатиме автоматичного переведення податкового права в розряд самостійної галузі права, але темпи, якими воно розвивається, дозволяють чекати на появу нової галузі — податкового права. Проте поки що є лише підстави говорити про складний інститут податкового права.

Перш ніж зупинитися на аналізі цього інституту, уявляється необхідним провести чітке розмежування між складним інститутом і комплексною галуззю. Якщо складність інституту не порушує єдності відносин, що регулюються, то комплексні галузі не є однозначними поняттями. Адже основна характеристика галузі — це її внутрішня єдність, яка визначає цільність правового регулювання відносно відокремленого кола відносин. Комплексність галузі означає об'єднання в одну систему різнорідних за змістом суспільних

¹ *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 1. С. 135.

відносин і в кінцевому рахунку — відмову від об'єктивного наукового критерію системи права¹.

Отже, складний інститут податкового права становить собою законодавчо відокремлений комплекс юридичних норм, які забезпечують цільне регулювання різновиду правовідносин з приводу надходження до бюджетів податків і зборів. Податкове право є відокремленим сектором фінансового права і займає автономне становище з іншими інститутами цієї галузі. Його відносна відокремленість полягає в регулюванні певного, вельми специфічного виду суспільних відносин. Замкненість, відмежованість його менш виражена, ніж в галузях, оскільки тільки у взаємодії з іншими інститутами здійснюється загальне регулювання відносин, які становлять собою предмет фінансового права. Тому лише в поєднанні з іншими інститутами податкове право забезпечує загальне галузеве регулювання.

Юридичні норми утворюють галузь права не безпосередньо, а через інститути². Опосередкування інститутом формування галузі може охоплювати кілька ступенів: інститут — складний інститут — підгалузь — галузь. Податкове право тут займає чітко виражене проміжне становище. З одного боку, до нього входять інститути більш вузької групи відносин (місцевих податків і зборів; оподаткування юридичних осіб тощо), з іншого — складний інститут податкового права є елементом, який комплектує цільну галузь.

Складному інституту податкового права притаманні такі ознаки:

1) однорідність фактичного змісту, яка припускає регулювання чітко визначеного різновиду відносин, пов'язаних з рухом грошей в формі податків і зборів у бюджет;

2) єдність, комплексність норм, які утворюють податкове право. Вони складають єдиний, цільний комплекс, який визначається однорідністю фактичного змісту. Цей інститут забезпечує закінчене регулювання даного різновиду фінансових відносин, що не виключає спеціалізації юридичних норм усередині інституту;

3) законодавча відокремленість, яка означає зовнішнє відокремлене закріплення основних положень інституту в нормах,

¹ Див.: Халфина Р. О. Вказ. праця. С. 199-200.

² Див.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. С. 139.

що його утворюють. Цілком ймовірна поява найближчим часом єдиного кодифікованого акта, який відмежовує податкове право, — Податкового кодексу. Відокремлення інституту податкового права відбувається й за інтелектуально-вольовим змістом, своєрідністю притаманної цьому інституту конструкції.

Взаємодія з іншими інститутами фінансового права припускає певні відносини субординації, супідрядності¹. Самостійні підрозділи усередині податкового права дають змогу визначити складний характер цього інституту. Внутрішня організація інституту податкового права, характер нормативного матеріалу, що охоплюється ним, припускають наявність певної структури цього інституту. Природно, що структура визначається багатьма деталями, проте вона підпорядкована низці загальних для її функціонування принципів.

1. Наявність комплексу рівноправних принципів. В інституті податкового права існує комплекс однопорядкових нормативних положень, які регулюють відносно однорідні відносини. Це система норм, що визначають оподаткування юридичних осіб, відносини Загальної частини податкового права. При цьому слід відрізнити комплекс норм від асоціації норм, яка очолюється одною генеральною нормою з наступною її конкретизацією².

2. Юридичний різновид приписів податкового права. Різнобічний вплив податкових норм на відносини, що регулюються, який забезпечує комплексний підхід, як раз й зв'язує їх в єдиний складний інститут.

3. Об'єднання всіх норм інституту податкового права усталеними закономірними зв'язками, які виражені в загальних приписах. Як такі зв'язки виділяються принципи податкового права, принципи оподаткування, які мають законодавче закріплення. Вони пронизують й юридичну конструкцію по кожному окремому інституту податкового права. Диференційованість нормативного матеріалу, його взаємозв'язок визначаються окремим законом зв'язку елементів, який носить менш жорсткий характер, ніж в рамках окремої норми права. Проте це не виключає окремої чіткої логіки розгляду деяких груп відносин. Наприклад, аналіз окремого податкового механізму припускає певну послідовність, структуру еле-

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 1. С. 141.

² Див.: *Алексеев С. С.* Структура советского права. С. 124.

ментів: платник, об'єкт оподаткування, ставка податку, пільги при оподаткуванні та ін.

Зміст інституту податкового права пронизаний загальними юридичними началами. Тому в досить розвинутому інституті податкового права сам складний інститут очолюється нормами-принципами, прямо визначеними в тексті нормативного акта (визначення податку, принципів оподаткування в Законі України «Про систему оподаткування»). Окремі інститути, які складають складний (податковий), також очолюються нормами-принципами (визначення прибутку, доданої вартості та ін.).

Кожний правовий інститут присвячується ділянці суспільних відносин. Інститут податкового права охоплює відповідно систему ділянок відносин. Ця система й визначає предмет податкового права.

Предмет регулювання податкового права становить собою групу схожих суспільних відносин, які регулюють надходження грошових коштів від платників до бюджетів у формі податків і зборів. Предмет податкового права охоплює сукупність певних, специфічних відносин, які дозволяють виділити їх із загальної маси фінансових. Їх особливістю є регулювання відносин, які опосередковують рух грошей у власність держави знизу вверх (від платника до бюджету) в формі податків і зборів.

Розуміючи предмет регулювання інституту податкового права в широкому сенсі¹, слід виділити деякі його більш детальні особливості:

а) конкретні різновиди відносин даного виду, які лежать в основі поділу інститутів податкового права;

б) об'єкт правоохоронної діяльності, яким виступають грошові кошти, що надходять у власність держави і акумулюються в бюджеті чи цільових фондах;

в) окремі елементи відносин даного виду, які розташовуються згідно з пооб'єктною чи наскрізною структурою. Якщо в першому випадку такими елементами виступають окремі об'єкти інститутів, що складають податкове право (прибутковий податок, податок на прибуток тощо), то в другому формується каркас елементів по розгляду конкретного виду податку чи збору;

г) стадії руху податкових відносин, при якому може бути кілька принципів класифікації, наприклад, визначення оподаткованого

¹ Див.: *Алексеев С. С. Структура советского права. С. 140-141.*

об'єкта, бази; обчислення податкового зобов'язання; сплата податку; звіт про сплату податку; контроль за сплатою податку.

Юридичний режим, який забезпечується податковим правом, виражається в особливостях його регулятивних властивостей, способів та прийомів регулювання. Система цих особливостей формує метод правового регулювання, який має деяку специфіку в порівнянні з методом фінансово-правової галузі.

Метод виражається перш за все в самому змісті податкового права, природі і спрямованості його норм та інститутів. Важливо підкреслити, що метод не можна зводити до одного прийому чи способу регулювання, він охоплює багато сторін та елементів юридичних норм і правовідносин¹. Метод правового регулювання виступає найбільш яскравим та надійним показником юридичної специфіки, особливого режиму регулювання.

За методом правового регулювання податкове право мало чим відрізняється від фінансового права. В основі методу останнього лежить метод владних приписів. Проте він характеризується своєрідним механізмом регулювання, особливим переплетенням норм, юридичним режимом. Метод податкового права припускає використання в основному імперативних норм. Причому тут йдеться фактично про безумовний характер імперативності. Наприклад, призначення санкції за податкові правопорушення практично виключає альтернативу — вони визначаються однозначно і безумовно. В нормах податкового права жорстко ставиться вимога про перерахування засобів платника до бюджету, припускається використання безспірного порядку списання засобів з рахунків платників.

Метод податкового права включає до себе наступні елементи:

- 1) характер загального юридичного становища суб'єктів, яке припускає відносини супідрядності податкових правовідносин, використання методів владних розпоряджень з боку держави і обов'язковості їх для платників податків і зборів;
- 2) характер підстав виникнення, зміни та припинення податкових правовідносин, які виникають на основі владних розпоряджень, виключаючи можливість або перспективи договірних відносин;

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Структура советского права. С. 176.

3) способи формування прав і зобов'язань суб'єктів відносин, які визначаються безпосередньо нормами права. Причому на відміну від методу фінансового права в цілому визначення прав і обов'язків суб'єктів податкового права, які реалізують обов'язок по сплаті податку, будується на підставі презумпції винності;

4) характер заходів впливу, способів, підстав та процедури застосування санкції, який припускає специфічний механізм податкової відповідальності.

Таким чином, метод правового регулювання, з одного боку, відіграє необхідну роль у диференціації відносин, які регулюються галуззю, підгалуззю, складним інститутом; з іншого — він дає змогу закріпити самостійні риси методу, їх комплекс і на підставі цього відмежувати складний інститут податкового права.

Надійшла до редколегії 15. 06. 98

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

В. Мадіссон, гол. наук. співробітник
НДІ приватного права
і підприємництва АПрН України,
д-р іст. наук

Приватна власність у системі суспільних відносин: методологія проблеми

«Має бути абсолютно очевидним,
що власність — це умова прогресу».

А. Фергюсон

Проблеми власності, її ролі, форм прояву і використання, правового захисту, місця в суспільному прогресі були й лишаються в центрі уваги філософів, економістів, соціологів, юристів та інших суспільствознавців.

Методологія питання закладена в співвідношенні понять володіння і буття як функцій життя. Щоб жити, ми маємо володіти речами і від цього володіння діставати задоволення своїх потреб та інтересів. Як пише Е. Фромм, «різниця між буттям і володінням, так само як і відмінність між любов'ю до життя і любов'ю до смерті, являють собою корінну проблему людського існування... Володіння і буття є двома основними способами цього існування, перевага одного з яких визначає відмінності в індивідуальних характерах людей і типах соціального характеру»¹.

Існують два підходи до взаємовідносин між буттям і володінням. Перший розглядає їх як альтернативу, другому — властиве їх поєднання в невід'ємному взаємозв'язку. До протиставлення вдаються і марксистки. За К. Марксом, розкіш — така сама вада, як і зли-

¹ Фромм Э. *Иметь или быть*. М., 1986. С. 45.

денність. Мета людини — бути багатом, а не володіти багатом. «Чим мізернішим є твоє буття, чим менше ти виявляєш своє життя, тим більше твоє майно, тим більш відчужене твоє життя»¹.

Іншої думки дотримуються представники ліберальної орієнтації, зокрема Й. Колер. Людство переходить, вважає він, від колективізму, тобто стану спільності, до індивідуалізму, тобто стану переважання окремого буття, але таким чином, що навіть в одиничному існуванні спільність завжди має своє значення і тільки з тією умовою, аби окрема особа не загинула і не була поглинута. У цьому полягає одне з головних завоювань прогресу. Окрема особа не підкоряється більш загальній течії. Вона може знайти собі нові шляхи, змінити свій спосіб життя і тим самим сприяти загальному прогресу².

Останнє має вирішальне значення для права власності. Поки людство веде спільний спосіб життя, існує загальне право на всі предмети зовнішнього світу, і окремі особи можуть користуватися предметами виключно в рамках цієї спільності. Але коли настає відокремлення окремої особи, то в зв'язку з цим з'являється розподіл спільного майна на приватні майнові частини. Окрема особа з її особливими цілями, які панують у галузі всієї культури, вимагає права на власність, що слугує для досягнення її особистих цілей.

Ліберальні автори визнають, що разом із відчуженням і успадкуванням серед людей з'являється нерівність. Різний ступінь майнового добробуту, відмінність господарських здібностей, різні можливості трудової енергії, більша або менша вправність у торговому обігу надають одним людям безсумнівну перевагу над іншими. Одні стають багатими, інші — бідними. З огляду на це виникає необхідність разом з підтримкою сил власності примусити її працювати на соціальні потреби, тобто на основі окремих господарств слід створити зв'язуючі пункти, які б слугували цілому, і допомагати тим, хто був відсунений на задній план внаслідок відомих властивостей приватної власності. Прихильність і надання пріоритету буттю або володінню визначають і визнання за вирішальну ту чи іншу форму власності. Перші віддають перевагу колективним, суспільним її формам, другі — приватним. В свою чергу розробники

¹ Маркс К., Енгельс Ф. Твори. Т. 42. С. 131.

² Див.: Колер И. Философия права и универсальная история права. К., 1913. С. 44-45.

проблеми приватної власності рекомендують розрізняти окремі різновиди цієї форми.

Вже згаданий Фромм пропонує виділяти **приватну власність**, в основу розуміння поняття якої покладене латинське «private»¹ — позбавляти. Особа або особи, які володіють такою власністю, є її єдиними господарями. Вони мають усю повноту влади позбавляти інших можливості застосовувати її на свою користь і задоволення. Девіз цієї форми: поки я дію в рамках закону, моє право на власність абсолютне і нічим не обмежене.

Разом з цією формою приватної власності існує ще й створена власною працею **трудова власність**, яка є результатом праці самого володаря. Й. Колер вважав, що у цій формі закладені великі переваги, оскільки вона передає енергію і стимул до праці, дає можливість вільно, без сторонньої допомоги прагнути до досягнення своїх цілей. Вона сприяє розвитку енергії і господарських здібностей. Таким чином, «народи у приватній власності знайшли джерело прогресу, сили і культурної могутності»².

Крім цього, розрізняють **обмежену власність**, яка обмежена обов'язком допомагати своїм близьким, **функціональну**, або **особисту**, **власність**, яка поширюється або на знаряддя праці, або на об'єкти використання, **спільну**, **групову власність**, якою спільно володіє група людей, пов'язаних узами духовної спорідненості.

Ф. Хайек, погоджуючись з Г. Меном, називає приватну власність індивідуалізованою (*several* — роздільна, відокремлена) власністю, яка, на його думку, складає ядро моральних норм будь-якої розвинутої цивілізації³.

Норми, у відповідності з якими функціонує суспільство, формують також характер членів цього суспільства — «соціальний характер». Власність дає особі, яка нею володіє, великі можливості. Отже, в приватній власності люди знаходять собі опору, проявляють себе, здобувають свободу дії. Але є й така риса власності, як, за виразом С. Алексеева, її «тягар», тобто зобов'язаність, відповідальність за використання засобів виробництва окремих речей. У цьому полягає, мабуть, основна запораука гармонізації буття і воло-

¹ Див.: Фромм Э. Вказ. праця. С. 95.

² Колер И. Вказ. праця. С. 51.

³ Хайек Ф. А. Пагубная самонадеянность. М., 1992. С. 54.

діння, свободи і обов'язку, те, що ще Д. Юм називав трьома «основними природними законами»: про стабільність власності, про передання останньої через згоду та про виконання обіцянки¹. Згідно з цими законами поняття свободи полягає в тому, що бути свободним (що і гарантує приватна власність) може не тільки індивід, якщо живе сам на сам, а й люди, котрі живуть разом і співпрацюють один з одним.

Таким чином, приватна власність, як про це свідчить історичний розвиток людського суспільства, має свої переваги і достоїнства, зокрема відповідає принципам індивідуальної свободи людини, є сильним стимулом активної економічної діяльності, демократичною формою, оскільки між приватними власниками встановлюються рівноправні відносини як між рівними суб'єктами господарювання.

Зрозуміло, що широкі можливості і перспективи приватної власності не означають, що вона позбавлена вад і недоліків. Адже кожне суспільне явище з огляду на те, що в ньому переважає — публічне або приватне, буття чи володіння, має свої «плюси» і «мінуси». І приватна власність часто-густо переростає в економічний егоїзм, на певному етапі розвитку може породжувати експлуатацію людини людиною, приводити до безладдя у суспільному виробництві, обмеження соціального захисту значних верств населення.

Тому будь-якому суб'єкту, який оперує тією чи іншою формою приватної власності, не слід забувати про її соціальне призначення і місію.

Ще на початку нинішнього століття Л. Дюгі писав: «Я не вважаю, що незабаром зникне індивідуальне привласнення, навіть щодо капіталів. Але безсумнівно, що поняття власності, як суб'єктивне право, поступиться місцем поняттю власності, як соціальної функції»².

Існують різні погляди на «соціальні функції» власності. Той самий Е. Фромм звертає увагу на те, що за останнє сторіччя відбулися значні зміни в соціальному характері власності — заміна її «нагромадженого» характеру «ринковим». Акцент був перенесений на сам процес **споживання**, а не на збереження того, що здобуте³.

¹ Див.: Юм Д. Трактат о человеческой природе // Сочинения: В 2 т. М., 1965. Т. 1. С. 677, 682.

² Дюги Л. Социальное право. Преобразование государства. СПб., 1909. С. 65.

³ Див.: Фромм Е. Вказ. праця. С. 95.

Принцип соціальної функції власності у деяких країнах Заходу набув законодавчої форми. У Німеччині, скажімо, ця концепція розроблялася Р. Ієрінгом, О. Гірке та ін., а соціальна функція набула законодавчої форми ще у Веймарській республіці в 1919 р. У ст. 153 Конституції ФРН власність розглядалася не тільки як право, а й як обов'язок, а застосування її власником тлумачилося як «служіння загальному благу». У Конституції ФРН 1949 р. (п. 2 ст. 14) записано: «Власність зобов'язує. Її застосування має водночас слугувати благу всіх»¹.

Поняття власності у конституційно-правому тлумаченні розвивається в аспекті так званих гарантій власності у відносинах між власником і державою. Під власністю розуміється сукупність приватних прав, причому не тільки речевих прав, а й права на нематеріальні блага, членські права, пов'язані з участю в різних товариствах, передусім акціонерних.

У західноєвропейській літературі все частіше говориться про розмивання старого поняття власності, причому акценти зсуваються від статичної власності до динаміки, від «спокійного володіння» об'єктом власності до його господарського використання. Німецький юрист Ю. В. Гедеман визначає власність як «комплекс повноважень, що змінюються» і як «комплекс функцій»².

Значне місце в західній соціально-економічній і правовій науці приділяється проблемі трансформації власності. Дж. К. Гелбрайт вважає, що влада, заснована на власності, перейшла з рук акціонерів до рук менеджерів, які складають так звану «техноструктуру». Останні здатні незалежно від капіталу та капіталістів здійснювати повноваження власників у громадських інтересах в акціонерних товариствах. Інтерес самих менеджерів при здійсненні влади спрямований на досягнення процвітання, бо тільки так вони можуть самоствердитися й захистити своє становище. У такий спосіб вони дають користь усім: акціонерам, робітникам, державі, суспільству³. Оскільки приватна власність слугує всім верствам суспільства, то водночас з розвитком тенденції відділення права власності від повноважень управління і контролю зникає соціальна значущість права власності на засоби виробництва.

¹ Див.: Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 185.

² Цит. за: Лазар Я. Собственность в буржуазной правовой теории. М., 1985. С. 56.

³ Див.: Гелбрайт Дж. К. Экономические теории и цели общества. М., 1979. С. 125.

Власність як самостійний інститут відступає на задній план. Саме право власності вже не важливе, перевага тепер на боці контролю, віддаленого від права власності і незалежного від нього.

Отже, за останні десятиріччя переглянуті не тільки погляди на природу і призначення приватної власності, а й підходи до її правового захисту.

Право на власність було й лишається одним з фундаментальних інститутів економічної і правової системи демократичного суспільства. Не випадково Д. Локк серед трьох основних вроджених прав особи, поряд з правами на життя і свободу, виділив право на власність. Концепція права власності, як відомо, має свою специфіку в англосаксонській та романо-германській системах права. Проте існують і певні загальні характеристики права власності, серед яких право володіння, користування, управління, на передачу благ у спадщину, на доход, право суверена, тобто на відчуження, споживання, зміцнення або знищення блага, право на безпеку та ін.

Інститут приватної власності становить комплекс норм, принципів, правил та установок, які регулюють процеси привласнення засобів і результатів виробництва. Функції цього інституту, отже, полягають у захисті права власника і підтримці його інтересів.

Наявність інституту приватної власності і формування на його базі «середнього класу» необхідні для соціальної і політичної стабільності суспільства, що орієнтоване на ринкову економіку.

Якщо вивчення сутності і природи приватної власності, її ролі в соціальному прогресі належить до сфери аксіології приватного права, то способи використання, самого ставлення до неї є, на наш погляд, предметом онтології у філософії приватного права. Проблема взаємовідносин людина — приватна власність має досліджуватися передусім в ракурсі співвідношення: власність і влада, власність і інтерес, власність і справедливість, власність і мораль, причому розглядуватися на фоні структур громадянського суспільства, яке гарантує певні свободи в розпорядженні приватною власністю так само, як і правовий захист.

Принцип володіння, тобто установка на власність і прибуток, неминує породжує прагнення до влади. Щоб управляти людьми, ми потребуємо влади для подолання їхнього опору. Щоб установити контроль над приватною власністю, нам необхідна влада. Адже треба захищати цю власність від тих, хто прагне відібрати її у нас,

оскільки прагнення мати приватну власність породжує прагнення застосовувати насильство. Тому власник закликає собі на допомогу закон — не тільки символ державної влади, а й її головний політико-функціональний інструмент.

Власність — це в цілому, як вже зазначалося, теж влада, влада над речами, речева влада. Але державна влада і влада власника, як зазначає С. Алексеев, — це влади з різних світів дійсності. Кожна у своїй галузі — благо, покликане приносити користь, але в своїх, дозованих межах. Державна влада — в сфері суспільного життя, підкорення між людьми, дисципліни і відповідальності. Влада власника — в економіці при господарському використанні засобів виробництва, інших речей¹.

Коли ж державна влада намагається панувати над речами, приватною власністю, це призводить до волонтарного командування, а при економічній підтримці у вигляді неосяжної державної власності — до наростання саморозвитку цієї влади, розбухання бюрократичного апарату, який сам стає носієм приватної власності на владу².

Як зазначає Ф. А. Хайек, ще жодна розвинута цивілізація не досягала успіхів без уряду, який бачив свою головну мету у турботі про приватну власність, тоді як «сильний» уряд знову і знову гальмував зростання і процвітання його, чому допомагали ці турботи³. А. Г. Кленнер зауважив щодо цього так: «Філософія права Просвітництва сприяла прогресу насамперед тим, що проголосила юридично недійсним весь арсенал засобів насильницького втручання держави в життя людей». Основою порядку «має бути забезпечення власності, а праву належить відзеркалювати співвідношення сил різних класів, з яких складається громадянське суспільство»⁴.

Гармонію у цьому роду відносин запропонував ще Р. Ієрінг: панування сильних і благодворна дія обмеженого насильства у відносинах слабких, а також самовладдя насильства у рамках права⁵.

І, нарешті, слід пам'ятати, що в приватному праві, на відміну від публічного, панують горизонтальні відносини, засновані на юридичній рівності суб'єктів, координації їх волі та інтересів. Переважне становище в ньому займають не заборони, а юридичні дозволи.

¹ Див.: Алексеев С. С. Собственность — право — социализм. М., 1984. С. 64.

² Див.: Маркс К., Энгельс Ф. Твори. Т. 1. С. 272.

³ Див.: Хайек Ф. А. Вказ. праця. С. 59.

⁴ Кленнер А. Г. От права природы к природе права. М., 1988.

⁵ Див.: Jhering R. Der Zweck im Recht. BL. I, Leipzig, 1889. S. 296. С. 205.

Горизонтальні юридичні відносини передбачають додаткові вимоги як для учасників цих відносин, приватних осіб, так і до того, хто може стати у можливій суперечці третейським суддею — державою. Це вимоги справедливості та моралі.

Парадоксально для прихильника суспільних форм власності звучать твердження Дж. Локка, що справедливість, яку політична влада охоронятиме, якщо бажає забезпечити основу процвітання — мирне співробітництво індивідів, — не може існувати без визнання приватної власності: «Положення: де немає власності, там немає і справедливості» так само вірогідно, як і будь-який доказ у Евкліда; бо, якщо ідея власності є правом на будь-яку річ, а ідея, якій дано назву «несправедливість», є зазіханням на це право або порушенням його, то зрозуміло, що я можу пізнати істинність цього положення так само вірогідно, як і те, що три кути трикутника рівні двом прямим»¹.

Згодом Ш. Монтеск'є зауважив, що саме торгівля сприяла поширенню цивілізації і пом'якшенню нравів у Європі.

Видатні мислителі минулого і сучасного зазначали, що правила, які регулюють відносини власності, мають вирішальне значення для всієї системи моральних норм. Д. Юм, зокрема, чітко показав, що якщо б людство виконувало закон, який замість встановлених загальних правил, що регулюють майнові права і обмін власністю, призначав б «найбільшу власність найбільшій чесноті, то невизначеність морального достоїнства... була б такою великою, що з такого достоїнства не можна було б вивести жодного правила поведінки, і це безпосередньо привело б до руйнації суспільства»².

Отже, розвиток людського суспільства дедалі чіткіше повертає від альтернативи «буття чи володіння» до формули «буття плюс володіння», в якій складові взаємодоповнюють одна одну і в цьому взаємозв'язку є запорукою дальшого соціального прогресу.

При визнанні певного пріоритету за приватною власністю невід'ємним є визнання і застосування в суспільних відносинах її соціальної, громадської функції. Навіть побіжний огляд аналізу і висновків, які зробили дослідники розглядуваної проблематики, свідчить про важливість питання.

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении // Сочинения: В 3 т. М., 1988. Т. 3. С. 27.

² Юм Д. Там саме. Т. 2. С. 234.

Нарешті, сьогоднішня підтверджує прогнози, висловлені ще на початку нинішнього століття, про майбутні зміни в природі і можливості застосування трансформованої приватної власності. Ці зміни в свою чергу потребують перетворення у структурах правового захисту цієї власності, які становлять одну з найактуальніших проблем правничої сфери в сучасній Україні.

Надійшла до редколегії 10. 08. 98

І. Спасибо-Фатєєва, доц. НЮА України

Особливості правовідносин, що виникають при створенні акціонерного товариства

У процесі створення відкритих акціонерних товариств беруть участь засновники та особи, що передплачують акції (далі — передплатники). Їх правове становище різниться. Це пов'язане з тим, що засновники акціонерного товариства мають за мету здійснення зобов'язань не тільки для себе, а й для багатьох інших осіб, кількість і особистості яких на момент укладення договору про створення товариства їм невідомі. Без цих осіб досягнення мети засновників щодо створення акціонерного товариства неможливе. Отож, правовідносини засновників з особами, що виказали бажання передплатити акції, є неминучим.

У ст.ст. 28, 30 Закону України «Про господарські товариства», де йдеться про правовідносини засновників з передплатниками, не розкриваються достатньою мірою права та обов'язки цих осіб, тобто зміст правовідносин між ними. Правова природа цих правовідносин зараз не досліджується, а в дореволюційній період навіть залишалася спірною.

Разом з тим недостатність правового врегулювання і невизначеність правовідносин, що складаються при передплаті на акції, відбиваються в першу чергу на передплатниках, які не повідомлені про майбутнє акціонерне товариство інакше як з інформації засновників. Звідси виникає протилежність інтересів сильних і досвідчених засновників та необізнаних акціонерів¹.

¹ Див.: Каминка А. И. Основы предпринимательского права. Пг., 1917. С. 183.

Якщо виходити з того безумовного факту, що правовідносини між засновниками і передплатниками є цивільними, то можна дійти до підстав їх виникнення, якими можуть бути тільки угоди. Причому такими підставами є угоди, укладені під двома відкладальними умовами, тому що сторони цих угод (засновники та передплатник) поставили виникнення прав та обов'язків в залежність від обставин, відносно яких невідомо, чи виникнуть вони (ст. 61 ЦК України). Цими обставинами є покриття передплатою 60% акцій і прийняття рішення установчими зборами про створення акціонерного товариства.

Засновники не тільки бажають, а й прагнуть до настання першої умови, оскільки це в свою чергу є необхідною передумовою досягнення їх мети щодо створення акціонерного товариства, до чого і зводиться вся їх діяльність. Чи буде виконано цю умову, стане відомо лише після закінчення строку відкритої передплати, який не може перевищувати шести місяців (ст. 30 Закону України «Про господарські товариства»).

Про настання цієї умови засновники узнають раніше передплатників. Останні одержують зазначену інформацію разом з інформацією про скликання установчих зборів, в якій також повинна міститися вказівка про термін внесення додаткових сум в оплату акцій, які передплатила кожна особа, з тим щоб з урахуванням попереднього внеску було внесено не менше 30% номінальної вартості акцій.

Що стосується другої умови — прийняття рішення установчими зборами про створення акціонерного товариства, то її настання не залежить від засновників. Засновники зробили все можливе, щоб настала друга умова. Останнє ж слово залишається за всіма особами, що беруть участь в установчих зборах — засновниками і передплатниками. Отже, виникнення прав у передплатників, а так само як і досягнення ними мети стати акціонерами, залежить вже тільки від них самих, а не від виконання зобов'язань засновниками. Причому ці правовідносини не впливають ні з відносин кожного передплатника з засновниками, які не могли б зобов'язатися до цього перед передплатниками, ні з відносин передплатників між собою, тому що вони не перебувають у правовідносинах до моменту реєстрації акціонерного товариства.

Це правове становище передплатників, не пов'язаних ні з ким будь-якими зобов'язаннями щодо створення акціонерного товари-

ства, но тим не менш здатних здійснити дії, що породжують правові наслідки як для себе (і не тільки для кожного і всякого, а й для всіх разом), так і для засновників, має передумовою виникнення між ними вже інших у порівнянні з зобов'язальними правовідносинами. Можна стверджувати, що вже на цьому етапі створення акціонерного товариства присутні елементи корпоративності правовідносин між особами, що беруть участь у цьому процесі.

Виконання обов'язку засновників продати акції передплатнику і право останнього вимагати виконання цього обов'язку можливі лише після настання зазначених юридичних фактів, а саме:

- охоплення передплатою не менш 60% заявленого статутного фонду;

- прийняття рішення установчими зборами про створення акціонерного товариства;

- державної реєстрації акціонерного товариства.

Слід зауважити, що первісно зрозуміло, що свої зобов'язання перед передплатниками засновники виконати не зможуть, тому що видати акції має право лише акціонерне товариство при додержанні численних умов і вимог щодо оформлення випуску акцій. Такий перехід виконання зобов'язань від засновників до товариства обумовив в теорії корпоративних відносин виникнення конструкції представництва. Дійсно, ці відносини східні з посередницькими договорами, бо засновники набувають права та обов'язки не для себе, а для створюваного ними акціонерного товариства. Вони діють, як правило, за рахунок товариства, тому що згідно з п. «д» ст. 36 Закону України «Про господарські товариства» установчі збори приймають рішення про схвалення угод, укладених засновниками до створення акціонерного товариства. При прийнятті такого рішення угоди, укладені засновниками до державної реєстрації товариства, вважаються укладеними з товариством.

Така позиція є неприпустимою тому, що не існує суб'єкта права — акціонерного товариства, яке б доручило засновникам діяти від його імені. Передплатники повинні були б зобов'язуватись сплатити вартість акцій не перед засновниками, а перед майбутнім акціонерним товариством. Оскільки ж це неможливо, тому що воно відсутнє в момент виникнення зобов'язань, а зобов'язання не може не виникнути, бо інакше товариство не буде створене, то назріла необхідність замість товариства передбачити існуючих носіїв прав і обов'язків.

З наведеної позиції впливає ще одна — про застосування правил з договору на користь третіх осіб, в якій також містяться недоліки попередньої в зв'язку з відсутністю самого уповноваженого суб'єкта — акціонерного товариства. Більш того, при такому підході складається ситуація, коли із укладених без третьої особи договорів не тільки виникають права у цієї неіснуючої особи, а й обумовлюється саме її виникнення¹. Не зрозумілим також є те, хто виступає стороною в договорі з передплатниками — акціонерне товариство чи засновники, що тягне за собою проблеми обов'язків та відповідальності з цих договорів.

Головним обов'язком передплатників є оплата ними вартості підписаних акцій. Цей обов'язок вони здійснюють частково перед засновниками, але в Законі України «Про господарські товариства» йдеться про обов'язок сплати акцій щодо акціонерного товариства, яке і має право застосовувати негативні наслідки по відношенню до осіб, які не оплатили повністю вартість акцій протягом року. Ситуація ускладнюється тим, що повноваження притягнення до відповідальності передплатників має суб'єкт, перед яким передплатник не зобов'язувався внаслідок його відсутності, але якому таке право надане законом і установчими документами акціонерного товариства. Засновники ж, які згідно з тим же законом перебувають в договірних відносинах з передплатниками, таких прав не мають.

Крім елементів договору доручення дослідники вбачають в правовідносинах між засновниками і передплатниками й елементи договору купівлі-продажу².

Ця точка зору є найбільш наближеною до дійсної ситуації, що складається при передплаті. В ст. 28 Закону України «Про господарські товариства» також встановлюється, що акції придбаються передплатниками за договорами із засновниками. Придбання є передачею акцій у власність. Тому може йтися про підстави виникнення права власності на акції, і оскільки законодавець стверджує, що воно виникає у передплатників на підставі договору, тобто похідним способом, то слід проаналізувати договори про передачу об'єктів у власність. Якщо оплата акцій здійснюється грошима, це

¹ Див.: Мозолин В. П. Корпорации, монополии и право в США. М., 1966. С. 148.

² Див.: Каминка А. И. Вказ. праця. С. 229; Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. М., 1919. С. 157-158; Бизнес. 1997. 25 марта. № 11.

нагадує договір купівлі-продажу. Якщо ж в оплату акцій вноситься майно, то, ймовірно, слід вести мову про договір міни. Однак такий договір має свої особливості, що стосуються оцінки майна, яке вноситься в оплату акцій. Така оцінка не залежить від сторін (засновників і передплатника), бо повинна затверджуватись установчими зборами. Самі ж по собі акції не мають такої ж цінності, як майно, що вноситься в їх оплату. Цінністю є ті права, які надаються акцією.

Акціонеру не гарантується одержання тієї ціни, що він вніс за акції при їх реалізації, бо ця ціна вже складатиметься в конкретних угодах з акціями. Акціонер також не може розраховувати на одержання цієї ціни при ліквідації акціонерного товариства, оскільки розрахунки з ним провадяться після задовільнення вимог працівників товариства по заробітній платі, розрахунків з бюджетом, іншими кредиторами (ст. 21 Закону України «Про господарські товариства»).

Має свої особливості і момент переходу права власності на блага, якими обмінюються. Так, внаслідок договору міни обидві сторони стають власниками майна, що передається одною другій. В зобов'язанні ж по оплаті акцій майном воно передається засновникам з наступним переходом права власності до акціонерного товариства після його державної реєстрації. Акції ж видаються акціонеру лише після повної їх оплати не тільки конкретним акціонером, а й всіма акціонерами за своїми зобов'язаннями.

Крім розглянутих підходів, західна судова практика вирішує питання правовідносин між засновниками і передплатниками, а в подальшому і акціонерного товариства за допомогою теорій тривалої оферти, схвалення, прийняття, договору на користь третьої особи, новації, цесії та ін.

Відмічені особливості правовідносин приводять до висновку про неможливість в принципі говорити про договірний (похідний) спосіб виникнення права власності на акції у зв'язку з тим, що:

- акцій на момент виникнення зобов'язання між передплатниками і засновниками ще не існує;

- у передплатників як майбутніх акціонерів право власності на акції виникає первісним способом, бо вони стають їх першими власниками;

- засновники не можуть зобов'язуватися передати у власність те, власниками чого вони не можуть бути, не будуть, і власник не тільки не уповноважував їх на розпорядження своєю власністю, а

й такого власника взагалі не існує, тому що акціонерне товариство ще не створене;

- засновники ніколи не виконають своє зобов'язання передати у власність передплатникам акції, бо це зобов'язання може і повинно виконати акціонерне товариство.

Важливим для характеристики правовідносин, що виникають при створенні акціонерного товариства, є значення установчих зборів. Так, якщо угоду між засновниками і передплатником досягнуто на тому чи іншому етапі з моменту видачі засновниками зобов'язання продати передплатнику необхідну кількість акцій або з моменту їх запрошення на установчі збори, то з точки зору зобов'язальних правовідносин саме скликання установчих зборів є байдужим для зобов'язань, що вже виникли. Однак це не так, бо і засновники, і передплатники й приймають рішення про створення акціонерного товариства на корпоративних принципах, тобто більшістю голосів присутніх, а не одностайно.

Усі ці невідповідності процедури передплати договірним правовідносинам, спроби обґрунтувати їх введенням деяких особливостей відомих конструкцій, застосування законодавцем понятійного апарату, що суперечить загальноприйнятим вимогам, є очевидними.

Очевидним є також те, що правовідносини між засновниками і передплатниками в процесі створення акціонерного товариства неможливо втиснути в рамки не тільки договірних відносин, а й інших угод, наприклад, розглядаючи їх як сукупність численності односторонніх угод або за типом відносин між улаштувачами конкурсу з його учасниками, коли воля конкурсної комісії спрямована на залучення максимально більшої кількості конкурсантів, з тим щоб відібрати найбільш вдалі пропозиції і визначити переможця конкурсу. Воля ж конкурсантів спрямована на участь у конкурсі з метою одержання перемоги в ньому. При цьому конкурсанти не тільки не перебувають у правовідносинах між собою, а й конкурують один з одним, їх волі спрямовані якщо не протилежно як між контрагентами в двосторонніх угодах (продавець-покупець), то і не до однієї мети на відміну від передплатників, метою яких є створення акціонерного товариства. Право на придбання акцій мають усі передплатники, а не тільки особа, що відповідає вимогам, які ставляться організаторами конкурсу. У передплатників також не виникає договірних правовідносин з організаторами конкурсу, які нічим не зобов'язувалися перед ними, і навпаки.

Неприйнятність договірному характеру правовідносин між засновниками і передплатниками з урахуванням невизначеності кола передплатників і невідомості їх один одному стала підставою для пропозиції вважати правовідносини при передплаті послідовною зміною товариств. Кожне нове товариство створюється автоматично за фактом передплати когось на акції і одночасно припиняє існування попереднього¹.

Ця теорія не мала своїх прибічників у чистому вигляді, тому що мета таких товариств незрозуміла, вони не мають ні органів, ні власного майна, не вписуються і в конструкцію простого товариства (договір про спільну діяльність). Однак зазначена теорія одержала свій розвиток у пропозиціях про уявлення процесу передплати як багатосторонню угоду, що складається з послідовно здійснюваних двосторонніх угод, коли на кожній стадії попередня угода поглинається наступною, доки в двосторонній угоді не будуть присутні всі сторони (тобто коли передплату на акції закінчено). Приєднання кожного наступного передплатника є його вступом до договірних правовідносин, причому цей договір є багатостороннім².

Дана теорія в свою чергу є близькою й до теорії установчого договору щодо створення акціонерного товариства як єдиного договору майбутніх акціонерів, прибічниками якої були Вінер, Гірке, Леман та ін.

Таким чином, еволюція концепцій стосовно правовідносин при створенні акціонерного товариства припускає коливання від відсутності будь-яких правовідносин між передплатниками до наявності між ними так званих соціальних правовідносин у зв'язку з неприпустимістю товариського договору щодо створення юридичної особи, що ґрунтується на союзі капіталів. Передплата ж і створення акціонерного товариства при цьому розумілися як односторонній акт множинності.

Розвиток правовідносин між засновниками і особами, які передплатили акції, приводить до їх повного оновлення внаслідок заміщення сторони в зобов'язанні замість засновників акціонерним товариством. Тому правильно було б говорити не про заміну осіб у

¹ Ця теорія розроблена проф. Телем (див.: Каминка А. И. Вказ. праця. С. 193).

² Див.: Журавлев Н. П. Многосторонние сделки в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 13-14; Глибка С. В. Сущностные признаки акционерного общества: Дис. ... канд. юрид. наук. Х., 1995. С. 24.

зобов'язанні, а про виникнення нового зобов'язання — корпоративного. Слід ураховувати при цьому висловлювання відомого дослідника корпоративних правовідносин І. Тарасова про те, що відносини, що складаються в акціонерних компаніях, необхідно дуже обережно підводити під відомі, старі юридичні побудови, маючи завжди на увазі, що нові форми спів'єдності викликають й нові юридичні правовідносини¹.

Надійшла до редколегії 08. 10. 98

¹ Див.: Учение об акционерных компаниях. Рассуждение И. Тарасова. К., 1878. С. 460.

В. Титов, проф. НЮА України

Виникнення юридичної логіки у США*

Європейська традиція юридичної логіки як самостійної теоретичної та навчальної дисципліни починається по меншій мірі з початку XVI ст.¹ Систематична історія юридичної логіки поки ще не написана, що й дозволило мені запропонувати її попередній ескіз². За зрозумілих причин вітчизняним авторам займатися її дослідженням досить важко, і лише щасливі випадковості дають змогу ознайомитися з матеріалом, у нас зовсім невідомим, але надзвичайно повчальним.

Повчальність даного матеріалу має два взаємозалежних аспекти. Перший — порівняльно-історичний і загальнокультурний — полягає в тому, що власна традиція розробки юридичної логіки в США розпочалася приблизно в той же час, що й у Росії (кінець XIX — початок XX ст.), і так само, як і в Росії, практично з нуля, швидко пройшла всі етапи, властиві розвиткові її західноєвропейських гілок і перетворилася до дійсного часу в одну з провідних у світі, чого (поки що?) не можна сказати про вітчизняну юридичну логіку. Другий аспект — методологічний — полягає в тому, що подібний прогрес зобов'язаний своїми темпами і розмахом не догматичному теоретизуванню, а радикальному емпіризмові і реальній, а не декларованій скерованості на практику, притаманних

* Автор глибоко завдячує Міжнародній Раді по Наукових Дослідженнях і Обмінах (IREX) за надану можливість стажування і збирання необхідних для даної роботи матеріалів у США.

¹ У бібліографічному покажчику Вільгельма Ріссе (*Bibliographia Logica*. Bd. I: 1472-1800. Hildesheim: G. Olms, 1965) наводяться дані про трактати, присвячені юридичній логіці, написані Петром Гамарієм (Болонья, 1524), Христофором Хегендорфом (Лейпциг, 1531), Миколаєм Вігелієм (Базель, 1557), Абрахамом Фронсом (Лондон, 1588), Мартіном Шикхардом (Гейдельберг, 1615) та ін.

² Див.: *Титов В. Д.* Історичні взаємозв'язки між логікою та правом. Х., 1994.

самому духові американського суспільства та його вираженню в прагматичній філософії.

Найменш всього мені хотілося б представити загальний хід розвитку американської юридичної логіки як ідилічний і безконфліктний поступ до якогось теоретичного раю. У ньому були свої помилки та досягнення, безперспективні пошуки і просторові виходи на продуктивне розв'язання проблем.

Становлення юридичної логіки відбувалося в загальному річищі формування оригінальної теоретико-правової думки, точно схарактеризованому одним із її корифеїв Роско Паундом: «... далеко не простою була еволюція від Сторі та Гринліфа до Парсонса та Весберна, а потім до Ленгдела, Еймса, і далі до сучасних юридичних шкіл, що дають нам систему академічної фахової підготовки в такій типово американській сфері, як наше загальне право»¹.

Головною проблемою була теоретична розробка оптимальної моделі правової системи, що відповідала б водночас і традиціям, і реаліям громадського життя. Дискусії про необхідність реформування американської юстиції і законодавства в напрямку їх зближення з континентальними правовими системами і відмови від англійської системи велися ще з кінця XVIII ст. Дуже шанований серед англомовних теоретиків Джеремі Бентам у спеціальному зверненні до американського народу закликав «закрити свої порти перед англійською системою загального права, уникаючи її, як чуми»². Проте пропозиція відмовитися від прецедентного права не знайшла очікуваного реформаторами відгуку ані в юридичному середовищі, ані в уряді. Взяв гору «правовий реалізм», тенденція до удосконалення того, що вже є, і до відмови від спокуси створити ідеальну правову систему. Так чи інакше, дискусії про правові реформи зажадали зміцнення теоретичної аргументації, а виходить, і заглиблення теоретичних досліджень у цілому. Варто сказати, що, як і в Англії, у США першої половини XIX ст. не існувало традиції ані чисто академічного викладання, ані чисто академічної науки, ані, нарешті, чисто академічної періодики. Професори ставали суддями або адвокатами, ветерани юстиції йшли викладати, будучи

¹ Pound R. Types of Legal Periodicals // Iowa Law Review. 1929. V. XIV. P. 263.

² Цит. за: Gregory C. N. Bentham and the Codifiers // Harvard Law Review. 1900. V. 13. № 5. P. 246.

переконані самі і переконуючи своїх учнів у непотрібності теорій для практичної діяльності в суді. Добрим індикатором отакого узвичаєного установлення є той факт, що майже до кінця 80-х років минулого століття в США не було жодного академічного правового часопису, хоча юридична періодика практичної спрямованості видавалася в більшості великих міст — Філадельфії, Бостоні, Нью-Йорку — ще з початку сторіччя¹.

Перший часопис юридичної школи, «*Harvard Law Review*», став видаватися з 1887 р. Він послужив зразком академічної періодики для усієї країни, об'єднавши видатних теоретиків свого часу. Програма нового журналу була сформульована Лоуренсом Ловеллом у статті «Відповідальність американських правників» у таких словах: «Те, що необхідно для підтримки напрямку, якого сьогодні дотримуються суди, є ретельне вивчення принципів, установлених Конституцією, і ясна розробка теорії конституційного права; не теорії у вузькому сенсі слова, як чогось суперечного і часто тому несумісного з практикою. Теорія в цьому значенні є ... у кращому випадку логічним висновком з більш-менш істинних засновків. Її винятково легко розробити, і вона цілком слушно стає об'єктом підозри для суспільства. ... Нам потрібна така ... наукова позиція, що розглядає теорію як істину ... яка постійно звіряється з практикою»².

Загальний стан логічної підготовки юристів в Америці аж до початку ХХ ст. визначався тими ж ідейними ресурсами, що й у їхніх європейських колег. Крім аристотелівської логіки, широке визнання мали трактати «Рациональне в судових доказах» Джереми Бентама (Bentham), «Лекції з юриспруденції» Джона Остина (Austin), «Закони думки» Джорджа Буля (Boole), «Система логіки...» Джона Стьюарта Мілля (Mill) і почасти логічні пасажі з «Філософії права» Гегеля (Hegel) та «Духу римського права» фон Ієрінга (von Ihering). Можливо, тільки за винятком «Лекцій» Остина, усі ці джерела були добре відомі і в Росії того часу³. Слід разом з тим заз-

¹ Див.: *Pound R.* Вказ. праця. Р. 262.

² *Lowell L. L.* Responsibilities of American Lawyers // *Harvard Law Review*. 1887. V. 1. № 5. Р. 237.

³ Віддаючи належну данину поваги спробі перекладача і видавця, що рішилися на російську версію капітальної п'ятитомної праці Бентама «*Rationale of Judicial Evidence*». London, 1825 (О судебных доказательствах. СПб., 1876), все ж відзначимо її незадовільність щодо як обсягу, так і якості перекладу.

начити, що роботи геніального основоположника американської логіки Чарлза Сандерса Пірса (Peirce) (1839-1914) тривалий час взагалі не цитувалися в літературі, яка відноситься до предмета нашого дослідження, хоча висловлені вже в його ранніх статтях ідеї були близькі за своєю філософською спрямованістю і запропонованою методологією логічним розвідкам американських правників¹. До речі, Пірс не тільки навчався (хоча і на іншому факультеті) у ті ж роки, що і більшість юристів-теоретиків першої хвилі, а й якийсь час був їхнім колегою по нечисленному на той час викладацькому корпусу Гарвардського університету — *alma mater* національної юридичної логіки. Не вдаючись у з'ясування причин цієї дивної обставини, обмежимося констатацією того, що на самому старті виправдалося прислів'я «Немає пророка у власній вітчизні».

Отже, юридичну логіку, якщо перефразувати відому позитивістську максиму «наука сама для себе філософія», американські юристи спочатку стали створювати самі — «юриспруденція сама для себе логіка». У цьому є своя певна рація — участь професійних логіків доречна тільки тоді, коли у представників конкретної галузі знання визріє усвідомлення потреби в їхній кваліфікованій допомозі². Взагалі ж, як відзначав Пірс, «дуже мало людей мають бажання займатися логікою, тому що вже вважають себе достатньо досвідченими у мистецтві міркування»³. Це спостереження особливо характерно для юристів, у силу своїх професійних занять зобов'язаних багато міркувати і доводити, хоча здобутки цих міркувань і доведень далеко не завжди перебувають у повній згоді з логікою.

Першим виразом подібного самостійного підходу став підручник «Логіка, або Аналітика точного міркування» (1887), написаний теоретиком права Джорджем Смітом⁴, у якому звичний матеріал

¹ Видані в 1877-1878 рр. на основі доповіді, зробленої ще в 1871 р. на засіданні Метафізичного товариства штату Массачусетс (тобто, по суті, у Гарварді), статті «Фіксація переконань» і «Як зробити ясними наші ідеї» були присвячені проблемам уточнення категоріального апарату науки і розробки інструментального методу його аналізу. Подальший розвиток ці ідеї одержали в книгах Пірса «Велика логіка» (1893) і «Пошук методу» (1893).

² Докладніше про це див.: *Титов В. Д.* Можливі застосування сучасної логіки в правових дослідженнях // Вісник Академії правових наук України. 1997. № 2 (9). С. 67-74.

³ *Peirce C. S.* The Fixation of Belief // *Popular Science Monthly*. 1877/78. V. 12. P. 1.

⁴ Див.: *Smith G. H.* *Logic, or the Analytic of Explicit Reasoning*. Boston: Holt, 1887.

аристотелівської (переважно дедуктивної) та міллевської (переважно індуктивної) логіки подавався з прикладами із практики права. Якщо врахувати, що в США того часу (як, утім, і в наші дні) загальна логіка, на відміну від континентальної Європи, викладалася далеко не в усіх середніх школах, із появою підручника Сміта стало принаймні в першому наближенні ясно, якій логіці слід навчати майбутніх правників. Головною сферою застосування логіки мислилася галузь судових доказів і прецедентів.

В англійській літературі часто цитується висловлення Олівера Холмса¹ з його класичної книги «Загальне право» (1881): «Життя права не було логікою: ним був досвід»², спрямоване проти чисто умоглядного конструювання права. Як здається, саме з даного висловлення парадоксальним чином (оскільки значення логіки в ньому неначе припинюється) і слід вести відлік історії американської юридичної логіки. Згадаймо, що й перші в історії логічні дослідження виникли як відповідь на софістичну провокацію суперечностей і неясності в мисленні³. Втім, у Холмса, як ми зараз переконаємося, немає й затінку провокації, оскільки сам він був далекий від повного заперечування логіки. Проте його висловлення одержало подвійне — так би мовити, вузьке і широке — тлумачення, що й провело чітку межу між прихильниками та противниками застосування логічних досліджень в праві. Вузьке тлумачення, що відповідає інтенції Холмса, ґрунтується на буквальному значенні цитованої фрази. Це значення співвідноситься не з усяким правом, а тільки з «загальним правом» (Common Law), прийнятим в Англії, США та у деяких інших колишніх британських колоніях. Стосовно такої системи права твердження Холмса цілком слушне — у ній дійсно головним є не логічна виводимість, а досвід вивчення прецедентів і їхньої адаптації до сучасного право-

¹ Олівер Вендел Холмс-молодший (1841-1932). Найбільш авторитетний з американських істориків і теоретиків права. Закінчив Гарвардський тоді ще коледж у 1861 р. Брав участь у громадянській війні, був тричі поранений. Після війни продовжив навчання в Гарварді. Серія лекцій з історії та теорії англійського загального права лягла в основу його класичної книги «Загальне право». Після її виходу ще декілька місяців залишався професором у Гарварді, потім був членом Верховного Суду штату Массачусетс і його Головним Суддею (1882-1902) та членом Верховного Суду США (1902-1932).

² Holmes O. W. The Common Law. 3rd ed. Boston: Holt, 1938. P. 1.

³ Див.: Титов В. Д. Історичні взаємозв'язки між логікою та правом. Х., 1994. С. 13

вого матеріалу. Вирване з цього конкретного контексту завдяки «широкому» тлумаченню висловлення Холмса перетворилося в головну тезу прибічників антиінтелектуалізму в американському правознавстві (Бентлі, Брукс Адамс та ін.)¹, що логічно недозволенним чином (*pars pro toto*) поширили «сказане про частину» на «сказане про усе» право, ігноруючи не тільки здійснену ними брутальну логічну помилку, але й звичайний здоровий глузд — із того факту, що *дещо не було* логічним, зовсім не виникає, що воно *і не буде* логічним, а тому *і не має бути* логічним. Але головний дефект цих самовпевнених антилогіцистів полягав у фактичному незнанні, нерозумінні або замовчуванні того, що писав далі Холмс як у вже згаданій книзі, так і в інших широко відомих публікаціях. Холмс був аналітичним ученим і врівноваженою людиною, і саме тому в тому ж «Загальному праві» він враховував методологічну функцію логічних ідей, принципів та прийомів до розвитку права (наприклад, під час обговорення принципу ідентичності у встановленні права спадкування, гл. X). Ще більш ясною та послідовною виглядає його позиція, викладена в статті «Шлях права» (1897).

Як засновник соціологічного напрямку філософії правового реалізму Холмс виходив із того, що роль правника і правової системи в громадському житті визначається ступенем передбачуваності рішень суду. «Предметом нашого дослідження ... є завбачення реалізації публічної влади через інструментальність судів»². Водночас звичне уявлення про те, що право «є система розуму, тобто дедукція з принципів етики, або прийнятих аксіом, або чогось такого, що може збігатися або не збігатися з рішенням суду»³, вважається йому незадовільним. Таке уявлення ґрунтується на помилковому змішуванні розмитих моральних і чітко фіксованих правових вимог. Припустимо, що є якась «погана» людина, яку в усьому праві цікавить тільки те, яким покаранням погрожує йому в судах Англії або Массачусетсу невиконання закону, і є «гарна» людина, що буде лояльно себе поводити, керуючись одними тільки моральними принципами — незалежно від того, передбачена її поведінка пра-

¹ Див.: *Cohen M. R. The Place of Logic in the Law // Harvard Law Review. 1916. V. 29. № 6. P. 622.*

² *Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. V. 10. № 8. P. 457.*

³ Там саме. P. 460.

вовими законами чи ні. Холмс заявляє, що як би незвично це ні здавалося, він у даному випадку цілком поділяє розуміння права «поганою людиною», що зовсім не цікавиться дедукціями з моральних принципів і лише бажає знати межі своєї безпечної поведінки, якою б алогічною вона ні була. «Завбачення того, що будуть фактично робити суди, і є тим, що я розумію під правом»¹.

Оскільки мова зайшла про дедукції, природно звернутися до логіки як до методологічного ресурсу права. І в даному пункті варто процитувати фрагмент, що недвозначно виражає позицію Холмса. Помилковим є не тільки змішування моральних і правових принципів, а й «уявлення про те, що логіка є єдиною силою, що забезпечує розвиток права. Звичайно, у найширшому сенсі це уявлення може бути істинним. Постулат, на засаді якого ми мислимо про світ, полягає в тому, що існує фіксоване відношення між кожним явищем та його підставою і наслідками. Якби існувало явище без таких... відносин, воно було б чудом. Воно перебувало б за межами причини і наслідків і... перевершувало б наші розумові здібності... Небезпека, про яку я кажу, полягає не у визнанні того, що принципи, які управляють іншими явищами, управляють також і правом, а в тому, що поняття якоїсь даної системи, наприклад, нашої, може бути виведене з деяких загальних аксіом поведінки, подібно математичному поняттю»².

Холмс, таким чином, поставив фундаментальну проблему специфіки логічного статусу правових конструктів та виводу в правових дослідженнях, що вже саме по собі виправдовує існування самостійної юридичної логіки, крім того, що загальна логіка досліджує і допомагає використовувати методи раціонального міркування, необхідні в будь-якій сфері людської діяльності. Тому цілком природно, що «підготовка правників містить у собі тренування у виведенні аналогій, дедукцій і класифікацій, а мова судових вирішень ґрунтується на мові логіки» як квінтесенції формалізованих причинно-наслідкових відносин³. Холмс погоджується і з тим, що логічний метод і форма забезпечують ясність і послідовність юридичного пізнання. Але справа в цьому. Реалістично оцінюючи правову дійсність, він бачить проблему в іншому вимірі правової раціональності: «Ясність взагалі — то є

¹ Holmes O. W. The Path of the Law. P. 460-461.

² Там саме. P. 465.

³ Там саме. P. 465.

ілюзія, а послідовність не властива людині. За межами логічної форми знаходяться судження, узгоджені з відносною цінністю і значенням законодавчих підстав, що конкурують, найчастіше не будучи явно не вираженими ... і в цьому полягає справжній корінь і нерв усього юридичного процесу ... Деякі з наших установлень не підлягають точному кількісному виміру, і тому з них не можна вивести точних логічних висновків. Подібні [встановлення] ... у дійсності постають бойовищами, де значення не існують для визначень, придатних на всі часи, і де вирішення не може бути чимось більшим, ніж утіленням переваги даного уявлення в даному часі і місці. Ми не знаємо, наскільки великою є частина нашого права, відкрита для перегляду під впливом невідчутних змін у навичках суспільної свідомості»¹.

На підставі наведених фрагментів можна зрозуміти підхід Холмса таким, як мені уявляється, єдине автентичним способом, що *загальна логіка* (а ніякої іншої йому ще й не було відомо), будучи одним із необхідних засобів оформлення і розвитку права, не може вважатися його *достатнім* методологічним ресурсом. Присутність у будь-якій реальній системі права настанов і передумов, явно не виражених через свою умотивованість прихованою ситуативною грою соціально-політичних сил, що поза всяким сумнівом впливають і на процес прийняття законів, і на процес прийняття судових рішень, конфліктним шляхом експлікованих та інтерпретованих, не просто ускладнює, а й дійсно робить проблематичним застосування логіки. Таким чином, ми зустрічаємось у Холмса не з запереченням логіки, а з однією з перших і тверезих спроб встановлення реальних обмежень щодо її застосування в чинному праві. Саме встановлення цих фактичних, соціально детермінованих *матеріально-правових* обмежень логічного виведення і повинно бути вихідним пунктом розвитку юридичної логіки як конкретизації логіки загальної. Такий підхід означає, що принципи юридичної логіки мають як би «проростати» із змістовного ґрунту чинного права, а не привноситися до нього «іззовні».

Проте головним ідеологом такого підходу був не сам Холмс, а перший декан Гарвардської юридичної школи Кристофер Колумбус Ленгдел (1826-1905). Його сьогодні вважають тією «людиною,

¹ Holmes O. W. The Path of the Law. P. 465-466.

що дала нам сучасну американську юридичну школу — кейз-бук, сократівський метод навчання, теорію контрактів на першому курсі»¹. Сам Ленгдел спеціалізувався в історії середньовічного боргового права², і можливо тому Холмс одночасно і з великою повагою, і трохи іронічно називав його «найбільшим із сучасних юридичних теологів» за захопленість витонченими дистинкціями правових відносин.

Саме Ленгдел першим став наполягати на тому, що право за самою своєю суттю взагалі не має демонстративної достовірності математичного зразку і не мусить на неї орієнтуватися. До його гідностей не відноситься також і певність стандарту, як у природничих науках. Більш того, оскільки американське право не зафіксоване в систематичній і компактній формі кодексів, що можуть бути відносно легко вивчені та застосовані, «обговорення казусів для студента-юриста, здатного філософськи мислити, є те ж саме, що й факти для студента-природничника»³. Право розумілося Ленгделом як «автономна технічна наука», до завдання якої входить розшук принципів «у таких першоджерелах, якими є казуси. Розуміння рішень судів розкриває реальний базис права. Цим базисом постають не ті величні принципи, що відносяться до кінцевих підстав суспільного ладу, а вузькі технічні принципи, що полегшують реальну роботу правника і використовуються судом при винесенні рішень у реальних справах»⁴.

Звідси й походить *кейз-метод* (case-method) Ленгдела, суть якого полягає в детальному розборі казусів і евристичному формуванні правил їхнього аналізу. Логіка тут не протиставляється досвідові, а організує та доповнює його, оскільки слідом за аналізом реальних випадків відбувався синтез правил. Сам Ленгдел порівнював свій кейз-метод з клінічною практикою студента-медика. Пов'язуючи в єдиний комплекс навички встановлення, класифікації та аналізу казусів, студент мав навчитися організовувати своє мислення про право в широкі субстанціональні категорії, засновані на фактичних випадках.

¹ Bayer A. D. Review of LaPiana's *Logic and Experience* // Cornell Law Review. 1995. V. 80. № 2. P. 360.

² Див.: Gordon R. W. The Case for (and Against) Harvard // Michigan Law Review. 1995. V. 93. № 6. P. 1232.

³ Цит. за: Bayer A. D. Вказ. праця. P. 365.

⁴ Цит. за: Gordon R. W. Вказ. праця. P. 1245-1246.

Ленгдел, Холмс та їх колеги (Джон Крістіан Грей, Джеймс Бредлі Тейер та ін.) почали закладати нові основи теорії загально-го права на емпіричних генералізаціях і категоріях, а також на критично переосмислених після вивчення величезного історичного і сучасного матеріалу принципах класифікації основних правових відношень. У зв'язку з цим відмітимо розроблену Ленгделом систематичну класифікацію абсолютних і відносних цивільних прав, корельованих з ними обов'язків, зобов'язань та форм їхнього порушення¹, розроблену на основі історичного аналізу особових і майнових прав та похідних від них зобов'язальних відносин. Хоча сама по собі ця класифікація становить інтерес скоріше для цивілістів, ніж для логіків (застосована в ній логічна техніка не виходить за межі традиційної теорії природної класифікації), слід зазначити один важливий момент, істотний саме для історії юридичної логіки в США. Класифікація Ленгдела стала відправною моделлю для подальших спроб змістовного, а відтак, і формального аналізу основних правовідносин на початку ХХ ст. у працях Морріса Коена² та Веслі Хохфельда³, які заслуговують на окремих розгляд.

Але головним полем розвитку американської юридичної логіки наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. стала теорія юридичного доведення. Цікава, хоча й далеко не безсумнівна, спроба пов'язати важливі цивільно-процесуальні питання про тягар доведення з технікою силогістичного виводу була розпочата Остіном Ебботом⁴ у 1892 р. Коментуючи статтю «Тягар доведення» Джеймса Тейера (Thayer), найкрупнішого фахівця з теорії доведень того часу, Еббот звернув увагу на те, що в справах, аналізованих судом за участю журі, фактично існує два, а не один вид логічного обґрунтування тягару доведення, а отже, і дві логічно різноманітні шкали зважування доведень. Якщо стратегія захисту відповідача полягає в заперечуванні правомірності позову, тоді тягар доведення його обґрунтованості ле-

¹ Див.: *Langdell C. C. A Brief Survey of Equity Jurisdiction.* // *Harvard Law Review.* 1887. V. 1. № 2. PP. 57-72; *Langdell C. C. Classification of Rights and Wrongs* // Там саме. 1900. V. 13. № 7. PP. 537- 556; № 8. PP. 659-678.

² Див.: *Cohen M. R.* Вказ. праця.

³ Див.: *Hohfeld W. N. Fundamental Legal Conceptions.* New Haven: Yale Un. Pr., 1920.

⁴ Див.: *Abbot A. Two Burdens of Proof* // *Harvard Law Review.* 1892. V. 6. № 3. PP. 125-137.

жить на позивачеві. Якщо ж немає заперечування предмета судового спору, тоді тягар доведення вибачувальних обставин покладається на відповідача.

Шкали зважування представлених доведень у судді та у журі різні, тому що вони визначаються презумпціями різних видів. У судовому міркуванні Еббот запропонував розрізняти *презумпції факту, слідування, дозволені та юридичні презумпції*¹. Перші є припущеннями самого існування предмета спору, другі відносяться до компетенції логіки, треті постають презумпціями, що *можуть* або *не можуть* бути зроблені в тому або іншому випадку залежно від думки журі, четверті ж *можуть* бути зроблені тільки суддею, якщо він вважатиме їх необхідними. Презумпції слідування (тобто логічні презумпції) обов'язкові для сторін, журі та судді. Юридичні ж презумпції зв'язують тільки суддю та журі. Презумпції факту і дозволені презумпції відносяться тільки до журі. Але ані узгоджені між усіма учасниками процесу, ані спірні презумпції не зв'язують, якщо при їхньому застосуванні оспорується менший засновок судового міркування. Отже, сама презумпція може стати спірною, якщо щодо неї можливо оспорювати менший засновок, або висновок судового міркування. Презумпція ж факту взагалі не залежить від варіацій спірності або згоди щодо усіх елементів логічної структури судового міркування. Зазначимо, що не тільки з точки зору загального права, а й з точки зору більш наближеного до дедуктивної організації «континентального» стилю судового міркування спроба Еббота здається надто абстрактною і не досить обґрунтованою саме з логічного боку — *усі без винятку* учасники процесу можуть як стверджувати, так і заперечувати слушність тих або інших презумпцій, бо у протилежному випадку матимемо невинуватене обмеження процесуальних прав сторін, а відтак, і кардинального принципу демократичного правосуддя — рівності усіх перед законом.

У цілому ж застосування традиційної логіки в теорії судового доведення, заснованій на «загальному праві», як і припускав Холмс, виявилось надзвичайно складним завданням. У статті «Дійсне та майбутнє теорії доведень» (1898) Джеймс Тейер писав: «Наше доказове право певною мірою постає алогічним ... і не завжди доступним розумінню, бо є продуктом системи журі і наслідком безлічі

¹ Див.: *Abbot A.* Вказ. праця. Р. 127.

правил, створених ще правниками тієї давнини, коли практичні питання розглядалися в судах невідготованими громадянами, що виступали в ролі суддів факту (Judges of fact). Будучи в більшості інших відносин ірраціональним, завдяки участі цих громадян воно наповнилося здорового глузду ... який, однак, виявляється випадково ... який часто є короткозорим і погано інструктованим і який має бути прояснений, спрощений і досліджений [сучасними] юристами з позицій загальних принципів¹. Тейєр відзначав, що в сучасному йому доказовому праві утримується величезна і складна сукупність правил, що займають разом із прикладами їхнього застосування в дев'ятому виданні найкращої на той час роботи Тейлора з англійського доказового права аж 1234 сторінки *in octavo*. «Декілька принципів, покладених в основу розробки цього матеріалу, постають ясними, простими і зрозумілими. Але ... вони поховані під величезним масивом правил і вирішень, які неможливо згармонізувати або звести у несуперечливу та значущу систему.. Тому ці правила і є погано сформульованими, погано зібраними та погано зрозумілими»². Відсутність у них, як висловлювався Тейєр, «логічної релевантності» і призводить до того, що «в галузі доказового права так багато конфузних результатів»³. Залишаючись на ґрунті «правового реалізму», Тейєр фактично засновує свою критику доказового права на імпліцитному визнанні його «ахілесової п'яти» — принципу *stare decisis*. Основним же джерелом зазначених ним «конфузій» є властива «загальному праву» відмова від послідовної кодифікації і дедуктивних принципів у застосуванні права і замість них орієнтація на прецедент, тобто на аналогію з усіма її гідностями (прийняття на себе суддею не тільки юридичної, а й інтелектуальної відповідальності за перше раціональне розв'язання) і витратами (усунення від інтелектуальної відповідальності при дублюванні прецеденту під приводом *stare decisis*) цього виду вірогідних міркувань. Як відзначав у ті ж роки інший автор, Джордж Хей, «судді звичайно почувають себе зобов'язаними слідувати попереднім вирішенням і віддають перевагу бажанню утримуватися від

¹ Thayer J. B. The Present and Future of the Law of Evidence// Harvard Law Review. 1898. V. 12. № 2. P. 72.

² Там саме. P. 74.

³ Там саме. P. 79.

своїх власних, що йдуть далі, ніж вже відомі їм»¹. З логіко-методологічної точки зору проблема полягала в необхідності сполучення елементів дедуктивного і вірогідного виводу в юридичному процесі та встановлення меж їхнього застосування і точок можливого сходження.

Таким чином, на порозі ХХ ст. американськими теоретиками була в головних рисах сформульована дослідницька програма виявлення логічної структури і принципів організації юридичного знання, технології доведення і методики її застосування в суді. Головне ж — з'явилися зацікавлені вчені, готові і спроможні реалізувати цю програму.

Надійшла до редколегії 26.10.98

¹ *Hay G. The Law and Its Limitations// Harvard Law Review. 1898. V. 12. № 3. P. 198.*

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Корж, доц. ІПК Генпрокуратури України

Вдосконалення кримінального законодавства — важливий засіб протидії організованій злочинності

Загальний стан криміногенної обстановки в Україні складний. Вона характеризується зростанням злочинності, консолідацією організованих злочинних угруповань, підвищенням професіоналізму їх учасників. Водночас зростають насильницькі злочини проти особи, економічні, незаконний обіг наркотичних засобів, контрабанда, торгівля зброєю, радіоактивними матеріалами та ін., вчинені організованими злочинними групами.

В цих умовах протидією організованій злочинності повинен стати новий КК України. Серед вчених і практиків мають місце різні підходи до теоретичного визначення поняття організованої злочинності та форм і видів співучасті. У зв'язку з цим при подальшій роботі над проектом нового КК України необхідно враховувати: 1) аналіз судово-слідчої практики щодо нових форм співучасті; 2) наукові дослідження організованої злочинності в монографіях, наукових публікаціях вчених: А. Долгової, О. Гурова, І. Карпеця, М. Яблокова та ін.; 3) проект модельного закону СНД «Про боротьбу з організованою злочинністю»; 4) кримінальне законодавство Росії, Казахстану, інших держав СНД та Європи. В основу цього модельного закону покладено визначене окремими вченими поняття організованої злочинності як сукупність дій по утворенню та функціонуванню таких організованих злочинних формувань, як організована злочинна група, банда, злочинна організація, злочинне співництво¹.

¹ Див.: Михайлов В. И., Федоров А. В. Модельный закон СНГ «О борьбе с организованной преступностью», содержание и структура // Гос-во и право. 1998. № 2. С. 79.

В проєкті нового КК України викладені питання злочину, вчиненого організованою групою та злочинною організацією, без визначення ознак, розмежування одного виду організованих злочинних формувань від іншого, без врахування досвіду правозастосовної практики в Україні, країнах СНД. Організована злочинність є найбільш руйнівний для держави елемент злочину. Вона значно випереджує форми і методи боротьби з нею, а чинне кримінальне законодавство і проєкт нового КК України не становлять ефективного засобу протидії організованій злочинності у зв'язку з тим, що в них не відображені особливості злочинності сучасного періоду.

Вважаємо, що організована злочинність — суспільно небезпечне, негативне соціальне явище, що носить цілеспрямований, стихійний, планомірний характер і виражається у таких формах: організована група, злочинне співництво, злочинна організація. Організована злочинність проявляється у традиційних для транснаціональних злочинних організацій сферах: загальнокримінальній та економічній. До загальнокримінальної організованої злочинності слід відносити: наркобізнес, кримінальний тероризм (замовні вбивства), незаконний обіг зброї, організацію проституції, крадіжки і контрабанду автомобілів, організацію незаконної міграції тощо. Економічну організовану злочинну діяльність складають: тіньова, білокомірцева та ринкова. Правозастосовна практика підтверджує наявність організованих злочинних груп, злочинного співництва, злочинної організації.

Ситуація перша. На залізничному вокзалі біля кас випадково зустрілися два чоловіки, раніше знайомі, які відбували покарання в одній колонії. Вони звернули увагу на жінку, яка мала чотири валізи. Пристальний погляд, декілька жестів, один з них відвертає увагу жінки, а другий вчиняє крадіжку, після чого крадене ділять між собою.

Ситуація друга. На вокзалі «працює» група осіб, яка систематично вчиняє крадіжки особистого майна. Ролі між членами групи розділені так: один вишукує об'єкт посягання, другий входить у довіру до пасажира, «заговорює зуби», третій вчиняє крадіжку, четвертий чергує в автомобілі, приймає крадене і відвозить його на квартиру до п'ятого, який збуває це крадене. Прибуток розподіляється між членами групи.

І в першому, і в другому випадку слідство та суд кваліфікували злочини за ч. 2 ст. 140 КК як вчинення крадіжки за попереднім зговором групою осіб.

Якщо в першій ситуації йдеться про співучасть з розподілом ролей, тобто має місце групова злочинність, то у другій ситуації говорити про групову злочинність не виправдано, тому що ступінь суспільної небезпеки злочину тут значно вищий. Ступінь організованості, згуртованості, стійкості кримінальних зв'язків, кримінальна професійність, спеціалізація злочинної групи у другій ситуації вийшли за межі понять складної форми співучасті і кваліфікуючих ознак ч. 2 ст. 140 КК — вчинення злочину групою осіб.

В першій ситуації форма співучасті характерна для співвиконавців, коли кожен з співучасників безпосередньо бере участь у виконанні дій, визначених складом злочину. Прикладом подібної співучасті може бути групове згвалтування, хуліганство, мужолозтво, вбивство у бійці тощо. Група передбачає спільність дій співучасників у часі, просторі, що визначає спільність їх наміру, достатню для констатації співучасті за відсутністю попереднього зговору. Ця форма співучасті знайшла своє відображення у чинному кримінальному законодавстві і використовується судово-слідчою практикою.

У другій ситуації кваліфікованою ознакою крадіжки доцільно визначити вчинення злочину організованою групою. Остання характеризується більш високою суспільною небезпекою, зорганізованістю, стабільністю, стійкістю кримінальних зв'язків, розробкою плану злочинної діяльності, у тому числі підготовки, способу, місця, часу вчинення злочину, способів приховування слідів злочинної діяльності, розподілом ролей відповідно до кримінальної кваліфікації та спеціалізації членів групи, наявністю лідера. Співучасники організованої групи використовують різні способи вчинення групових злочинів. Одні з них беруть участь у підготовці до злочинної діяльності, інші — безпосередньо вчиняють злочини, зберігають, транспортують та збувають крадене. Кожен знає свої обов'язки, а тому група функціонує чітко і злагоджено. В організаційній злочинній групі діють свої правила, принципи, норми поведінки. У зв'язку з цим на слідстві співучасники бояться порушити внутрішньогрупові принципи і не викривають членів групи.

У правозастосовній практиці поширені випадки вчинення таких злочинів, як крадіжка державного або колективного майна, грабїж, розбійний напад, умисне тяжке тілесне ушкодження та ін., в найбільш високій суспільно небезпечній формі організованої злочинної діяльності — організованій групі, але дана кваліфікуюча

ознака відсутня у названих складах злочинів Особливої частини чинного КК.

Ситуація третя. Злочинна група декілька років займається наркобізнесом. Керує нею лідер. Злочинна діяльність групи цілеспрямована, згуртована, зорганізована, планується. Так, одна підгрупа займається кримінальною розвідкою; друга — забезпечує доставку сировини за допомогою мобільного транспорту; третя — займається виготовленням із сировини наркотиків, використовуючи наукові та технічні засоби; четверта — збуває наркотичні засоби; п'ята — відносить «данину» корумпованим представникам органів внутрішніх справ; шоста — підшукує об'єкти для легалізації тіншового капіталу. В даній моделі має місце така форма організованої професійної злочинної діяльності, як злочинне спільництво.

Форми організованої злочинної діяльності, злочинне спільництво характеризуються загальними для них ознаками: найбільш високою суспільною небезпекою; зорганізованістю; стійкістю кримінальних зв'язків; планомірністю злочинної діяльності; кримінальною професійністю; цілеспрямованістю; наявністю лідера, керівництва; мобільністю (транспорт, охорона); використанням у злочинній діяльності наукових, технічних, комп'ютерних засобів; забезпеченням безпеки злочинного спільництва, керівництва, лідера; стійкістю корумпованих зв'язків з посадовими особами органів державної влади та управління; охороною керівництва, спільництва.

У чинному КК і проекті нового КК не визначені поняття організованого злочинного спільництва і відповідальність його членів.

Злочинна організація як форма організованої професійної злочинної діяльності характеризується зорганізованістю, згуртованістю, мобільністю, цілеспрямованістю, активністю, наявністю матеріальної та інформаційної бази, суворою функціонально-ієрархічною структурою, стійкістю кримінальних зв'язків, забезпеченням безпеки членів організацій, наявністю охорони керівництва, розробкою кримінальних операцій з використанням комп'ютерних, наукових, технічних засобів, зброї та ін.

Вважаємо, що бандитизм — це різновид злочинної організації. Кваліфікуючу ознаку «злочинна організація» слід застосовувати до таких злочинів: захоплення заручників, розбій, незаконне придбання, зберігання, використання, передача або руйнування радіоактивних матеріалів, розкрадання радіоактивних матеріалів, незаконний

вивіз за межі України сировини, матеріалів, обладнання для створення зброї, а також спеціальної техніки та ін.

Викладене дозволяє зробити наступні висновки.

Правозастосовна практика в Україні свідчить про наявність таких форм організованої професійної злочинної діяльності: організована група, злочинне співництво, злочинна організація, і вони потребують подальшої правової регламентації.

Зокрема, у Загальній частині КК слід викласти поняття організованої злочинної діяльності та її форм, а у Особливій частині передбачити для окремих складів злочинів такі кваліфікуючі ознаки, як вчинення злочинів організованою групою, злочинним співництвом, злочинною організацією, які є обставинами, що обтяжують відповідальність.

Вважаємо, що до окремих статей проекту нового КК необхідно внести відповідні зміни та доповнення.

Назву ст. 27 проекту КК викласти у такій редакції: «Вчинення злочину групою осіб, групою за попередньою змовою, організованою групою, злочинним співництвом, злочинною організацією».

Зокрема, ч. ч. 3-5 цієї статті проекту записати так:

(ч. 3) «Злочини визнаються вчиненими організованою групою, якщо в них брали участь дві або більше особи, які попередньо об'єдналися для спільної, зорганізованої, активної злочинної діяльності з відповідним плануванням способів, місць, часу вчинення злочинів, розподілом функцій згідно з кримінальною кваліфікацією та спеціалізацією співучасників, забезпеченням умов існування та активності групи.

(ч. 4) Злочини визнаються вчиненими організованим злочинним співництвом, утвореним співучасниками для спільної, зорганізованої, згуртованої, цілеспрямованої, планомірної активної професійної злочинної діяльності з попередньою розробкою кримінальних планів, використанням наукових, технічних засобів, кримінальної спеціалізації співучасників та забезпеченням безпеки, умов існування, активності співництва, наявністю корумпованих зв'язків з посадовими особами органів влади, управління.

(ч. 5) Тяжкі та особливо тяжкі злочини визнаються вчиненими злочинною організацією, утвореною співучасниками для спільної, згуртованої, зорганізованої, цілеспрямованої, планомірної, активної кримінально-професійної діяльності з використанням зброї».

Статтю 29 у проєкті нового КК викласти в такій редакції:

«Співучасниками вчинення тяжких злочинів поряд з виконавцями визнаються організатори, керівники, підмовники, посібники.

Організатором визнається особа, яка організувала групу, або злочинне спільництво, або злочинну організацію з метою вчинення тяжких злочинів.

Керівником визнається особа, яка розробила кримінальні цілі, методики, плани, способи вчинення тяжких злочинів, або брала участь у вчиненні злочинів, або забезпечувала умови існування, активності, безпеки організованої групи, злочинного спільництва, злочинної організації.

Ступінь і характер участі кожного з співучасників організованих форм професійної злочинності у вчиненні тяжких злочинів повинні бути враховані судом при призначенні покарань.

Учасник організованої групи, або злочинного спільництва, або злочинної організації може бути частково або повністю звільнений від кримінальної відповідальності та покарання, якщо він під час дізнання, попереднього розслідування чи судового розгляду справ сприяв викриттю організованої групи, або злочинного спільництва, або злочинної організації та вчинених ними тяжких злочинів, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню збитків, заподіяних фізичним, юридичним особам і державі».

Надійшла до редколегії 18. 06. 98.

В. Голина, проф. НЮА України

Рецидивна злочинність в Україні: рівень, структура, динаміка

Рецидивна злочинність є кримінологічним поняттям, яке тісно, але не цілком, пов'язане з кримінально-правовим поняттям «рецидив злочину»¹. Чинне кримінальне законодавство України взагалі не містить поняття рецидиву злочину і цей термін не використовується у конструюванні кримінальних норм. Лише ст. 26 КК Ук-

¹ Термін «рецидив» походить від латинського слова *recidives* — те, що повторюється, повертається, тобто повторення чогось.

раїни регулює підстави і порядок визначення злочинця особливо небезпечним рецидивістом, набір й частота судимостей якого, як правило, свідчать про злочинну кар'єру чи ступінь соціальної небезпеки їх носія.

В теорії кримінального права існують різні поняття і класифікації рецидиву злочинів. Найбільш поширеним є погляд, що рецидив злочинів охоплює випадки, коли особа вчиняє будь-який новий злочин після засудження її за раніш вчинений також будь-який злочин при наявності за нього непогашеної або не знятої судимості. Такий рецидив одержав у кримінально-правовій теорії назву легального. Залежно від характеру вчинених особою злочинів, кількості судимостей у злочинця, ступеня суспільної небезпеки злочинів, що входять до рецидиву, легальний рецидив класифікується на такі види: загальний і спеціальний рецидив, простий і складний (багаторазовий), пенітенціарний, особливо небезпечний тощо¹.

Всупереч такому поняттю у літературі під рецидивом злочину пропонується розуміти повторне вчинення злочину (злочинів) незалежно від кримінально-процесуальних наслідків за попередній злочин. Особа може вчинити новий злочин, але внаслідок різних обставин або взагалі вже не має судимості за раніш вчинений злочин, або за попередній злочин зазнала інших, ніж кримінальна відповідальність, заходів впливу², тобто тут має місце фактичний рецидив³.

Деякі кримінологи (В. Кудрявцев, О. Ратінов та ін.) схильні вважати рецидивом злочину не будь-яке повторне вчинення злочину навіть після засудження, а тільки таке, яке свідчить про наявність у особи сталої антисуспільної установки. За їх думкою, рецидив — це вчинення навмисного нового тяжкого або особливо тяжкого злочину особою, яка відбула чи відбуває покарання у вигляді позбавлення волі за тяжкий або особливо тяжкий злочин і знову засуджена до позбавлення волі. Тут простежується прагнення вчених виділити тип особи злочинця — небезпечного, жорсткого, зі сталою

¹ Див.: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины. Общая часть. Днепропетровск, 1992. С. 123-126.

² Див.: *Зелинский А. Ф.* Криминология. Курс лекций. Х., 1996. С. 231-233; *Криминология / Под общ. ред. А. И. Долговой.* 1997. С. 727.

³ Термін «фактичний рецидив» вживав, наприклад, ще Б. Утевський (див.: *Утевский Б. С.* Рецидив и профессиональная преступность // Проблемы преступности. М., 1928. Вып. 3. С. 98).

антисуспільною орієнтацією, для якого вчинення нового злочину є продовженням злочинної діяльності.

У кодексах деяких країн СНД рецидивом злочинів визнається вчинення навмисного злочину особою, яка має судимість за раніш вчинений навмисний злочин (ст. 18 КК Російської Федерації).

Офіційна кримінальна статистика, яку веде Центральне інформаційне бюро МВС України, до рецидивістів відносить злочинців, які раніш вчинили злочин, незалежно від наявності у них судимості і виду (за формою вини) злочину, і знову вчинили будь-який злочин. Отже, для визначення рецидиву практика в Україні враховує будь-яку повторність чи множинність злочинів.

Дійсно, до рецидиву злочинів входять як рецидив звичних злочинців — кримінальних професіоналів, так й інші види рецидиву незалежно, як думається, від кримінальних і кримінально-процесуальних наслідків за попередній злочин. Наявність судимості або її відсутність має значення для побудови окремих інститутів кримінального, кримінально-процесуального та виправно-трудоного права. Але ж теорія і практика спеціально-кримінологічного попередження злочинів зустрічаються з необхідністю розробляти заходи протидії різним видам множинності злочинів, в тому числі щодо осіб, до яких за їх перший злочин були застосовані передбачені кримінальним законом інші, ніж покарання, заходи, або у яких судимість погашена чи знята, або які за перший злочин не були взагалі притягнуті до кримінальної відповідальності.

Кримінологічний рецидив злочинів — це повторне вчинення нового злочину особою, яка раніш вчинила злочин, незалежно від наявності за нього судимості. Кримінологічне поняття рецидиву дозволяє виділити повторні злочини, вчинені особами, до яких (за різних обставин) заходи кримінально-правового впливу взагалі не застосовувалися; які мають непогашену або не зняту судимість; судимість яких погашена або знята; щодо яких застосовані за попередні злочини інші, ніж кримінальне покарання, заходи впливу. Сказане приводить до висновку, що кримінологічне поняття рецидиву злочинів значно ширше за кримінально-правове і, на нашу думку, більш адекватно відбиває кримінальну реальність.

Отже, рецидивна злочинність є специфічною частиною загальної злочинності і становить собою сукупність повторно вчинених злочинів злочинцями, які раніш вже здійснили кримінальне посягання на конкретній території і за певний час.

Рецидивну злочинність можна розглядати і як єдине ціле, що відокремлюється від усїєї загальної злочинності за особливою характеристикою особи злочинця, і як складне явище, частинами якого є такі кримінальні феномени, як професійна і організована злочинність, пенітенціарна і постпенітенціарна злочинність тощо.

Розгляд рецидивної злочинності як єдиного цілого пояснюється необхідністю виявлення її загальних кількісно-якісних тенденцій, криміногенних детермінант, заходів попередження.

За деякими даними, кількість злочинів, вчинених особами, які раніш вже вчиняли злочини, підвищилась за останні 25 років (1972-1997) більш як у 2, 8 рази. Інтенсивний зріст рецидивної злочинності був відмічений у 1974, 1978-1983, 1987, 1989 рр., значно знизився її рівень у 1977 і 1988 рр. У 1989-1993 рр. чисельність рецидивних злочинів зростала не так швидко, як загальний рівень зареєстрованої злочинності. У зв'язку з цим їх частка в числі зареєстрованих злочинів у 1988-1993 рр. коливалась між 18-21%¹. У 1995-1997 рр. питома вага рецидиву до числа розслідуваних кримінальних справ складала у середньому десь 18%. Що стосується абсолютних показників рівня рецидивної злочинності, то вони такі: у 1995 р. було зареєстровано рецидивних злочинів — 60406, у 1996 р. — 72140, у 1997 р. — 74406. З урахуванням латентної рецидивної злочинності можна припустити, що її дійсний рівень в Україні у зазначені роки значно більший, ніж в наведених даних кримінальної статистики.

Аналіз структури рецидивної злочинності та її змін тільки за останні три роки (1995-1997) також свідчить про несприятливі тенденції — зростання в цілому тяжких, особливо насильницьких, корисливо-насильницьких, корисливих злочинів, хуліганства та ін.

Якісні показники структури рецидивної злочинності наведені у табл. 1.

З наведених даних видно, що порівняно із загальними відомостями про зареєстровані в Україні за ці роки зазначені злочини приблизно кожний п'ятий — сьомий, а за деякими видами злочинів — і кожний четвертий злочин з числа зареєстрованих вчинені особами, які раніш їх вчинили. Взагалі ж простежується тен-

¹ Див.: Кулик А. Г., Бобыль В. И. Общая тенденция преступности в Украине в 1972-1993 гг. и прогноз на ближайшие годы // Бюл. законодательства і юрид. практики України. 1994. № 2. С. 12-13.

Таблиця 1

**Кримінально-правова структура рецидивної злочинності
в Україні за 1995-1997 рр.**

Вчинено злочинів особами, які раніш їх вчинили	1995 р.	Питома вага до числа розслідуваних	1996 р.	Питома вага до числа розслідуваних	1997 р.	Питома вага до числа розслідуваних
Умисні вбивства	828	22,4%	1046	26,3%	994	26,3%
Умисні тяжкі тілесні ушкодження	1067	18,1%	1271	21,4%	1201	20,8%
Розбійні напади	1134	30,8%	1457	28,5%	1652	37,6%
Грабіжі	2733	22,7%	3190	26,7%	3474	27,6%
Крадіжки державного майна	9756	14,1%	10000	16,5%	9677	18,8%
Крадіжки індивідуального майна, у тому числі квартир	21279	24,3%	25491	27,1%	26226	26,6%
Згвалтування	399	25,2%	395	31,7%	335	26,3%
Хуліганство	3078	10,4%	3618	11,5%	3636	10,9%
Всього	60406	15,8%	72140	18,2%	74406	18,1%

денція до підвищення питомої ваги рецидивізму в зареєстрованій злочинності в Україні: кожний п'ятий злочин у 1997 р. (22,4%) вчинено особами з кримінальним минулим і майже кожний другий злочин є тяжким. Як бачимо, у структурі рецидивної злочинності «лідирує» корислива й корисливо-насильницька злочинність. Це пояснюється тим, що більшість рецидивістів орієнтується на ті злочини, які приносять швидку економічну вигоду. Традиційно криміналітет професіоналізувався на крадіжках індивідуального майна, грабіжах, розбоях. Найбільш незахищеними і кримінально доступними стали квартири громадян, крадіжки з яких і розбійні напади на які перетворилися на загальне лихо в Україні. Разом з тим у середньому кожний 11-12 рецидивний злочин припадає на крадіжки державного, колективного і суспільного майна з магазинів, баз, фірм, складів, інших приміщень. Практика свідчить, що організовані злочинні групи, які часто формуються ще у місцях позбавлення волі, тривалий час безкарно обкрадують магазини (особливо сільські), корівники, птахоферми тощо.

За даними кримінальної статистики, число рецидивістів, які вчинили нові злочини однорідного складу у 1997 р., дещо зменши-

лось у порівнянні з 1996 р. Якщо у 1996 р. таких рецидивістів було виявлено близько 4,3 тис., то у 1997 р. — тільки 3,5 тис., що складає приблизно 8,2% всіх рецидивістів по лінії карного розшуку. Остання частина рецидивістів вчинила різнорідні злочини. За думкою А. Зелинського, загальний рецидив означає зміну злочинної діяльності, на що впливають внутрішні особисті (суб'єктивні) і зовнішні (об'єктивні) чинники. Кримінологічні дослідження свідчать, що серед рецидивістів зросла частка осіб, які переорієнтовують свою кримінальну активність відповідно до таких змін, котрі відбуваються у соціально-економічних і політико-правових відносинах в країні. На зміну злочинної діяльності істотно впливають пияцтво і наркоманія. Частіше відповідають за загальний рецидив особи з нестійким характером, навіюваннями та імпульсивністю поведінки¹.

У 1996-1997 рр. було зареєстровано відповідно 1848 і 1524 випадків вчинення рецидиву злочинів у групі. Це у середньому складає десь до 40% загальної чисельності виявлених за два роки рецидивістів. На факт підвищення професіоналізму і організованості рецидивних угруповань вказують кримінологи Росії, Біларусі, за даними яких у 1995 р. частка групового рецидивізму досягла 32%. Характерно, що серед виявлених груп частка організованих значно вища². Деяке зниження групового рецидивізму в Україні за 1997 р. може свідчити не про дійсне його зменшення, а про підвищення рівня організованості і захисту злочинних угруповань від викриття і покарання. Тривале існування організованих злочинних угруповань, банд, зграй є характерною рисою сьогодення боротьби зі злочинністю.

Що стосується кримінологічної структури рецидивної злочинності, то перш за все слід звернути увагу на її територіальну нерівномірність розподілу в Україні. Найбільш уражені кримінальним рецидивізмом ті регіони, в яких найбільший рівень зареєстрованої злочинності: Дніпропетровська, Донецька, Запорізька, м. Київ, Одеська, Автономна Республіка Крим, Харківська та ін. Але значне зростання рецидивної злочинності спостерігається і в тих областях, де рівень загальної злочинності відносно низкий (Закарпатська, Львівська, Херсонська та ін.).

¹ Див.: Зелинский А. Ф. Рецидив преступлений (структура, связи, прогнозирование). Х., 1980. С. 139.

² Криминалогия / Под общ. ред. А. И. Долговой. С. 736.

Зростає кількість злочинів, вчинених рецидивістами з використанням зброї, транспортних засобів, опіру правоохоронним органам.

Структура особи злочинця, у тому числі й особи рецидивіста, характеризується соціально-демографічними, соціально-рольовими, кримінально-правовими та моральними рисами.

Переважна більшість рецидивістів — чоловіки. Частка неповнолітніх дорівнює десь 7-8% загальної кількості осіб, які вчинили злочини повторно. Кількість жінок серед дорослих рецидивістів складає приблизно 3-3,5%, хоча на 10 тис. засуджених жінок у 1996 р. 53% ув'язнені повторно. З числа багаторазово судимих 3,2% складають особи, визнані судом особливо небезпечними рецидивістками¹.

Серед осіб, які раніш вчинили злочини по лінії карного розшуку, кожний десятий рецидивіст має три і більше судимостей. Значна частина рецидивістів перебуває під адміністративним наглядом. Помітна різниця в інтенсивності рецидивних проявів серед різних категорій засуджених, що видно з даних табл. 2.

Таблиця 2

Інтенсивність рецидиву злочинів серед категорій засуджених в Україні у 1996-1997 рр.

Виявлено осіб, які раніш вчинили злочин		В тому числі раніш утримувалися в місцях позбавлення волі		З них вчинили злочин						Умовно засуджених		В тому числі особливо небезпечних рецидивістів	
				протягом першого року після звільнення із місць позбавлення волі		протягом невідбутої частини після умовно-дострокового звільнення		під час відбування виправних робіт					
1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.	1996 р.	1997 р.
49478	49744	15305	14533	4144	4455	314	384	964	1032	2352	3149	936	892

Привертає увагу те, що понад 1/3 злочинців — це постпенітенціарні рецидивісти. І справа тут не в тому, що злісні злочинці знову вчиняють злочини. Така тенденція закономірна. Проблема полягає у соціальній адаптації. У 1996 р. з місць позбавлення волі звільнилося майже 60 тис. осіб. Дослідження неодноразово засуд-

¹ Див.: Денисова Т. Жіноча злочинність очима практика // В пошуках альтернатив тюремному покаранню // Матеріали міжнародного симпозіуму 15-16 січня 1997 р. К., 1997. Вип. 1 С. 58.

жених, що відбували покарання у виправно-трудовах колоніях суворого режиму, показали, що переважна більшість засуджених після виходу на волю знову повертається у місця позбавлення волі не бажає, але 67% не впевнені, що після ув'язнення суспільство їх прийме, допоможе вирішити соціально-побутові проблеми і розпочати нове життя¹.

З числа чоловіків і жінок шлюбного віку помітно більше неодружених і незаміжніх. Сім'ї у засуджених до позбавлення волі, особливо у жінок, часто розпадаються — приблизно кожна третя, а фактичні шлюбні стосунки підтримуються десь наполовину. В той же час близько 70% рецидивістів підтримують стосунки з родичами. Далеко не всі, навіть неодноразові рецидивісти, стають «авторитетами», лідерами злочинних угруповань, «блатними» і засвоюють риси професійних злочинців².

Щодо моральних рис особи рецидивіста, то в цьому плані вона неоднозначна. З одного боку, частина рецидивістів, використовуючи нові економічні відносини, активно займається злочинною підприємницькою діяльністю і більшість їх злочинів нерідко залишаються поза увагою правоохоронних органів. Такі злочинці йдуть на все заради економічної вигоди, застосовуючи у своїй діяльності злочинські норми поведінки і традиції, вживаючи, як свідчить практика, витончені і жорстокі методи залякування, погрози, розправи. З другого боку, інші рецидивісти деградуєть. Це в основному рецидивісти старшого покоління, багаторазові «відсидки» яких довершують портрет патологічної, аморальної, хронічно хворої, антисоціальної та асоціальної людини. З досягненням 45 — 50-річного віку кар'єра рецидивіста, як правило, завершується, їх злочинність набуває примітивного, часто ситуативного характеру, поєднаного з добуванням коштів на алкоголь і наркотики. Багато рецидивістів не мають постійного місця проживання, засобів до існування, позитивних соціальних зв'язків, родини, дозволя тощо. Особливо драматична доля жінки-рецидивістки, ресоціалізація якої є дуже проблематичною.

Дослідження особи рецидивіста минулих років і сучасності свідчать про те, що їх загальними рисами були і залишаються со-

¹ Див.: *Беца О.* До питання про створення в Україні соціальної служби по роботі з особами, звільненими з місць позбавлення волі // В пошуках альтернатив тюремному покаранню. С. 64.

² Див.: *Зелинский А. Ф.* Криминология. С. 236.

ціальна дезорганізованість, соціопатія, відчуження від людських цінностей, перекручена уява про нормальні людські стосунки, соціально-моральна занедбаність, дезадаптивність, люмпенізація, емоційна нестабільність, алкоголізація і наркотизація, імпульсивність поведінки, а взагалі — розпад особистості¹.

Типові загальні та специфічні кримінологічні риси особи злочинців-рецидивістів дозволяють їх групувати. За типом стійкості і спрямованості антисуспільної установки можна розрізнити три основних типи рецидивістів.

1. *Рецидивісти антисоціального типу*. До цієї групи входять найбільш небезпечні, кримінально активні, злісні злочинці (особливо небезпечні рецидивісти, кримінальні професіонали, «зłodії у законі», злочинні «авторитети» та ін. Вони складають приблизно 40% загальної чисельності рецидивістів.

2. *Рецидивісти ситуативного типу*, для яких характерний рецидив злочинів залежно від конкретної життєвої ситуації, під значним впливом котрої вчиняється новий злочин (рецидивісти, які вчиняють різнорідні злочини, рецидивісти-неповнолітні та ін.). Зазначеному типу рецидивістів притаманні нестійкість ставлення до соціальних цінностей, відсутність більш-менш сталих моральних принципів, примітивність поглядів, імпульсивність реакції та ін. Їх частка у загальній масі рецидивістів дорівнює десь 30-35%.

3. *Рецидивісти асоціального типу*, для яких характерним є тип особи з фактичним розпадом особистості. У таких осіб відмічаються втрата основних життєвих позицій, корисних зв'язків, глибока соціальна дезадаптація, котрі супроводжуються розпадом особистості внаслідок зловживання алкоголем, наркотиками, токсичними речовинами або психічних відхилень, тяжких хронічних соматичних захворювань. Обмежені за віком і тривалим строком перебування у місцях позбавлення волі інтелект і примітивізм потреб та інте-

¹ Див.: Яковлев А. М. Борьба с рецидивной преступностью. М., 1964. С. 102-111; Пинчук В., Клейменов Т. Из опыта изучения личности преступников-рецидивистов // Сов. гос-во и право. 1965. № 5. С. 102-103; Гаверов Г. С., Муссеенко Г. З. О некоторых факторах, обуславливающих рецидивную преступность взрослых и несовершеннолетних // Вопросы борьбы с преступностью: Тр. Иркут. ун-та. 1971. Вып 84. С. 3-27.; Зелинский А. Ф. Рецидив преступлений. С. 47; Карпец И. И. Преступность: иллюзии и реальность. М., 1992. С. 290-298; Денисова Т. Вказ. праця. С. 58-61 та ін.

ресів, фізична неспроможність вчиняти складні за задумом злочини сприяють вчиненню дезадаптивних злочинів: дрібних крадіжок, бродяжництва, хуліганства тощо¹.

З точки зору соціальної оцінки одержані при дослідженнях рецидивістів дані дозволяють зробити висновок, що цих людей характеризує яскраво виражена антисуспільна установка особи. Соціальний зміст цієї установки складає наявність у свідомості і поведінці рецидивістів таких усвідомлених антисуспільних поглядів і звичок, як корисливі і паразитичні спрямування, зневажливе ставлення до людей і суспільства, штучно створюваний ореол якоїсь-то винятковості, незвичайності та вищості, прагнення до насильства, жадоба домінувати за будь-яку ціну над оточуючими, деформація поведінки у родинній сфері, аморалізм, небажане ставлення до виправлення та перевиховування. Все це ставить перед сучасною теорією і практикою боротьби з рецидивною злочинністю серйозні проблеми.

Динаміка рецидивної злочинності має сталу тенденцію до збільшення росту. Якщо у 1988 р. було зареєстровано 33537 осіб, які вчинили злочин повторно, то у 1997 р. — 74406, тобто рецидивна злочинність за десять років подвоїлася. Неухильно зростає внутрішня динаміка (за видами злочинів) рецидивної злочинності (табл. 1). На її зростання впливають різні за своєю природою соціально-економічні та правові чинники.

Отже, стан рецидивної злочинності в Україні в період соціально-економічного і політичного реформування можна оцінити як несприятливий. Це призводить до зростання первинної злочинності, яка за темпами росту випереджає рецидивну злочинність. В умовах гострої соціально-економічної кризи і зниження життєвого рівня переважної частини законослухняного населення країни у злочинну діяльність залучаються все нові верстви населення, особливо молодь, у якої поняття про власне майбутнє є досить приблизним, у зв'язку з чим підвищився рівень загальної криміналізації населення, поширилась соціальна база і для зростання рецидивної злочинності. За деякими прогнозами, на найближчі роки можна очікувати значне підвищення рецидивної злочинності (закінчення статті у наступному номері Вісника).

Надійшла до редколегії 26. 10. 98

¹ Див.: Криминологія / Под общ. ред. акад. В. Н. Кудрявцева и проф. В. Е. Эминова. М., 1995. С. 231-232.

В. Навроцький, доц. Львів. ун-ту

Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією

Відомо, що висока латентність хабарництва зазвичай пояснюється труднощами виявлення та доказування цих посягань. В приховуванні хабарництва зацікавлені всі його учасники. Випадки одержання хабара частіше за все стають предметом уваги правоохоронних органів лише тоді, коли має місце вимагання хабара або ж не виконується дія, за яку давався хабар. Водночас поширеними є випадки, коли інформація про хабарництво в певній сфері є загальновідомою, однак конкретні факти не набувають процесуальної форми.

Тому серед заходів боротьби з корупцією в періодиці, усних виступах, пропозиціях до законопроектів часто пропонується так звана провокація хабара — пропозиція посадовій особі хабара з тим, щоб перевірити її стійкість, непідкупність, а при «позитивній» реакції на цю пропозицію — притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності.

Нового імпульсу такі ідеї набувають в період передвиборних кампаній. Чи не всі політичні партії виявляють стурбованість розгулом корупції та незадовільним станом боротьби з нею, не зупиняються перед можливістю запровадження крайніх заходів в боротьбі з нею. Наприклад, передвиборна програма партії «Реформи і порядок» передбачає «проводити періодичні випробування державних чиновників на порядність та непідкупність»¹. Очевидно, що інших способів перевірки, ніж контрольована пропозиція хабара із наступною селекцією на непідкупних та «підкупних», не існує.

Разом з тим в теорії кримінального права ставлення до таких заходів не те що прохолодне, а відверто неприязне. Вчені-криміналісти майже одноставно висловлюються про недопустимість використання

¹ Див.: Львів і львів'яни. 1997. 14 лист. Програма тієї ж партії водночас передбачає реально втілити принцип презумпції невинуватості особи. Очевидно, автори програми або не вважають посадових осіб такими, що заслуговують на презумпцію невинуватості — інакше для чого ж тоді проводити назване випробування, або ж знають способи перевірки непідкупності, які не пов'язані з порушеннями цієї презумпції.

методу провокації в боротьбі зі злочинністю, зокрема з корупцією¹. В літературі відзначається, що кримінальній відповідальності підлягає насамперед особа, яка спровокувала одержання хабара. Причому за законодавством України скоєне кваліфікується за ст. 171 КК, а за законодавством тих держав, де спеціальної норми про відповідальність за провокацію хабара немає, — як підмовництво до дачі чи одержання хабара, а також, виходячи з того, що для вчинення провокаційних дій посадова особа використовує своє посадове становище всупереч інтересам служби й викликає заподіяння істотних шкідливих наслідків, — за сукупністю як зловживання владою або посадовим становищем². Підлягає кримінальній відповідальності і той, хто був спровокований на одержання хабара. Як спеціально відзначив Пленум Верховного Суду України в п. 25 постанови від 7 жовтня 1994 р. «Про судову практику в справах про хабарництво», «те, що дача хабара або одержання хабара відбулися в зв'язку з провокацією, не виключає відповідальності того, хто дав або взяв хабара»³.

При такому підході метод контрольованої пропозиції хабара виявляється поза законом, оскільки працівники правоохоронного органу, які його застосовують, самі визнаються злочинцями⁴. Ситуацію не змінить і виключення з КК України ст. 171 — крок, який вже пропонувався і обґрунтовувався в літературі⁵, оскільки скоєне оцінюватиметься як співучасть у відповідних посяганнях⁶.

Противники використання методу провокації в боротьбі з хабарництвом свої аргументи спеціально не викладають та не обґрунтовують. Проте їх доводи в цілому добре відомі. В основному вони зводяться до наступного.

¹ Див.: *Капитонов Н.* Эксперимент или подстрекательство? // Законность. 1996. № 5. С. 34-35; *Волженкин Б.* Провокация или оперативный эксперимент? // Там же. № 6. С. 29.

² Див.: Курс советского уголовного права. М., 1971. Т. IV. С. 84-85.

³ Бюл. законодавства і юрид. практики України. 1995. № 1. С. 157.

⁴ Див.: *Капитонов Н.* Вказ. праця; *Волженкин Б.* Вказ. праця.

⁵ Див.: *Клименко В. А., Мельник Н. И., Хавронюк Н. И.* Уголовная ответственность за должностные преступления. К., 1996. С. 113-114.

⁶ Пленум Верховного Суду України у названій постанові вказав, що якщо із зазначеною в ст. 171 метою посадова особа організувала дачу чи одержання хабара, підмовила до цього того, хто дав чи одержав хабара, або сприяла їм у цьому, її дії слід кваліфікувати за відповідними частинами ст.ст. 19 і 170 чи 19 і 168 КК (див.: Бюл. законодавства і юрид. практики України. 1995. № 1. С. 157).

По-перше, провокування суперечить морально-етичним засадам суспільства. Застосування цього методу породить обстановку підозрілості, недовіри в середовищі посадових осіб, призведе до падіння престижу апарату держави. По-друге, існує небезпека корумпованості в середовищі самих «провокаторів», від рішень яких залежатиме не тільки репутація, а й доля посадових осіб різного рівня. По-третє, будь-яке посилення контролю і відповідальності призведе до зростання ставок хабарів, оскільки оплаті завжди підлягають не тільки послуги, а й страх бути викритим. По-четверте, дії осіб, які пропонують хабар, на думку багатьох криміналістів, повинні кваліфікуватися як підмовництво до одержання хабара, про що вже зазначалося.

Ці аргументи видаються важливими, однак в цілому вони не переконують у недоцільності легалізації методу контрольованої пропозиції хабара як засобу боротьби з корупцією. Не зупиняючись на критичному аналізі всіх можливих доводів супротивників цього методу, розглянемо останній детальніше.

Вважати дії працівників правоохоронного органу, які пропонують хабар з метою викриття посадових осіб, схильних до корупції, підмовництвом до злочину можна лише за умови наявності всіх об'єктивних і суб'єктивних ознак співучасті. В аналізованій ж ситуації вони відсутні. Такі дії не посягають на жодний правоохоронюваний об'єкт — вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а тільки інтереси корупціонера по ухиленню від кримінальної відповідальності. Пропозиція «хабара» з метою викриття хабарника не є схилянням до злочину, оскільки хабарник насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує «хабар», і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумісність посягання. Адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію. Не можна говорити і про наявність суб'єктивних ознак співучасті. Немає психічного зв'язку між тим, хто пропонує «хабар», і тим, хто схильний його прийняти. Адже, вчиняючи подібні дії, ці особи переслідують різні цілі — викрити винного і протиправно збагатитися. Тим самим в діях особи, яка пропонує «хабар» для викриття хабарника, відсутнє усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння. Така особа, навпаки, усвідомлює суспільно корисний характер виконуваного завдан-

ня. А відсутність цієї ознаки свідчить і про відсутність умислу в цілому та співучасті як посягання, для якого характерна умисна вина. Видається, що суб'єктивна сторона дій особи, яка пропонує «хабар» для виявлення потенційного хабарника, нічим принципово не відрізняється від суб'єктивної сторони поведінки того, хто здійснює контрольовану правоохоронними органами дачу хабара після вимагательства з боку посадової особи.

Крім критики аргументів противників провокації хабара слід навести і доводи, які прямо свідчать про можливість застосування такого заходу. Так, посадова особа, якій пропонується «хабар» в ході її перевірки на непідкупність, аж ніяк не позбавлена можливості вибору суспільно корисного варіанту поведінки — відмовившись від хабара, вона тим самим успішно пройде випробування. Навряд чи в кого викликає сумнів, що відкликнуться на пропозицію саме ті, хто схильний до корупції, хто тим більше бере хабара, опиняючись без контролю. Разом з тим видається за доцільне обмежити застосування цього прийому лише простою пропозицією хабара, заборонивши вчинення більш інтенсивного психічного тиску на посадову особу (неодноразові та надто довгі приставання, вмовляння прийняти хабар, передача предмета хабара без попередньої на те згоди провокуваної посадової особи тощо).

Одним із доводів на користь легалізації пропонованого заходу може бути й те, що вчинення подібних дій звичайним громадянином при попередньому повідомленні про це працівників правоохоронних органів, є цілком правомірним діянням. То чому ж забороняти це самим працівникам правоохоронних органів? До того ж відомо, що подібні операції далеко не завжди закінчуються за запланованим сценарієм — досить лише посадовій особі відмовитися від одержання хабара.

Слід відзначити, що Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачає аналогічні заходи — надає право проводити контрольні закупки товарів з метою виявлення фактів протиправної діяльності. Чим же контрольована пропозиція хабара відрізняється від контрольної закупки? Чим же посадові особи багатьох установ і організацій відрізняються від продавців? Адже і в одному, і в другому випадку до моменту відповідного заходу поведінка контрольованої особи ще не визнана протиправною, обстановка проведення контрольної закупки може бути вельми й вельми провокуючою для продавця...

Нарешті, контрольована пропозиція хабара видається цілком прийнятною з врахуванням положень вчення про крайню необ-

хідність. Навіть з врахуванням наявності в КК України норми про відповідальність за провокацію хабара відповідні дії працівників правоохоронних органів повинні визнаватися правомірними за умови, що хабарника неможливо виявити й знешкодити іншими засобами, а також що заподіяна шкода є менш значною, ніж відвернута шкода. Про наявність та ефективність цих «інших засобів» вже говорилося вище. Співвідношення ж заподіяної та відвернутої шкоди можна встановити хоча б шляхом порівняння санкцій кримінально-правових норм, з одного боку, про відповідальність за провокацію хабара чи підмовництво до дачі хабара, а з іншого — за одержання хабара. Безсумнівно, що виявлення того, хто одержує хабар, навіть шляхом вчинення формально кримінально-протиправних діянь є обставиною, що виключає злочинність діяння.

Наведене, як видається, свідчить на користь легалізації методу контрольованої пропозиції хабара. Здійснити ж це можна шляхом кількох законодавчих та інших заходів.

Чи не найважливіший із них — це виключення з КК України ст. 171 «Провокація хабара». Одночасно нормативні акти, які регламентують оперативно-розшукову діяльність, слід доповнити положеннями, які передбачають саму можливість, а також умови та порядок проведення операції з контрольованої пропозиції хабара. Для зменшення можливих негативних побічних наслідків запровадження цього заходу можна передбачити його обмеження в часі (періодом проведення в Україні першочергових заходів щодо боротьби з корупцією), просторі (кількома областями чи районами з метою експериментальної перевірки його ефективності), сферами управлінської діяльності, які найбільш уражені корупцією.

Водночас потрібно внести відповідні зміни до постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 жовтня 1994 р. «Про судову практику в справах про хабарництво», здійснити вивчення відповідних новел практичними працівниками правоохоронних органів.

Правові наслідки контрольованої пропозиції хабара також можуть бути обмеженими. Можливо, не слід ставити питання руба — про притягнення до кримінальної відповідальності кожного, хто не витримав спокуси в ході перевірки. Але враховувати той чи інший результат можливо й потрібно при вирішенні питань перебування в займаній посаді, підвищення чи переміщення по службі тощо.

Навряд чи прийняття такого заходу викличе особливу ейфорію серед працівників державного апарату, інших посадових осіб. Проте

він видається необхідним, як необхідні гіркі ліки для хронічної і тяжкої хвороби.

Надійшла до редколегії 09. 11. 98

М. Салтєвський, проф. НЮА України

Використання криміналістичної техніки в боротьбі з корупцією

Прийняття Закону України від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу із корупцією» не змінило криміногенну ситуацію в країні на краще, навпаки, з кожним роком вона погіршується. Зростає корумпованість державного апарату, особливо посадових осіб, які відповідно до закону відносяться до суб'єктів корупції — державних службовців та депутатів.

Корупція в Україні набула вигляду виразки, про існування якої раніш замовчувалося, а зараз усі звикли до цього.

Така позиція органів державної влади створює у громадян недовіру до правоохоронних органів, які ведуть боротьбу з корупцією та іншою злочинністю. Дії закону повинні змінити реальні умови в житті та свідомості громадян. Однак цього не сталося і немає й зараз, оскільки постійно порушується конституційний принцип «Громадяни ... є рівними перед законом». Останнє особливо стосується високих посадових осіб, політичних діячів, депутатів, керівників органів державної влади. Фемида до них благоупереджена і не скинула полуду з очей правосуддя і законності. Останнім часом щодо таких осіб не було порушено жодної кримінальної справи, хоча Генеральний прокурор неодноразово звертався з поданням до Верховної Ради¹, були повідомлення і на шпальтах газет².

¹ Див.: Кримінальні справи будуть закінчені // Уряд. кур'єр, 1998. № 208-209; Представлені Генеральному прокурору возвращено // Голос України. 1998. № 206; Корчинский А. Прокурор предложил нардепам Агафонову и Лазаренко добровольно отказаться от парламентского иммунитета и предстать перед судом // Сегодня. 1998. от 28 окт.

² Омельченко Г. Наше знамя точит тля // Голос Украины. 1995. № 161; Давцюк Л. Адмінреформа як складова боротьби с корупцією // Юрид. вісник України. 1998. № 1.

Закон «Про боротьбу з корупцією» не діє в першу чергу тому, що він по суті недосконалий. В ньому корупція зведена лише до поборів, одержання подарунків, послуг та різних благ і не має жодного слова про те, що корупція — це підкуп, хабарництво, продажність посадових осіб, політичних діячів, як це пояснюють тлумачні словники¹. Ці терміни повністю відсутні в законі.

Закон не забезпечено системою виконавчих засобів для практичної реалізації. Боротьбу з корупцією ведуть органи прокуратури, СБУ, МВС, в яких повинні бути створені спеціальні підрозділи. Фактично вони існують, але їх штати малочисельні і вони в першу чергу займаються боротьбою з організованою злочинністю, причому зовсім не звертають уваги на адміністративне провадження.

На наш погляд, адміністративне провадження — це самостійна функція в адміністративному процесі, функція правоохоронних органів, якій притаманні засоби одержання інформації криміналістичними методами. Ще в 1987 р. в Академії МВС України було поставлено питання про створення адміністративної криміналістики, яка б розробляла засоби і методи одержання доказів в адміністративному процесі (наприклад, застосування технічних засобів при проведенні огляду документів на робочих місцях, копіювання документів, фіксація механізму адміністративних дій сучасними засобами звуко- (відео-) техніки.

Фотозйомка, відеозапис, звукозапис — об'єктивні засоби фіксації інформації, які констатують факти незаконних угод, змови сторін, котрі домовляються, фактичного передавання, переказування грошей, надання послуг тощо².

Корупційні діяння завжди здійснюються таємно і делікатно — в цьому їх специфіка. Для їх об'єктивної фіксації необхідно надати правоохоронним органам відповідні процесуальні права по збиранню, закріпленню та дослідженню інформації криміналістичними і спеціальними засобами, переліченими в ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (пп. 8-18).

¹ Украинская советская энциклопедия. К., 1981. Т. 5. С. 326; Словарь иностранных слов. М., 1986. С. 256; Ожегов С. И., Шведова Н. О. Словарь русского языка. М., 1991. С. 299.

² Див.: Гончаренко В. И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве. К., 1980. С. 55; Салтевский М. В., Лысов Н. Н. Криминалистическая фотография и видеозапись в правоохранительной деятельности К., 1993. С. 112, 126.

В сучасних умовах кримінально-процесуальний закон дозволяє органам дізнання застосовувати оперативно-розшукові дії. Проте вони не вважаються джерелами доказів. Між тим закон вимагає розкрити джерела доказів. Ця справедлива загальна вимога для деяких засобів одержання доказів є неможливою, враховуючи спосіб одержання даних.

Вимога розкрити оперативне джерело доказів справедлива і процесуально виправдана, оскільки вона ставить його в один ряд з процесуальними джерелами доказів, якими є свідки, потерпілі, обвинувачені та інші учасники процесу. Фактичні дані, які містяться в такому джерелі, суб'єктивні. В основі їх формування лежать органолептичні засоби сприйняття людини. Такі джерела інформації називають особистісними¹ і їх слід відрізнити за механізмом відображення інформації і способом подання в кримінальному процесі від речевих джерел, а тим більш ставити в один ряд з ними, як це зроблено в чинному кримінально-процесуальному законі (ч. 2. ст. 65 КПК).

Джерело, сформоване ідеальним відображенням, суб'єктивне, а відображена ним інформація недоступна для стороннього сприйняття суб'єктом і інструментального відображення. Засобом розкриття суб'єктивного джерела є лише вільне волевиявлення, вільне мовне спілкування, а процесуальною формою подання (введення в процес) є протокол слідчих та судових дій. Інформаційна недосконалість останніх очевидна, оскільки їх зміст двічі зазнає суб'єктивної трансформації: у першому випадку — самим джерелом, у другому — слідчим, який складає протокол.

Джерело, сформоване матеріальним відображенням, об'єктивне, оскільки воно виникає внаслідок безпосередньої (механічної, фізичної, хімічної або біологічної) взаємодії. Відображена в джерелі інформація доступна для стороннього сприйняття суб'єктом і може бути відтворена технічними засобами на матеріальних носіях у вигляді зліпків, фотознімків, фоно-відеограм, сигналограм, дискет, мікросхем тощо.

Речеві джерела відображають предмети та їх розташування в просторі об'єктивно в реальному масштабі часу, а зміст інформації

¹ Див.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. 2-е изд. М., 1973. С 257.

про них перевіряється сучасними методами і засобами природознавчих і технічних наук у ході судової експертизи.

У зв'язку з цим законодавець повинен враховувати, хто і яку інформацію подав, і таким чином вирішувати проблему використання оперативних матеріалів при доказуванні. В законі необхідно передбачити і регламентувати дві наступні ситуації.

1. Оперативний працівник володіє джерелом органолептичної інформації, тобто він сприймає факти, речі та події як свідок. У цій ситуації процедура легалізації оперативної інформації відповідає тій, коли учасники процесу подають докази відповідно до ст. 66 КПК.

2. Оперативний працівник володіє матеріальними джерелами інформації, на яких технічними засобами зафіксовані факти реальної дійсності. Така інформація достовірна, тому що відображується об'єктивними засобами. Для введення її в процес доказування слідчий повинен зафіксувати факт подання матеріальних джерел, оглянути їх і прийняти рішення, тобто залучити їх як документи чи речеві докази.

Таких підхід до оптимальних матеріалів у процесі доказування здається найбільш оптимальним в теоретичному і практичному плані, тому що він враховує засіб одержання інформації.

Однією з істотних причин недостатньої ефективності Закону «Про боротьбу з корупцією» є слабка координація між структурами, які ведуть боротьбу з корупцією. Недостатня відповідальність за стан цієї боротьби пояснюється також відсутністю координуючого органу. Є багато органів, які повинні вести боротьбу з корупцією: прокуратура, органи МВС, СБУ, Національне бюро розслідувань, Координаційний комітет при Президентові України. На нашу думку, для вдосконалення боротьби з корупцією необхідно одній із цих структур надати статусу відповідальності за боротьбу і доручити їй координаційні та управлінські функції, надавши відповідні повноваження. Такими структурами можуть бути або Координаційний комітет, або Національне бюро розслідувань.

Для оперативного виявлення ознак корупції, попередження та припинення злочинів при цій структурі необхідно створити інтегрований банк інформації про осіб, який б концентрував три види інформації: 1) соціально-демографічну; 2) економічну; 3) кримінальну.

Наведене щодо вдосконалення боротьби з корупцією на підставі застосування технічних засобів дозволяє зробити такі пропозиції:

1) вдосконалити Закон «Про боротьбу з корупцією» шляхом залучення для цього фахівців різних галузей права і практиків;

2) створити єдиний Центр координаційної та управлінської діяльності, на який покласти відповідальність за стан боротьби з корупцією;

3) при комітеті (структурі) створити інтегрований банк інформації про осіб, який включатиме три її види: соціально-демографічну, економічну та кримінальну;

4) в кримінально-процесуальному законі вирішити питання про використання оперативної інформації як джерела доказування. Спростити процедуру введення в процес доказування оперативних даних, поділивши їх на два види: а) суб'єктивні, одержані органолептичними засобами суб'єкта, і б) об'єктивні, одержані сучасними технічними засобами як в автоматичному режимі, так і за допомогою оператора;

5) спростити адміністративний процес і передбачити в ньому використання криміналістичної та спеціальної техніки для одержання, закріплення та дослідження доказів;

6) в спеціальних навчальних закладах, де проходять підготовку працівники адміністративної служби, запровадити в навчальний процес спецкурс «Адміністративна криміналістика».

В. Бігун, доц. НЮА України

Підсудність цивільних справ за участю іноземного елемента

Захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів іноземних фізичних і юридичних осіб здійснюється різними юрисдикційними органами (судом, арбітражним судом, третейським судом, нотаріатом та ін.). Кожен із них може розглядати та вирішувати тільки ті цивільні справи, які віднесені до його ведення, тобто підвідомчі йому. Правові питання визначення міжнародної підсудності виникають у зв'язку з судовим розглядом справ, вирішення яких здійснюється із застосуванням норм міжнародного приватного права з додержанням норм процесуального права.

Згідно з ч. 3 ст. 24 ЦПК суди України розглядають справи, в яких беруть участь іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні підприємства та організації.

У міжнародному цивільному процесі під підсудністю цивільних справ з іноземним елементом розуміють компетенцію судів певної держави щодо розгляду та вирішення цивільних справ та здійснення окремих процесуальних дій за участю іноземного елемента. В такому аспекті можна говорити про міжнародну підсудність.

Але аналогічне питання може виникнути й щодо компетенції інших юрисдикційних органів: нотаріату, органів реєстрації актів громадянського стану, третейських судів. У цьому контексті у міжнародному приватному праві найчастіше застосовують термін «юрисдикція» або «компетенція». У внутрішньодержавному праві вживається термін «підвідомчість», який використовують для протиставлення компетенції державних судів та інших органів державної юрисдикції.

Уявляється, що для практичного вирішення питання про розподіл цивільних справ за участю іноземного елемента між судами різних держав більш вдалим є використання терміна «підсудність»,

а не «юрисдикція» або «компетенція». Це пояснюється тим, що у межах конструкції міжнародної підсудності передусім здійснюється розмежування компетенції між юрисдикційними органами різних держав. Іншими словами, в першу чергу необхідно вирішити питання про те, на території якої держави підлягає розгляду конкретна цивільна справа. І вже потім слід обрати конкретний орган, наділений повноваженнями вирішувати подібні цивільні справи. Головним орієнтиром для розв'язання цієї проблеми є внутрішні правила про підвідомчість та підсудність, однак під час їх застосування слід також враховувати правила міжнародних договорів (ст. 428 ЦПК).

Разом з цим Л. Лунц і Н. Маришева вірно зауважують, що в тих випадках, коли компетенція по справах, що підвідомчі в одній країні адміністративним органам, порівнюється з компетенцією у справах такого ж типу судового апарату іншої держави, доречно говорити про юрисдикцію, а не про міжнародну підсудність¹.

Під час вирішення питання про міжнародну підсудність суд взагалі визначає межі своєї компетенції та не торкається питання про те, чи компетентний будь-який іноземний суд або інший юрисдикційний орган розглядати цю справу.

При вирішенні питання про підсудність зазначених справ суди України мають керуватися не тільки нормами внутрішнього процесуального законодавства, а й тими колізійними нормами, що містяться в міжнародних угодах про правову допомогу. Загальні правила підсудності цивільних справ судам України щодо іноземців визначаються так саме, як і щодо громадян України. Відповідно до ст. 424¹ ЦПК підсудність судам України цивільних справ по спорах, в яких беруть участь іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні підприємства та організації, а також по спорах, по яких хоча б одна із сторін проживає за кордоном, визначається законодавством України.

Однак ст. 424¹ ЦПК достатньо не визначена, бо не містить конкретних вказівок з питань міжнародної підсудності, що призводить до виникнення труднощів на практиці, а суди змушені застосовувати аналогію закону, тобто правила внутрішньої територіальної або родової підсудності. Але аналогія права чи закону не притаманна цивільному процесу, за винятком застосування матеріального зако-

¹ Див.: Лунц Л. А., Маришева Н. И. Курс международного частного права. Т. 3 Международный гражданский процесс. М., 1976. С. 62.

ну, який регулює подібні відносини (ч. 3 ст. 11 ЦПК). Поширення тотожних правил внутрішньої підсудності на міжнародну підсудність може створити «конфлікт юрисдикцій», зокрема позбавити зацікавлену особу права на звернення до державного органу за захистом порушеного права.

Таким чином, при вирішенні питання про міжнародну підсудність в Україні також діє «закон суду» (*lex fori*). Це означає, що при визначенні підсудності цивільних справ за участю іноземного елемента може мати місце також загальна територіальна, альтернативна, виключна, договірна та родова підсудність.

Згідно з правилами внутрішньої територіальної підсудності позови пред'являються в суді за місцем проживання відповідача, а позови до юридичних осіб — за місцем знаходження їх органу управління (ст. 125 ЦПК). Однак у доповнення до цього загального правила необхідно відзначити, що позови до відповідача, який не має в Україні місця проживання, можуть бути пред'явлені за місцем знаходження його майна або за останнім відомим місцем його проживання в Україні. При цьому місце знаходження майна та останнє відоме місце проживання відповідача повинні бути в кожному випадку достовірно встановлені (чч. 8, 9 ст. 126 ЦПК).

Позови громадян України до осіб, що проживають за кордоном, як правило, не підсудні судам України. Проте в деяких випадках можливий розгляд українським судом і позовів до осіб, що проживають за кордоном. Так, керуючись нормами про внутрішню альтернативну підсудність, що передбачені ст. 126 ЦПК щодо різних категорій цивільних справ, позивач може сам обрати суд — український або іноземний. Маючи змогу такого вибору, він, як правило, обирає свій, український, бо звернення до малознайомого іноземного суду, навіть з урахуванням наявності національного режиму судового захисту у відповідній країні, завжди пов'язано з певними труднощами.

Згідно з ч. 1 ст. 126 ЦПК позови про стягнення аліментів можуть пред'являтися громадянами України не тільки за місцем проживання відповідача (тобто іноземного суду), а й за місцем проживання позивача (тобто до українського суду). Так, громадянин України М. І. звернувся з позовом про стягнення коштів на утримання дитини зі своєї дружини М. О., що проживає в м. Мурманську Російської Федерації. Він звернувся за місцем свого проживання — в

Красноградський районний суд Харківської області. Суд прийняв справу до свого провадження¹.

Громадянка та мешканка України П. Н. 25 вересня 1995 р. звернулася до Куп'янського районного суду Харківської області за місцем свого проживання з позовом до автопідприємства Магаданської області Російської Федерації про відшкодування збитків, заподіяних втратою годувальника. Суд прийняв заяву, керуючись ч. 2 ст. 126 ЦПК, та розглянув справу по суті².

Слід зазначити, що і в першому, і в другому випадку позивачі мали право внаслідок альтернативної підсудності звернутися до російських судів за місцем проживання або знаходження відповідача та відповідно за місцем заподіяння шкоди. Але при цьому громадяни України повинні керуватися не ст. 126 ЦПК України, а аналогічними нормами ст. 118 ЦПК РФ або Конвенцією держав-членів СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. (далі — Конвенція держав-членів СНД).

Відповідно до ч. 12 ст. 126 ЦПК позови про розірвання шлюбу можуть пред'являтися також за місцем проживання позивача у випадку, коли при ньому є неповнолітні діти або коли йому за станом здоров'я чи з інших поважних причин виїхати до місця проживання відповідача важко. Так, громадянин України Х. М. звернувся до Куп'янського місцевого суду Харківської області за місцем свого проживання з позовом до громадянки Російської Федерації Х. Б. про розірвання шлюбу. Український суд обгрунтовано прийняв цю заяву до свого провадження, враховуючи, що виїзд позивача до місця проживання відповідачки є важким.

Певно, на тих саме підставах Анкарський правовий суд Туреччини прийняв до свого провадження та вирішив справу за позовом громадянина Туреччини Ф. А. до громадянки України і мешканки м. Харкова Х. А. про розірвання шлюбу. У зв'язку з цим слід звернути увагу на те, що згідно з ч. 2 ст. 197 КпШС розірвання шлюбів між громадянами України та іноземними громадянами, що відбулося за межами України за законами відповідної держави, визнається

¹ Архів Красноградського районного суду Харківської області за 1996 р. Справа № А-78.

² Архів Куп'янського районного суду Харківської області за 1995 р. Справа № 2-118.

ся дійсним в Україні, якщо в момент розірвання шлюбу хоча б один з подружжя проживав за межами України. Разом з тим громадянин Туреччини мав право в цій ситуації звернутися до українського суду за місцем проживання відповідачки (ст. 423 ЦПК).

Правила альтернативної підсудності діють і по деяких інших категоріях справ, які перелічені в ст. 126 ЦПК, але ці правила мають свої особливості, коли в справі бере участь іноземний елемент. Справа в тому, що громадянин України має право обрати іноземний суд, а не національний за місцем свого проживання, не на підставі ст. 126 ЦПК, а згідно з внутрішнім законодавством іноземної держави або міжнародним договором.

Виходячи з цих міркувань, доцільно було б включити в розділ VI ЦПК спеціальну статтю, присвячену міжнародній альтернативній підсудності, включив до неї вичерпний перелік категорій цивільних справ, що підсудні вітчизняному суду за наявності певних підстав, та зберегти можливість звернення до іноземного суду за місцем проживання відповідача. Такі випадки альтернативної підсудності прямо передбачені в договорах про правову допомогу щодо окремих категорій справ (про відшкодування шкоди, розірвання шлюбу та ін.).

До справ за участю іноземного елемента можуть застосовуватися також правила виключної підсудності (ст. 130 ЦПК). Відповідно до цієї статті можна зробити висновок про те, що справи про право на будівлю, про виключення майна з опису, про порядок користування земельними ділянками, якщо спірні об'єкти знаходяться в Україні, підсудні виключно українським судам. Крім зазначених категорій справ, які належать до виключної підсудності судів України, згідно з ст. 130 ЦПК позови кредиторів спадкодавця, пред'явлені до прийняття спадщини спадкоємцями, підсудні суду за місцем знаходження спадкового майна, а позови до перевозчиків, що випливають з договорів перевезки вантажів, пасажирів або багажу, пред'являються за місцем знаходження управління транспортної організації.

Стаття 130 ЦПК містить перелік справ позовного провадження, які належать до виключної підсудності, у тому числі за участю іноземного елемента. Крім позовних справ, виключна та альтернативна підсудність визначена ЦПК й по деяких справах окремого провадження. Згідно з п. 3 ч. 1, ч. 3 ст. 24 ЦПК справи окремого провадження за участю іноземного елемента можуть бути також підсудні судам України. Враховуючи ту обставину, що питання про міжнарод-

ну підсудність справ окремого провадження законодавством України спеціально не врегульовано, в цьому випадку відповідно до ст. 424¹ ЦПК повинні прийматися до уваги, як і по позовних справах, правила внутрішньої територіальної підсудності, що містяться в главах 33-39 ЦПК, але з деякими винятками і доповненнями, зазначеними в міжнародних договорах. Так, міжнародна підсудність по справах про визнання громадянина обмежено дієздатним або недієздатним повинна визнаватися виходячи з місця проживання цієї особи або місця знаходження лікувального закладу, якщо він перебуває на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі (ст. 256 ЦПК). Це правило стосується лише зацікавлених осіб, які проживають в Україні. Таким чином, судам України підсудні справи, наприклад, про визнання громадянина України недієздатним за заявою члена його родини — іноземного громадянина, що проживає за кордоном.

Інші випадки визнання особи обмежено дієздатною або недієздатною регламентуються договорами про правову допомогу. Наприклад, згідно з Конвенцією держав-членів СНД в разі, якщо суду однієї з Договірних Сторін стануть відомі підстави визнання обмежено дієздатною або недієздатною особи, яка проживає на її території та є громадянином іншої з Договірних Сторін, він повинен повідомити про це суд Договірної Сторони, громадянином якої є ця особа. Якщо суд Договірної Сторони, який був повідомлений про підстави для визнання обмежено дієздатною або недієздатною особи, протягом трьох місяців не порушує справу або не повідомить свою думку, ця справа буде розглядатися тією Договірною Стороною, на території якої цей громадянин має місце проживання (ст. 24). Аналогічні правила закріплені й в інших договорах про правову допомогу.

По інших категоріях справ окремого провадження правила внутрішньої територіальної (виключної) підсудності можуть бути застосовані до визначення міжнародної підсудності обмежено, а тому потребують уточнення. Так, справи про усиновлення дітей, що проживають на території України, розглядаються районним судом за місцем проживання усиновленої дитини або за місцем проживання заявника (ст. 265¹ ЦПК). Уявляється, якщо із заявою про усиновлення до суду України звертаються іноземні громадяни, то в цьому разі навряд чи можна говорити про альтернативну підсудність. Вважаємо, що міжнародна підсудність в такій ситуації повинна залежати виключно від місця проживання усиновленої дитини. В протилежному випадку

іноземні громадяни могли б вільно звертатися до своїх національних судів із заявою про усиновлення дитини, що проживає на території України, можливо, всупереч її інтересам.

Разом з цим договори про правову допомогу по-різному вирішують питання про міжнародну підсудність справ про усиновлення дітей. Наприклад, відповідно до Конвенції держав-членів СНД у справах про усиновлення або його скасування компетентною установою Договірної Сторони, громадянином якої є усиновитель, а в разі, якщо дитина усиновляється подружжям, один з якого є громадянином однієї Договірної Сторони, а інший — громадянином іншої Договірної Сторони, є компетентна установа тієї Договірної Сторони, на території якої подружжя має або мало останнє сумісне місце проживання або місце перебування (ст. 37). Таким чином, Конвенція держав-членів СНД визначає підсудність по цій категорії справ залежно, як правило, від громадянства усиновителів або в конкретному випадку — від місця проживання (перебування) подружжя-усиновителів.

Договори про правову допомогу України з Республікою Грузія, Республікою Польща, Естонською Республікою та Латвійською Республікою в основу розмежування підсудності у справах про усиновлення (як загальне правило) також кладуть критерій громадянства усиновителя, а в конкретній ситуації — і місце проживання усиновителя та усиновленої дитини.

Виходячи з наведеного про визначення міжнародної підсудності справ про усиновлення, які належать згідно з внутрішнім законодавством України до окремого провадження, слід зробити висновок про те, що при вирішенні цього питання мають застосовуватися правила, викладені в ст. 265¹ ЦПК. Але якщо міжнародним договором України закріплені інші правила, то повинні застосовуватися правила відповідного міжнародного договору (ст. 428 ЦПК).

А ось для визначення міжнародної підсудності таких категорій справ окремого провадження, як визнання громадянина безвісно відсутнім або оголошення його померлим, встановлення неправильності запису в актах громадянського стану, встановлення фактів, що мають юридичне значення, навряд чи можуть бути застосовані правила внутрішньої територіальної підсудності. Як відомо, заяви по цих категоріях справ подаються до суду за місцем проживання заявників (ст.ст. 261, 267, 272 ЦПК). Використання цього критерію для визначення міжнародної підсудності дало б підстави розгляда-

ти кожну з перелічених категорій справ виключно іноземними судами, якщо іноземець-заявник проживає за кордоном.

Територіальна підсудність справ про визнання громадянина безвісно відсутнім або оголошення його померлим, якщо заявник проживає за кордоном, на думку Л. Лунця і Н. Маришевої, може бути визначена виходячи з місця проживання особи, яка представляє заявника, або останнього відомого місця проживання зниклого¹. Навряд чи можна погодитися з першим наведеним критерієм визначення міжнародної підсудності. Справа в тому, що представник заявника взагалі може проживати в третій країні. І слід зауважити, що ні доктрина міжнародного цивільного процесу, ні внутрішнє законодавство, ні міжнародні договори навіть не згадують про такий критерій, як місце проживання представника заявника. Тому для розмежування міжнародної підсудності у справі про визнання громадянина безвісно відсутнім або оголошення його померлим найбільш придатним буде критерій громадянства або іноді останнє відоме місце проживання особи, щодо якої ставиться питання про встановлення того чи іншого юридичного стану.

Саме критерій громадянства особи, щодо якої ставиться питання про визнання її безвісно відсутньою або оголошення померлою, застосовується для розмежування компетенції по цих категоріях справ практично усіма міжнародними договорами про правову допомогу. Це ж правило у відповідності з договорами поширюється і на справи про встановлення факту смерті.

По інших справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення (ст. 273 ЦПК), для визначення міжнародної підсудності може бути застосований такий критерій, як місце виникнення факту, що підлягає встановленню, оскільки критерій «місце проживання громадянина», прийнятий для визначення внутрішньої територіальної підсудності, навряд чи підійде в справах за участю іноземного елемента². В цьому випадку, якщо юридичний

¹ Див.: *Луниця Л. А., Маришева Н. И.* Вказ. праця. С. 92; *Маришева Н. И.* Рассмотрение судами гражданских дел с участием иностранцев. М., 1970. С. 16, 17.

² Цю вірну по суті пропозицію висловили Л. Луниця і Н. Маришева. Однак, як і раніше, викликає заперечення їх позиція щодо питання про територіальну підсудність, яке, на їх думку, має вирішуватися, виходячи з місця проживання представника особи, що подає заяву. На жаль, цей самий критерій вони вказують і щодо справ про встановлення неправильності запису актів громадянського стану (див.: *Луниця Л. А., Маришева Н. И.* Вказ. праця. С. 16, 17).

факт мав місце в Україні, він може бути встановлений судом України і в тому разі, коли заявник проживає за кордоном.

Нарешті, в основі розмежування міжнародної підсудності справ про встановлення неправильності запису в актах громадянського стану, вважається, повинен лежати критерій місця знаходження органу реєстрації актів громадянського стану. В цьому разі визнати неправильним запис про громадянський стан особи, зроблений органами РАГС України, зможуть тільки суди України, незалежно від місця проживання заявника.

Оскільки міжнародні договори про правову допомогу взагалі не містять статей, присвячених встановленню фактів, що мають юридичне значення (за винятком встановлення факту смерті), та встановленню неправильності запису в актах громадянського стану, а правила визначення внутрішньої територіальної підсудності по цих та інших названих категоріях справ як окремого, так і позовного провадження непридатні для встановлення виключної міжнародної підсудності, то ЦПК потребує відповідних доповнень.

Що стосується міжнародної підсудності у справах, які виникли з адміністративно-правових відносин, то слід сказати, що в міжнародному цивільному процесі по цих категоріях справ особливих проблем не виникає. Очевидно, це пояснюється тим, що одним із суб'єктів адміністративно-правових відносин, що передбачені главами 29-32 ЦПК, досить рідко виступає іноземний елемент. Тому, мабуть, і міжнародні договори не торкаються компетенції судів по справах, що виникають з адміністративно-правових відносин.

Крім цієї обставини необхідно підкреслити, що територіальна підсудність в Україні по цих категоріях справ, яка є виключною, визначається, як правило, не місцем проживання заявника, а місцем знаходження відповідних виборчих дільниць або виборчих комісій, адміністративних органів або місцем роботи службових осіб. Як відомо, по деяких справах, що виникають з адміністративно-правових відносин, передбачена родова підсудність. Таким чином, можна припустити, що під час визначення міжнародної підсудності по справах, що виникають з адміністративно-правових відносин, повністю застосовуються правила внутрішньої підсудності.

І все ж таки, незважаючи на те, що питання про підсудність таких справ детально і однозначно врегульоване внутрішнім процесуальним законодавством кожної країни, по окремих категоріях

цих справ на практиці все ж виникають певні труднощі. Так, офіцер Військово-Морського Флоту Російської Федерації громадянин М., який проходив військову службу на Чорноморському флоті, наказом командуючого Чорноморським флотом був достроково звільнений з військової служби в запас. М. звернувся до військового суду Військово-Морських Сил України зі скаргою на рішення службової особи, в якій просив поновити його на посаді, посиляючись на незаконність наказу про його дострокове звільнення. Військовий суд прийняв скаргу до свого провадження та відмовив у її задовільненні у зв'язку з обгрунтованістю звільнення М.

Військова колегія Верховного Суду України, розглядаючи касаційну скаргу М., вказала, що військовий суд Військово-Морських Сил, який входить до системи судів України, постановив рішення у справі, розгляд якої не відноситься до юрисдикції судів України. На цій підставі військова колегія Верховного Суду України скасувала рішення військового суду Військово-Морських Сил України та закрила провадження у справі згідно з п. 1 ст. 227 ЦПК¹.

Суд касаційної інстанції в цьому випадку зробив цілком правильно, бо скарги громадян на рішення, дії або бездіяльність державних органів, юридичних або службових осіб в сфері управлінської діяльності подаються до суду за місцем знаходження суб'єкта оскарження (ст. 248⁴ ЦПК). Враховуючи те, що службова особа знаходилася у Російській Федерації, громадянину М. слід було звернутися згідно з ст. 239⁴ ЦПК РФ до компетентного суду РФ.

ЦПК надає сторонам право встановлювати договірну територіальну підсудність (ст. 129). Необхідно підкреслити, що поняття договірної підсудності в міжнародному цивільному процесі має свої особливості. Вона являє собою письмову угоду сторін про вибір місцевого суду своєї держави (хоча за *lex fori* справа підсудна іноземному суду) або, навпаки, про передачу справи іноземному суду, хоча за законом країни суду вона підсудна місцевому суду. Угоди, які встановлюють підсудність на користь суду своєї країни, називають пророгацією, а угоди на користь іноземного суду — дерогацією. Слід зазначити, що пророгаційною угодою не можна змінити виключну або предметну підсудність. У зв'язку з цим виникає питання: чи можливо застосування правила про внутрішню дого-

¹ Див.: Рішення Верховного Суду України. К., 1997. С. 161.

вірну підсудність за аналогією для вирішення питання про право сторін шляхом угоди передати розгляд їх цивільно-правового спору іноземному суду? Вважається, що з урахуванням закріпленого у ст. 424¹ ЦПК принципу *lex fori* на це питання можна дати позитивну відповідь.

Практичне значення має питання про підсудність кількох пов'язаних між собою справ і перш за все про підсудність зустрічного позову. Згідно з внутрішнім правилом про підсудність таких справ зустрічний позов незалежно від його підсудності пред'являється в суді за місцем розгляду первісного позову (ч. 2 ст. 131 ЦПК). Думається, що це правило про внутрішню територіальну підсудність повністю застосовується для визначення міжнародної підсудності. Це означає, що коли, наприклад, під час розгляду судом України позову іноземця, який проживає за кордоном, до відповідача, який проживає в Україні, останнім поданий зустрічний позов, то він має розглядатися судом України. Такий висновок ґрунтується не тільки на внутрішньому законодавстві, а й на нормах міжнародних договорів. Наприклад, згідно з Конвенцією держав-членів СНД зустрічний позов та вимога заліку, що впливає з того ж правовідношення, що й основний позов, підлягають розгляду судом, який розглядає основний позов (ч. 2 ст. 22).

Таким чином, незважаючи на дію принципу *lex fori*, деякі внутрішні правила розмежування територіальної підсудності все ж таки недоцільно переносити на міжнародну підсудність. Правила визначення міжнародної підсудності цивільних справ судом України мають бути уточнені та конкретизовані у спеціальному розділі ЦПК. Замість однієї, досить невизначеної та такої, що викликає труднощі на практиці ст. 424¹ ЦПК, слід ввести конкретні норми про міжнародну підсудність. Як основний критерій розмежування міжнародної підсудності доцільно вказати місце проживання або місце знаходження відповідача в Україні, а також передбачити конкретні випадки додаткової компетенції судів України з окремих категорій справ та встановити, за можливістю, вичерпний перелік справ, що відносяться до виключної та альтернативної підсудності.

Надійшла до редколегії 30.11.98

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

І. Радик, аспірант НЮА України

Про юридичну природу екологічного ліцензування

Ліцензування як самостійний інститут права вперше виник у зв'язку з прийняттям Закону України від 7 лютого 1997 р. «Про підприємництво», де ліцензування розглядається як форма дозволу (реалізації) на здійснення певних видів підприємницької діяльності. Види такої діяльності постійно розширюються. Досить зазначити, що з моменту прийняття цього Закону види діяльності збільшилися з 11 до 50. Серед них такі, як пошук (розвідка) і експлуатація родовищ корисних копалин; виготовлення і реалізація медикаментів і хімічних речовин; медична, юридична, ветеринарна практика; виготовлення спирту, лікєро-горілчаних та коньячних виробів; страхова, аудиторська та інша діяльність тощо.

При цьому, як зазначено в ч. 3 ст. 4 цього Закону, ліцензуванню підлягають ті види підприємницької діяльності, що впливають на здоров'я людини, навколишнє природне середовище та державну безпеку.

В екологічному законодавстві України інститут ліцензування набуває щодалі більшого значення для реалізації прав юридичних і фізичних осіб на експлуатацію природних ресурсів, забезпечення раціонального використання і відтворення об'єктів природи, охорони навколишнього природного середовища та екологічної безпеки.

У ст. 16 Кодексу України «Про надра» ліцензування розглядається як єдиний порядок надання спеціальних дозволів (ліцензій) на використання ділянок надр для відповідної мети.

Спеціальний дозвіл (ліцензія) на користування надрами в межах конкретних ділянок надається спеціалізованим підприємствам, установам, організаціям, а також громадянам, що мають відповід-

ну кваліфікацію, матеріально-технічні та економічні можливості для користування надрами.

Спеціальні дозволи (ліцензії) на користування надрами видаються Державним комітетом України по геології і використанню надр за узгодженням із Міністерством охорони навколишнього середовища і ядерної безпеки України, як правило, на конкурсних засадах. Порядок видачі ліцензій врегульований у постанові Кабінету Міністрів України від 31 серпня 1995 р. «Порядок надання спеціальних дозволів (ліцензій) на користування надрами». Названим нормативним актом встановлюються єдині правила видачі ліцензії на користування надрами в межах України, її континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони, що поширюються на усі види користування надрами, які підлягають ліцензуванню.

Видача спеціальних дозволів (ліцензій) на користування природними ресурсами передбачена також у постановах Кабінету Міністрів України від 2 березня 1998 р. «Про вдосконалення порядку видачі спеціальних дозволів (ліцензій) на користування родовищами мінеральної води», від 20 липня 1996 р. «Положення про мисливське господарство і порядок здійснення охоти», а також у деяких інших нормативних актах.

У таких поресурсових кодексах і законах України, як Земельний, Водний, Лісовий кодекси, закони «Про тваринний світ», «Про природно-заповідний фонд України», «Про охорону атмосферного повітря», термін «ліцензія» для позначення дозволу на експлуатацію природних ресурсів не вживається. Проте це зовсім не означає відсутність ліцензійної (дозвільної) системи на здійснення певних видів діяльності, пов'язаних з експлуатацією об'єктів природи. Так, спеціальне використання лісових ресурсів здійснюється за спеціальним дозволом — відповідно за лісорубочним квитком (ордером) або за лісовим квитком (ст. 51 ЛК).

Спеціальне використання тваринного світу також здійснюється лише за спеціальними дозволами, що видаються в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України (ст. 12 Закону «Про тваринний світ»), а спеціальне водокористування — на підставі дозволів, що видаються спеціально уповноваженим державним органом (ст. 49 ВК).

Поняття ліцензії в екологічному законодавстві не визначено. В юридичній літературі «природоресурсова ліцензія» визначається як дозвіл на ведення певного виду діяльності по використанню при-

родного ресурсу¹. Разом з тим в екологічному законодавстві є поняття спеціального дозволу. Відповідно до п. 3 «Положення про порядок видачі дозволів на спеціальне використання природних ресурсів», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10 серпня 1992 р., дозвіл на спеціальне використання природних ресурсів — це офіційний документ, що засвідчує право підприємств, установ, організацій, громадян на використання конкретних природних ресурсів у межах затверджених лімітів.

Таким чином, спеціальні дозволи або дозволи на користування (експлуатацію) природними ресурсами є певною ліцензійною формою (ліцензією), за допомогою якої виникає можливість реалізації екологічних прав і обов'язків юридичних і фізичних осіб, пов'язаних з використанням, відтворенням та охороною навколишнього природного середовища. Видача спеціальних дозволів або дозволів компетентними державними органами управління в сфері екології є ліцензуванням діяльності по використанню, відтворенню природних ресурсів та охороні навколишнього природного середовища. Таке ліцензування слід розглядати як екологічне ліцензування.

У вітчизняній юридичній літературі широко досліджуються питання ліцензування підприємницької діяльності². Що стосується питань ліцензування екологічної діяльності, то вони залишаються поза наукових досліджень. Водночас у наукових працях учених країн СНД питанням ліцензійних основ природокористування й охорони навколишнього природного середовища приділяється велика увага.

Так, на думку В. Петрова, в нових умовах переходу до ринку ліцензування діяльності набуває особливого значення як засіб захисту прав споживачів, додержання містобудівних, санітарних, екологічних норм і правил торгівлі³. М. Бринчук також вважає, що ліцензування є одним з основних і потенційно ефективних інструментів реалізації адміністративних методів управління природокористуванням і охороною навколишнього середовища⁴. Аналогічну

¹ Див.: *Петров В. В.* Экологическое право России. М., 1995. С. 145.

² Див.: *Галантич М., Левшукова Н.* Ліцензування підприємницької діяльності // *Право України.* 1993. № 5-6. С. 27-29; *Гейко Н.* Ліцензування підприємницької діяльності: стан та проблеми його правового регулювання // *Підприємництво, господарство та право.* 1996. № 2. С. 3-8 та ін.

³ Див.: *Петров В. В.* Вказ. праця. С. 144.

⁴ Див.: *Бринчук М. М.* Экологическое право (право окружающей среды). М., 1998. С. 343.

позицію в питанні ліцензування природоохоронної діяльності займають й інші вчені країн СНД¹.

Виділяються дві групи видів екологічно значущої діяльності, на здійснення якої потрібна ліцензія: а) діяльність по природокористуванню та охороні навколишнього середовища від шкідливих впливів, до якої включається діяльність по спеціальному природокористуванню (землекористування, лісокористування, користування надрами, водами, тваринним світом та ін.), а також проведення екологічної експертизи, сертифікації, аудитування, моніторинг навколишнього середовища, забезпечення регульованого туризму і відпочинку та ін.; б) діяльність, що не є первісно природоохоронною, але яка має відношення до охорони навколишнього природного середовища (збереження нафтопродуктів, перевезення небезпечних вантажів, експорт та імпорт продукції, космічна діяльність та ін.).

Уявляється, що запропонована в юридичній літературі класифікація видів екологічно значущої діяльності може бути дещо змінена. Доцільно виділити три групи такої діяльності, а саме:

- діяльність по використанню та охороні природних ресурсів (землекористування, водокористування, лісокористування, надрокористування, користування тваринним світом, природно-заповідним фондом, атмосферним повітрям);

- діяльність по відтворенню природних ресурсів (відтворення лісів, нелісової рослинності, об'єктів тваринного світу);

- господарська діяльність, внаслідок якої може бути заподіяна шкода навколишньому природному середовищу.

Відповідно виділеним видам екологічної діяльності, для якої необхідно ліцензування, доцільно класифікувати дозволи (ліцензії), за допомогою яких реалізується суб'єктивне право на таку діяльність. Видами екологічних ліцензій слід вважати природоресурсові ліцензії, ліцензії по відтворенню об'єктів природи, інші ліцензії.

Як природоресурсові ліцензії необхідно розглядати спеціальні дозволи (дозволи, ліцензії) на використання і охорону земель, вод, лісів, надр, тваринного світу, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, атмосферного повітря.

Ліцензіями по відтворенню об'єктів природи слід вважати: спеціальні дозволи (дозволи, ліцензії), що видаються певним суб'єктам

¹ Див.: Экологическое право / Под ред. В. Д. Ермак, А. Я. Сухаревой. М., 1997. С. 85.

на проведення робіт з відтворення і відновлення лісів, нелісової рослинності, рибних ресурсів, диких тварин, що належать до видів, занесених у Червону Книгу України, тварин, що є об'єктами полювання, та ін.

Іншими ліцензіями є спеціальні дозволи (дозволи, ліцензії), що видаються на здійснення господарської діяльності, внаслідок якої може бути заподіяна шкода навколишньому природному середовищу (будівництво, реконструкція і експлуатація промислових, сільськогосподарських, транспортних та інших підприємств; застосування засобів захисту рослин, мінеральних добрив, токсичних хімічних речовин та інших препаратів; проведення наукових досліджень, впровадження відкриттів, винаходів, застосування нової техніки, імпортного устаткування; військова, радіаційна, космічна діяльність та ін.).

Класифікація видів екологічно значущої діяльності, для якої необхідно ліцензування, і спеціальних дозволів (дозволів, ліцензій) має важливе теоретичне і практичне значення. За допомогою виробленої наукової класифікації можна усунути прогалини законодавства в тій його частині, що регулює відносини, пов'язані із заснуванням і порядком виникнення і припинення права природокористування, удосконалювати правові норми, що стосуються видачі дозволів (ліцензій) на використання і охорону природних ресурсів, а також їх відтворення, забезпечити охорону навколишнього природного середовища від антропогенної господарської діяльності людини.

Екологічне ліцензування виконує важливі функції в механізмі регулювання суспільних екологічних відносин. У літературі такими функціями вважають:

- інформаційну, в рамках якої збирається, нагромаджується та поширюється інформація про масштаби, види і межі екологічно значущої діяльності, про стан навколишнього середовища, про заходи щодо його охорони і раціонального природокористування;

- превентивну, коли з урахуванням даних про масштаби і види екологічно значущої діяльності за допомогою встановлення в ліцензії меж використання природних ресурсів, антропогенного впливу на навколишнє середовище, інших екологічно значущих умов здійснення такої діяльності досягається попередження шкоди природним ресурсам та навколишньому природному середовищу;

- контрольну, пов'язану із здійсненням превентивного контролю за додержанням вимог екологічного законодавства;

- гаранта реалізації прав громадян і юридичних осіб у галузі природокористування і охорони навколишнього природного середовища¹.

Не заперечуючи наявність таких функцій в екологічному ліцензуванні, вважаємо за доцільне доповнити їх ще одною важливою функцією — процедурною. За допомогою цієї функції екологічне ліцензування забезпечує реалізацію матеріальних норм екологічного права, що встановлюють суб'єктивні права і юридичні обов'язки суб'єктів на використання природних ресурсів, їх охорону, відтворення, а також охорону навколишнього природного середовища.

Таким чином, екологічне ліцензування є формою реалізації екологічних прав і обов'язків юридичних та фізичних осіб, пов'язаних з використанням, відтворенням та охороною окремих природних ресурсів, а також навколишнього природного середовища в цілому. Документом екологічного ліцензування є спеціальний дозвіл, дозвіл або ліцензія, що видається спеціально уповноваженим державним органом управління в сфері екології.

Надійшла до редколегії 12. 10. 98

О. Бережний, аспірант НЮА України

Преюдиції в кримінальному процесі: поняття, сутність

Високе призначення суду, визначене Конституцією України, ставить перед наукою кримінального процесу завдання дослідити проблему вдосконалення правосуддя, вивчити ефективність його процесуальних форм та інститутів. Серед таких проблем можна виділити преюдиції, які відносяться до числа маловивчених і найбільш складних. Дослідження проблем, пов'язаних з цим інститутом кримінального процесу, дасть змогу відповісти на низку правових питань, від яких залежить правильність прийнятих по справі рішень, а також зміцнити процесуальні гарантії прав, законних інтересів особи, залученої в сферу кримінально-процесуальних правовідносин.

Е. Немировський сто років тому писав, що «преюдиціальні питання є ледве чи не найбільш слабким пунктом в нашому про-

¹ Див.: Бринчук М. М. Вказ. праця. С. 342-343.

цесуальному законодавстві і особливо потребують перегляду та виправлення недоліків»¹. Це твердження є актуальним й зараз, про що свідчить той факт, що окремі питання преюдиції в різних аспектах розглядалися вченими значно пізніше. Найбільш істотний внесок в дослідження цієї проблеми зробили такі відомі вчені-процесуалісти, як Ю. Грошевий, М. Гурвич, А. Єрьомкіна, В. Камінська, П. Лупінська, М. Строгович, У. Юсубова² та ін.

У КПК України термін «преюдиція» не використовується, цей інститут практично не врегульований законом. Проте правильне визначення поняття преюдицій, їх класифікації, а також підстав і меж їх дії необхідно для дослідження усіх можливих випадків, коли перед судом виникає питання про використання в процесі розгляду кримінальної справи рішень, раніш винесених юрисдикційними органами. Визначити процесуальну природу і значення преюдицій означає охарактеризувати їх роль і призначення в кримінальному судочинстві, з'ясувати причини, які обумовили їх використання в праві.

Ідея преюдиції як інституту процесуального права полягає в тому, що при вирішенні кримінальних справ суд не повинен встановлювати юридичні факти, встановлені попереднім вироком чи рішенням суду, а також іншим компетентним органом, якщо на інше суд не уповноважений законом. Попереднє рішення суду має преюдиціальне значення, а встановлені ним обставини носять характер преюдиціальних фактів.

Іншими компетентними органами, на нашу думку, можуть бути органи, до чиеї компетенції входить вирішення питання про застосування права в конкретних випадках, а також встановлення юридичних фактів. До таких органів можна віднести, крім судових, також прокурорсько-слідчі, органи держави та громадські організації, які здійснюють захист прав і законних інтересів громадян та організацій. Акти, що виносяться цими органами, можуть мати преюдиціальне значення для судових рішень. О. Ломоносова розвиває цю думку наступним чином: «До визначення кола «інших органів» слід підходити не емпірично, а на підставі принципу, згідно

¹ *Немировский Э.* Преюдициальные вопросы в уголовном процессе по русскому праву // Журнал юрид. общества. 1897. Кн. 3. С. 1.

² Див.: *Юсубова У.* Преюдиции в советском уголовном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1979. Огляд зазначених точок зору наведений в роботі У. Юсубової.

з яким такими мають вважатися органи, до чієї компетенції входить вирішення питань про застосування права в конкретних випадках і встановлення юридичних фактів»¹.

Термін «преюдиція» римського походження, але він у римлян застосовувався в іншому розумінні, ніж у сучасній процесуальній літературі. Під *praejudicium* в римському судочинстві розумілося рішення яке, будучи винесеним, становилося для суддів прецедентом при вирішенні ними аналогічних справ. За твердженням Е. Немировського, «термін «*praejudicialis quacastio*» (преюдиціальне питання) з'являється у середні віки для позначення таких питань, без попереднього розгляду яких не можуть бути добре зрозумілі і доцільно уведені більш пізні судові дебати»². І все ж питанням преюдиції найбільша увага була приділена в праві Франції та Німеччини, звідки дореволюційні російські процесуалісти й запозичили їх під назвою інституту передсудності як в кримінальному, так і в цивільному законодавстві.

Виникнення інституту преюдиції історично було обумовлено бажанням законодавця виключити можливість винесення суперечливих рішень, при цьому вплив преюдицій на наступні рішення допускався настільки, наскільки це не перешкоджало відправленню правосуддя. Поняття преюдиції з плином часу змінювалося внаслідок того, що в той період не було чітко розроблених теоретичних положень щодо цієї проблеми і на практиці склалися два шляхи вирішення даних питань: французький та германський.

За французьким правом існувала спеціально виділена із відання кримінального суду група питань, які підлягали вирішенню цивільним судом чи іншим компетентним органом, зокрема органом адміністративної влади. Якщо ж перед судом виникала проблема вирішення таких питань, що підлягали віданню цивільного суду чи іншого компетентного органу, кримінальне судочинство призупинялося до одержання рішення компетентного органу з преюдиціального питання.

За германським правом кримінальний суд був правомочний розглядати і вирішувати будь-яке питання, пов'язане з досліджу-

¹ Е. Ломоносова. Роль преюдициальных начал при пересмотре гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам // Сов. юстиция. 1972. № 3. С. 18.

² Немировский Э. Преюдициальные вопросы уголовного процесса в западноевропейской литературе и законодательствах // Журнал юрид. общества. 1897. Кн. 9. С. 3.

ваною справою, а також міг передати питання на розгляд будь-якого компетентного органу.

Російське право обрало французький шлях: воно сприйняло преюдицію як передсудність¹. Розглядаючи питання преюдиції, І. Фойницький зазначав: «... у кримінальній справі можуть виникнути такі питання, які підлягають виключному вирішенню іншого установлення. В останньому випадку на стороні кримінального суду існує юридична неможливість (відсутність прав) продовжувати провадження справи до вирішення таких питань компетентними установленнями. Питання ці, що обумовлюють вирішення кримінального позову і підлягають віданню іншого суду, називаються преюдиціальними, передсудними, а сам розгляд, який призупиняє кримінальне провадження, — преюдиціальним розглядом»².

За російським правом органи судової влади були уповноважені розглядати усі питання, вирішення яких необхідно для досягнення поставленої мети.

Преюдиціальним, або передсудним, в кримінальному процесі визнавалося таке питання права, яке задовольняло наступним вимогам: його предметом повинні були бути обставини, які обумовлюють наявність складу злочину; до його вирішення був залучений інший суд, а не суд, який вирішує питання винності³.

Юридичне призначення преюдицій полягало в тому, що кримінальне переслідування не могло бути порушено до вирішення преюдиціального питання, а вже порушене необхідно було призупинити.

Слід зазначити, що в кримінальному процесі Російської імперії, за судовою реформою 1864 р., розрізняли цивільну і духовну передсудність. Про цивільну передсудність мовилося в ст. 27 Статуту кримінального судочинства і сутність її зводилася до наступного: «Якщо визначення злочинності діяння залежить від визначення у встановленому порядку прав стану, або власності на нерухоме май-

¹ У зв'язку з цим І. Стефановський зазначав: «Говорити про преюдиціальні питання у нас можна тільки з часу видання судових статутів; дотепер розмежування судочинства не було точно проведено» (Журнал Міністерства юстиції. 1873. С. 41).

² Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. Печатається по 3-му изд. СПб., 1910. С. 50.

³ Див.: Викторский С. И. Русский уголовный процесс. М., 1912. С. 218-219.

³ Див.: Там саме.

но, або властивості неспроможності обвинуваченого, то переслідування кримінальним судом не порушується, а порушене призупиняється, до вирішення спірного предмета цивільним судом»¹, тобто поки рішення цивільного суду не набере законної сили.

На практиці ж ст. 27 Статуту застосовувалася більш широко і преюдиціальними визнавалися всі ті питання цивільного права, які виникли раніше розгляду кримінальної справи і обумовили її вирішення, для оцінки котрих потрібно застосування передвстановлених цивільних доказів.

Про передсудні питання, віднесені до відання духовних судів, мовилося в ст.ст. 1013-1015 Статуту кримінального судочинства. Духовна передсудність зводилася до того, що особи, винні у вчиненні злочинів, поєднаних з порушенням церковних законів, віддавалися до кримінального суду не раніш як після витребування висновку від церковного суду. Наприклад, при розгляді кримінальних справ про недозволені шлюби та кровозмішення необхідний був висновок духовного суду з питань щодо дійсності та законності шлюбу і ступеня спорідненості.

Рішення з преюдиціального питання після набрання ним законної сили ставало обов'язковим для суду, який розглядав справу. Межі обов'язковості рішень кримінального суду з преюдиціальних питань «... не йдуть далі тих юридичних кордонів, якими обумовлюється необхідність для кримінального суду скористуватися рішенням цивільного або духовного суду. Зокрема, для рішень цивільного суду законом (ст. 29 Статуту кримінального судочинства) встановлено, що вони обов'язкові для кримінального суду тільки відносно дійсності та властивості події діяння, а не відносно винності підсудного»².

Аналіз відповідних статей Статуту кримінального судочинства дозволяє зробити висновок, що преюдиції були необхідні для практики, щоб уникнути суперечностей в діяльності судових органів і забезпечити найбільш кваліфікований розгляд преюдиціального питання компетентним судом. Таке застосування преюдиції допомагало швидше вирішувати справи, тому що розгляд преюдиціальних питань в порядку кримінального судочинства потребував більших витрат часу і зусиль, ніж якщо б ці питання розглядалися компетентним судом.

¹ Громов Н. А. Устав уголовного судопроизводства. М., 1915. С. 14-15.

² Розин Н. Н. Уголовное судопроизводство. Пг., 1916. С. 255.

Таким чином, законодавство дореволюційної Росії містило правило, згідно з яким деякі питання, що обумовлювали наявність складу злочину, могли бути вирішені тільки певним органом (кримінальним, цивільним чи духовним судом), який, за думкою законодавця, мав більш можливості вирішати певну категорію справ. Це пояснювалося тим, що перед кримінальним та цивільним судом ставилися різні завдання (метою кримінального суду проголошувалося досягнення так званої матеріальної істини, а цивільного суду — формальної істини). Розрізнялися також засоби досягнення цієї мети: в кримінальному суді оголошувалася оцінка доказів за внутрішнім переконанням судді, обмеженим певними правилами, а в цивільному діяла система визначених законом доказів.

Вчені-юристи того часу вважали, що, з одного боку, це дозволяло більш кваліфіковано і швидко вирішити справу, а з іншого — обов'язковість рішення з преюдиціального питання давала змогу уникнути суперечностей між рішеннями різних судів (кримінального, цивільного, духовного). Проте, на наш погляд, у цієї системи була низка недоліків і найбільш істотним було те, що на практиці преюдиції призводили до затягування процесу, оскільки закон не встановлював ніяких строків та гарантій належного і своєчасного вирішення преюдиціальних питань. Це створювало можливість уникнути кримінальної відповідальності, оскільки в разі виникнення преюдиціального питання кримінальне переслідування не могло бути порушено, а розпочате призупинялося до вирішення цього питання компетентним органом, але оскільки закон не встановлював ніяких строків розгляду преюдиціальних питань, то в цьому разі призупинення кримінального переслідування і закриття кримінальної справи в багатьох випадках співпадали¹.

В радянському процесуальному праві, а згодом і в процесуальному праві країн СНД інститут преюдиції одержав декілька інше розуміння, ніж у дореволюційному праві. Преюдицією стали обґрунтовувати: а) в разі прийняття рішень одним судом використання висновків другого суду, зроблених в іншому процесі; б) залежність рішень деяких матеріально-правових питань кримінальної справи від поперед-

¹ На підтвердження цієї точки зору свідчать численні приклади з практики, наведені Е. Немировським в статті «Преюдициальные вопросы в уголовном процессе по русскому праву», в якій він аналізує ст. 27 Статуту кримінального судочинства.

нього рішення судового чи адміністративного органу. Так, в ст. 28 КПК України міститься правило, згідно з яким відмова в позові в порядку цивільного судочинства позбавляє позивача права заявляти той самий позов у кримінальній справі. Стаття 28 КПК РФ передбачає, що рішення, ухвала чи постанова суду, що набрали законної сили, по цивільній справі є обов'язковою для суду, прокурора, слідчого та дізнавача при провадженні по кримінальній справі тільки щодо питання, чи мала місце подія або дія, але не щодо винності обвинуваченого.

У кримінально-процесуальному праві України сенс преюдиції полягає в тому, що обставини, встановлені в раніш винесеному рішенні, кладуться в основу рішень суду без повторного доказування, якщо вони мають істотне значення для справи. Низка статей КК України містить положення, згідно з яким кримінальній відповідальності підлягає особа, раніш притягнута до адміністративного стягнення за правопорушення, аналогічне знову вчиненому (ч. 1 ст. 161, ч. 1 ст. 220¹ та ін.), тобто кримінальна відповідальність настає тільки після притягнення особи як обвинуваченого.

В основі використання преюдицій лежить ідея неприпустимості існування суперечливих рішень з одного й того ж питання і щодо однієї й тієї ж особи. Призначення преюдицій полягає в тому, що вони є одним із засобів процесуальної економії, оскільки дають змогу використовувати доведені обставини в раніш винесеному рішенні без повторного дослідження.

Досліджуючи питання преюдицій в кримінальному процесі, Ю. Грошевий зазначає, що «... преюдиції — це не спосіб доказування фактів, а загальне положення (правило), внаслідок якого особа, що здійснює оцінку доказів, і суд мають право вважати встановленими обставини, які мають значення для вирішення кримінальної справи»¹.

Р. Искандеров вважає, що «під преюдицією прийнято розуміти значення для органів розслідування, суду фактів і правових висновків, що містяться в раніш винесених судових рішеннях і вироках»².

Визначення преюдиції уперше на законодавчому рівні наведено у знову прийнятому КПК Республіки Казахстан:

¹ Грошевой Ю. М. Теоретические проблемы формирования убеждения судьи в советском уголовном судопроизводстве: Дис. ... д-ра юрид. наук. Х., 1975. С. 254.

² Искандеров Р. О преюдициальном значении приговора // Сов. юстиция. 1990. № 22. С. 22.

1) вирок, а також інше рішення суду з кримінальної справи, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх державних органів, організацій та громадян щодо як встановлених обставин, так й їх правової оцінки. Дане положення не перешкоджає перевірці, скасуванню і зміні вироку та інших рішень суду в порядку нагляду, за нововиявленими обставинами;

2) рішення суду з цивільної справи, що набрало законної сили, є обов'язковим для органу, який веде кримінальний процес, при провадженні у кримінальній справі тільки щодо питання про те, чи мала місце сама подія чи дія, і не повинно наперед вирішувати висновки щодо винності чи невинності підсудного;

3) вирок суду, який набрав законної сили, котрим визнається право на задоволення позову, є обов'язковим в цій частині для суду при розгляді ним цивільної справи;

4) постанова органу кримінального переслідування не має для суду обов'язкової сили.

На наш погляд, визначення преюдиціальності як обов'язковості встановлених в раніш винесеному рішенні обставин для суду, який розглядає справу, пов'язану з раніш вирішеною, означає неприпустимість перевірки судом встановлених в раніш винесеному рішенні обставин, що мають значення для розглядуваної справи. Все це обмежує активність суду в частині дослідження тих обставин, які входять до предмета доказування, що є прямим порушенням принципу публічності в кримінальному процесі.

Визначення преюдиціальності як обов'язковості ми розуміємо як неприпустимість перевірки обставин, встановлених в раніш винесеному рішенні. Характерно, що КПК України не містить норм, які б приписували суду безумовно приймати докази, встановлені в раніш винесеному рішенні, тобто суд не позбавлений права при розгляді справи перевіряти факти, вже встановлені іншим судом по іншій справі. М. Строгович справедливо зазначає, що «дійсно, суперечило б самій сутності діяльності суду положення, при якому суд при розгляді кримінальної справи усунув би із свого розгляду і забороняв би сторонам торкатися важливих для кримінальної справи обставин на тій підставі, що ці обставини вже встановлені або спростовані іншим судом, по іншій справі, в інший час, за участю інших осіб»¹.

¹ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 263-264.

Таким чином, суду надається право, а не обов'язок повторно не досліджувати вже встановлені в іншому рішенні компетентного органу факти.

Внаслідок викладеного ми доходимо висновку, що преюдиції слід визначати як властивість рішення, згідно з яким встановлені в ньому обставини можуть бути покладені в основу наступного рішення, що виноситься, без повторної перевірки. Саме таке розуміння преюдиціальності дасть змогу судам використати встановлені в раніш винесеному судовому рішенні фактичні обставини в наступному процесі не тільки щодо осіб, на яких поширюються суб'єктивні межі законної сили раніш винесеного судового рішення, а й щодо інших осіб. Інакше кажучи, таке розуміння преюдиціальності дає змогу висловити, що преюдиціальне значення раніш винесеного судового рішення не має суб'єктивних меж. Суб'єктивними межами законної сили судового рішення визначається коло осіб, щодо яких в наступному судовому процесі преюдиціальне значення раніш винесеного судового рішення повинно бути використане беззастережно.

Надійшла до редколегії 02. 11. 98

С. Гзімчук, викладач Ун-ту внутр. справ

Кримінально-правова характеристика об'єкта злочинного порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху

Серед ознак злочинного порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху (ст. 215⁵ КК України), об'єкт злочину становить підвищений теоретичний і практичний інтерес. Дослідження цієї ознаки дає змогу визначити соціально-негативну сутність злочину, з'ясувати його суспільно небезпечні наслідки, юридичну кваліфікацію, вирішити інші питання¹. Таке дослідження необхідно проводити на рівнях родового і безпосереднього об'єктів.

¹ Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Х., 1997. С. 77-78.

За чинним кримінальним законодавством злочин, відповідальність за який встановлена у ст. 215⁵ КК, відноситься до злочинів проти суспільної безпеки, громадського порядку та здоров'я населення (глава X Особливої частини КК). Стосовно однорідності злочинів, передбачених цією главою, можливості їх подальшої диференціації за ознакою родового об'єкта серед науковців-криміналістів триває дискусія. Одні вчені вважають, що злочини цієї глави мають єдиний родовий об'єкт¹. Інші вбачають неоднорідність глави і пропонують розділити всі злочини, що поєднані в ній, на дві², на три³ або на чотири групи⁴ за ознакою родового об'єкта. Пропозиції, що вказують на необхідність реформування глави X КК, заслуговують на підтримку. Більш того, в плані характеристики злочину, передбаченого ст. 215⁵ КК, особливу увагу привертає думка щодо об'єднання норм, якими встановлена відповідальність за транспортні злочини, у самостійну главу КК України. Серед тих, хто обґрунтовував доцільність такого поєднання, можна назвати Н. Алексеєва, Б. Курінова, В. Тихого, В. Борисова, В. Касинюка, А. Чучаєва, М. Белокобильського та ін. На нашу думку, на сьогоднішній день питання про необхідність виділення у КК України глави, що передбачає відповідальність лише за транспортні злочини, є вирішеним. Свідченням цього, зокрема, є проект нового КК, надісланий робочою групою Кабінету Міністрів України на розгляд до Верховної Ради. В цьому проекті статті, що передбачають відповідальність за транспортні злочини, згруповані в окремий розділ «Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту». Таке вирішення питання більш чітко визначає ступінь суспільної небезпеки транспортних злочинів і сприяє підвищенню ефективності боротьби з ними, вірно відображає особливості родового об'єкта конкретного злочину на транспорті.

Отже, родовим об'єктом злочину, що передбачений ст. 215⁵ КК, є суспільні відносини, якими забезпечується безпека руху та експлуа-

¹ Див.: Уголовное право. Часть Особенная. М., 1969. С. 383; Ефимов М. А. Борьба с преступлениями против общественного порядка, общественной безопасности и народного здоровья. Минск, 1971. С. 8.

² Див.: Кичигина Е. В. Ответственность за нарушение безопасности движения городского транспорта. М., 1966. С. 28-29.

³ Див.: Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. М., 1970. С. 5; Курс советского уголовного права. М., 1971. Т. VI. С. 306-308.

⁴ Див.: Матышевский П. С. Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и народного здоровья. М., 1964. С. 11-14.

тації транспорту. Безпека руху та експлуатації транспорту — це певний стан, за наявністю якого відсутня, не загрожує небезпека заподіяння шкоди життю чи здоров'ю людей, власності, іншим соціальним цінностям. У плані визначення змісту суспільних відносин по забезпеченню безпеки руху і експлуатації транспорту та їх особливостей слід охарактеризувати предмет цих відносин — визначальний структурний елемент.

Для цього, по-перше, слід відмітити, що безпека руху та експлуатації транспорту виникає завдяки належному додержанню учасниками суспільних відносин відповідних нормативних вимог. Як родовий об'єкт злочину вона не існує поза суспільних відносин, а являє собою результат чіткого функціонування останніх, їх невід'ємну ознаку. По-друге, розглядувані суспільні відносини пов'язані з регулюванням діяльності по використанню засобів транспорту. Останні являють собою різновид джерела підвищеної небезпеки — штучної системи, що рухається завдяки енергоємній взаємодії тепла, тиску, інших фізичних, хімічних та механічних сил. Відповідно характерними (типовими) рисами транспортного засобу є потужність та технічна складність. Використання транспортного засобу полягає у приборканні людиною зазначених сил та спрямуванні руху в потрібному напрямку. Завдяки цьому засіб транспорту, керований людиною, виконує певну роботу, наприклад, по перевезенню вантажів та пасажирів. Проте взаємодія різних за характером сил, що необхідно для руху транспортного засобу, виконання роботи, надає йому елемент неврівноваженості. За такої умови потужність та складність обумовлюють появу під час використання транспортного засобу стійких ознак небезпеки. Так, потужність транспортного засобу містить здатність заподіяти шкоду життю чи здоров'ю людини, а складність — відносну надійність або можливість виходу транспорту з-під контролю¹. Тому діяльність по використанню транспортних засобів визначається як підвищено небезпечна. Усунення небезпеки діяльності по використанню транспортних засобів складає особливість предмета розглядуваних відносин і провадиться за декількома напрямками: 1) додержання вимог щодо технічного стану транспорту, справності всіх його систем руху та управління; 2) надійність водія (оператора системи); 3) додержан-

¹ Див.: Гринберг М. С. Технические преступления. Новосибирск, 1992. С. 22-23.

ня іншими (крім водіїв) учасниками діяльності вимог безпечного перебування у сфері руху та експлуатації транспорту; 4) створення таких умов руху транспортних засобів, які виключають непередбачену зміну його напрямку (в іншому від обраного водієм) чи продовження такого всупереч бажанню водія.

У плані подальшої характеристики суспільних відносин слід відмітити, що усунення можливості вражаючого впливу небезпечних чинників руху чи експлуатації транспорту є не чим іншим, як встановленням додаткового захисту суспільних відносин по безпосередній охороні життя та здоров'я людей, власності, інших соціальних цінностей. Потреба в додатковому захисті пов'язана з недостатністю загальних заходів по відверненню заподіяння шкоди зазначеним цінностям. Цей додатковий захист створюється штучно, шляхом більш детальної регламентації поведінки людей і має усувати відмінність захисту особи (головним чином), власності, інших соціальних цінностей від заподіяння шкоди як в сфері руху та експлуатації транспорту, так і поза нею¹. Тобто такий захист суспільних відносин спрямований на забезпечення їх нормального функціонування в зоні реальної та специфічної транспортної небезпеки.

Для кримінально-правової характеристики безпосереднього об'єкта злочинного порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху (ст. 215⁵ КК), необхідно визнати залежність безпосереднього об'єкта злочинного посягання від родового. Вказана залежність обумовлює необхідність дослідження ознак безпосереднього об'єкта в площині родового² та призводить до висновку, що під безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 215⁵ КК, слід також розуміти суспільні відносини по забезпеченню безпеки руху та експлуатації транспорту, але при цьому необхідно враховувати деякі особливості на рівні конкретного виду відносин. Ці особливості полягають у відмінностях сфери формування суспільних відносин, кола зацікавлених та зобов'язаних їх суб'єктів, виду транспортних засобів, умов їх руху та експлуатації, змісту норм безпеки, що регулюють суспільні відносини.

¹ Див.: *Борисов В. І.* Родовий об'єкт злочинів проти безпеки виробництва // Вісник Академії правових наук України. 1995. № 3. С. 148-149.

² Див.: *Панов Н. И.* Способ совершения преступления и уголовная ответственность. Х., 1982. С. 108.

Статтю 215⁵ КК передбачена кримінальна відповідальність за порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху. З приводу визначення дорожнього руху існують різні точки зору¹, серед яких найбільш вдалою, на нашу думку, слід визнати позицію М. Вейцмана. Він під поняттям «дорожній рух» розуміє «процес руху по дорогам транспортних та пішохідних потоків, у якому дії учасників — водіїв, пішоходів, пасажирів визначаються правилами дорожнього руху»². Подібне визначення найбільш повно охоплює учасників дорожнього руху та вказує на головну причину необхідності забезпечення його безпеки — наявність та взаємодію двох потоків: пішохідного і транспортного. Досягнення мети захисту людей та власності, інших соціальних цінностей у сфері дорожнього руху потребує створення умов, за яких транспортний потік буде ізольовано від пішохідного, а їх вимушена взаємодія — обмежена у просторі та часі. Цій меті повинні відповідати норми правил дорожнього руху і вимоги спеціальних правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху.

Крім певної сфери існування та змісту вимог безпеки особливість суспільних відносин, що охороняються ст. 215⁵ КК, пов'язана з транспортними засобами, які використовуються у дорожньому русі. Зокрема, Правила дорожнього руху поширюються на рух механічних транспортних засобів, мопедів, велосипедів, інших пристроїв, призначених для перевезення людей і (або) вантажу, а також встановлених спеціального обладнання чи механізмів. Правилами передбачено, що до механічних транспортних засобів відносяться автомобілі, трактори, самохідні машини, транспортні засоби загального користування, мотоцикли. Віднесення транспортного засобу до цієї категорії провадиться за наявності потужного двигуна (електричного чи внутрішнього згоряння з об'ємом камери понад 50 см³)³. До мопедів, велосипедів та інших пристроїв відносяться транспортні засоби, що приводяться до руху силою малопотужних двигунів (до 50 см³) чи м'язів водія або тва-

¹ Див.: Лукьянов В. В. Проблемы дорожного движения. М., 1972. С. 3; Жулев В. И., Гирько С. И. Ответственность участников дорожного движения. М., 1997. С. 21;

² Дорожная терминология: Справочник. М., 1985. С. 247.

³ Див.: Правила дорожнього руху. Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 31 грудня 1993 р. № 1094 // ЗП Уряду України. 1994. № 5. Ст. 119.

рин (гузовий транспорт). Розгляд транспортних засобів обох груп через призму ознак джерела підвищеної небезпеки дозволяє зробити висновок, що суспільними відносинами транспортної безпеки охоплюється рух механічних транспортних засобів, а діяльність по їх використанню є підвищено небезпечною. Так, механічний транспортний засіб під час руху здобуває велику інертність (потужний), при гальмуванні ковзає по проїзній частині дороги (нестійкий) і деякий час може продовжувати рух без втручання водія (не повністю підконтрольний). Виникає природне запитання: яким же чином можна подолати нестійкість та неповну підконтрольність механічного транспортного засобу? Здається, що для цього потрібно зменшувати його потужність або встановлювати обмеження швидкості руху. Але подібні заходи суперечать прогресу, вказують на зворотній напрямку руху науково-технічної думки. Більш виправданим є обладнання механічного транспортного засобу додатковими системами управління та контролю. Крім того, необхідно довести дорожні умови руху до такого стану, за яким повністю усувається можливість непередбаченої зміни напрямку чи швидкості руху самого засобу — зниження міри його підконтрольності. Тобто істотно зменшити ймовірність заподіяння шкоди життю та здоров'ю людини, власності у сфері дорожнього руху можна шляхом ускладнення діяльності по використанню механічних транспортних засобів, і одним із заходів по запобіганню заподіяння шкоди є створення та підтримання у безпечному стані дорожніх умов руху.

Відповідно до Правил дорожнього руху дорожні умови являють собою сукупність факторів, що характеризують (з урахуванням пори року, періоду доби і атмосферних явищ) стан поверхні проїзної частини (чистота, рівність, шорсткість, зчеплення тощо), а також її ширину, величину похилів на спусках і підйомах, віражів і заокруглень, наявність або відсутність тротуарів, узбіч, штучного освітлення, дорожньої розмітки, огорожень, дорожніх знаків і світлофорів та їхній технічний стан. На рух механічних транспортних засобів дорожні умови впливають залежно від відрізка шляху (повздовжні нахили, радіуси кривих у плані та довжини прямих ділянок) та від пори року (ширина проїзної частини і узбіч, що ефективно використовується, прозорість у плані та профілі, параметри перетину доріг, кількість смуг руху, величина коефіцієнту зчеплення)¹. Їх негативний

¹ Див.: Методические рекомендации по оценке условий движения в разные сезоны года. М., 1975. С. 6.

вплив на стійкість механічних транспортних засобів виявляється лише за умови порушення під час будівництва, реконструкції, ремонту та утримання доріг, вулиць, залізничних переїздів, іншого дорожнього обладнання вимог відповідних правил, норм та стандартів.

Слід зазначити, що дорожні умови руху впливають на стійкість не тільки механічних транспортних засобів. Деякі параметри дорожніх умов можуть істотно впливати на рух мопедів чи велосипедів, тобто непотужних транспортних засобів. Однак діяльність по їх використанню не становить небезпеки для оточуючих, бо не має ознак підвищеної небезпеки (відсутні потужність, складність штучної системи), а загрожує лише водієві. Вказана загроза може виникнути за тієї умови, що недостатність потужності поповниться за рахунок неконтрольованого впливу на такі транспортні засоби сил природи (земного тяжіння, інерції), прикладом чого можуть слугувати випадки падіння у темну частину доби велосипедів, мопедів у неогорожену траншею на місці проведення дорожніх робіт, що не була помічена водієм через відсутність попереджуючих знаків. Крім того, той же мопед може на швидкості потрапити колесом у вибоїну на проїзній частині і, втративши стійкість, впасти на тверде покриття. Зазначені випадки є прямою причиною заподіяння шкоди здоров'ю чи життю водія, пошкодження транспортного засобу.

Стосовно дорожніх умов руху пішохідного потоку можна відмітити, що безпека дорожнього руху від таких не залежить. Можливі незручності для руху пішоходів не виходять за рамки загальних вимог обережності і не впливають на загальний стан безпеки дорожнього руху. Пішоходи повинні лише бути захищеними від руху механічних транспортних засобів.

Таким чином, слід зробити висновок, що одним із напрямків (компонентів) забезпечення безпеки дорожнього руху є створення стану дорожніх умов руху транспортних засобів, що відповідає вимогам певних правил, норм та стандартів. За наявності такого зростає залежність руху транспортного засобу від дій водія, а сам водій завчасно та в необхідному обсязі одержує інформацію для відповідального керування. Створення (будівництво, реконструкція, ремонт, утримання) дорожніх умов (автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, інших дорожніх споруд), які відповідатимуть вимогам правил, норм, стандартів і утримуватимуть механічні та інші транспортні засоби у безпечному (стійкому) стані, вимагає

значних матеріальних витрат, відповідної організації, техніки. Крім цього, потрібен арсенал наукових розробок, втілений у нормативних актах. Роботи по будівництву дорожніх умов мають виконуватися і виконуються уповноваженими службами через мережу дорожньо-експлуатаційних підприємств. Іншими словами, досягти стану безпеки у сфері, що пов'язана з експлуатацією дорожніх умов руху транспортних засобів, можна шляхом формування відповідних суспільних відносин. Такими відносинами і відповідно безпосереднім об'єктом злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 215⁵ КК, визнаються суспільні відносини по забезпеченню безпечних дорожніх умов руху транспортних засобів.

Надійшла до редколегії 19. 10. 98

Загальнотеоретичне дослідження проблем державної служби

В монографії* вперше у вітчизняній юридичній літературі розглядається проблема державної служби з точки зору загальної теорії держави і права, фундаментальних, «першорідних» її ознак та характеристик.

Ще наприкінці 40-х років юридичною наукою були поставлені питання про необхідність загальнотеоретичного дослідження державної служби, визначення поняття та загальноправового статусу державного службовця, посадової особи, але до сьогодення часу вони не одержали достатнього наукового обґрунтування. Не в останню чергу фрагментарність юридичних досліджень даних питань була обумовлена відсутністю в Україні розгалуженої системи законодавства. Законодавчо регулювались лише окремі її напрями: проходження військової служби, служби в органах внутрішніх справ, органах прокуратури тощо. Колишній СРСР був єдиною із країн, яка не мала власного закону про державну службу в її найбільш тісному юридичному розумінні — про службу в органах державної виконавчої влади.

Зараз відбувається активний процес становлення українського законодавства про державну службу щодо різних напрямів державно-службової діяльності. Вперше серед держав СНД в Україні був прийнятий окремий закон про державну службу, який став вихідним джерелом для формування всієї сучасної складної системи законодавства про державну службу. Викладачами Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого підготовлений проект нового Закону про державну службу з урахуванням сучасних аспектів розвитку даного інституту та досвіду застосування відповідного законодавства.

* Петришин А. В. Государственная служба. Теоретико-исторические предпосылки. Сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ. — Харьков: Факт. — 1998. — 166 с.

Тому в монографії широко застосовуються матеріали робочих груп, які були створені для підготовки Закону України про державну службу, вдосконалення законодавства про державно-службові відносини, проекту нового Закону про державну службу, проекту Кодексу правил поведінки державних службовців, членом яких був автор монографії, семінарів та науково-практичних конференцій, що проводилися Комітетом з питань правової політики і судово-правової реформи Верховної Ради України та Міністерством юстиції України.

Наукове дослідження проблем становлення державної служби здійснюється в контексті вирішення актуальних проблем, що стоять перед державою і суспільством, по формуванню основ правової демократичної державності, інститутів громадянського суспільства. При цьому акцент робиться відповідно до сучасних вимог на службовому призначенні держави по відношенню до особи та суспільства. Організація державної служби та її ефективне функціонування розглядаються під кутом зору здійснення державно-правової реформи в Україні, однією із складових частин якої є адміністративна реформа.

Загальнотеоретичне висвітлення питань державної служби, організація та функціонування якої розглядаються автором як серцевина державності та найбільш специфічна її риса, спрямовано на формування довір'я до державних органів та установ. Професія державного службовця, яка обґрунтовано трактується як одна з найбільш значущих для держави, повинна стати престижною для громадян, привабливою для талановитих та енергійних людей.

Проблема державної служби інтерпретується в монографії як певний напрямок проблематики теорії держави і права, державної влади в контексті співвідношення держави і суспільства, суспільного розподілу праці, виникнення та функціонування держави як органу (апарату) управління суспільством. Таким чином, організація і діяльність державного апарату розглядаються з точки зору його кадрового забезпечення та практичного функціонування.

Необхідність дослідження державно-службової діяльності з точки зору теорії держави і права підготовлена нинішнім станом вітчизняної правової науки, яка має значні традиції висвітлення даних проблем в розрізі галузевої постановки і перш за все з позицій адміністративно-правової та кримінально-правової теорії. При цьому як в аспекті адміністративно-правових досліджень, так і в плані

кримінально-правового розгляду питань відповідальності посадових осіб відмічається потреба в загальнотеоретичній концепції державної служби, яка б змогла виконати методологічні функції по відношенню до галузевих підрозділів правознавства.

Логічно обґрунтованою та послідовною виглядає структурна побудова монографії. Автор намагався охопити широкий спектр загальнотеоретичних аспектів організації та здійснення державно-службової діяльності. В цьому плані передусім увагу привертає перша глава роботи, присвячена висвітленню історико-теоретичних передумов виникнення інституту державної служби в демократичному, правовому суспільстві, починаючи з міфологічних уявлень про сутність та призначення державної влади та правління і закінчуючи сучасними інтерпретаціями цієї проблематики. Сучасний погляд на питання організації та здійснення державно-службових відносин пов'язується з такими малозасвоєними вітчизняною правовою та політичною наукою напрямками, як інституціональна теорія держави, теорія еліт, концепція «раціональної бюрократії». Застосування діалектико-історичної методології дозволяє дослідити певні історико-теоретичні етапи, тенденції та перспективи формування сучасної концепції державної служби, робить висновки і рекомендації автора більш обґрунтованими та достовірними.

Викликає зацікавленість порівняльно-правовий аналіз інституту державної служби в розвинутих країнах, елементи організації якого можуть бути актуальними для становлення державної служби в Україні. Порівняльний підхід ґрунтується на відмінностях політико-правових систем даних країн і головним чином, слідуючи логіці юридичного дослідження, — на особливостях їх правових систем: романо-германської та англосаксонської. Окремо розглядається специфіка формування інституту державно-службових відносин в Російській Федерації. Застосування порівняльного методу дозволило авторові співставити різні підходи до організації державної служби: систему достоїнств (Німеччина), систему заслуг (Велика Британія, США), принципу рівного доступу до державної служби (Франція), зробити висновок про позитивні та негативні сторони цих систем і доцільність застосування їх елементів у процесі державотворення в Україні в умовах політичної та економічної нестабільності.

Безпосереднє значення для формування понятійного апарату теорії держави і права має розробка провідних загальнотеоретичних

понять і конструкцій концепції державної служби на основі розгляду основних наукових підходів до їх формулювання — від найбільш широкої трактовки понять державної служби, державного службовця та посадової особи в умовах максимального одержавлення суспільних відносин до сучасної їх інтерпретації з позицій розподілу сфер державних інтересів і інтересів громадянського суспільства, публічного і приватного права.

На підставі загальнотеоретичних засад автор аналізує сучасний стан формування та розвитку інституту державної служби в Україні. Вперше у вітчизняній юридичній літературі окремо висвітлюється питання конституційно-правових засад державної служби, що свідчить, за думкою автора, про зростання їх ролі і значення для організації та функціонування інститутів правової, демократичної держави, оскільки вони пов'язані з глибинними пластами державності та соціальності, самою ідеєю права та принципами правової держави. Конституційно-правові засади інституту державної служби розглядається в роботі в контексті Загальної декларації прав людини, міжнародних пактів про права людини та інших міжнародних юридичних документів, що послужили орієнтиром для інтерпретації прав людини в Конституції України. Серед більш як 10 статей Конституції України, безпосередньо присвячених питанням організації та функціонування державної служби, в монографії виділяються такі принципи положення: 1) пріоритет прав і свобод людини і громадянина; 2) єдність та розподіл влади; 3) правова зв'язаність діяльності державних органів та посадових осіб. Особлива увага приділяється рівному праву доступу до державної служби, праву всіх звертатися в органи державної влади, до посадових та службових осіб цих органів, праву на оскарження в суді рішень державних органів, право на відшкодування шкоди, заподіяної незаконними рішеннями органів державної влади.

Вперше у вітчизняній літературі автор формулює загальнотеоретичні поняття державної служби та характеризує її фундаментальні, системні в межах теорії держави і права ознаки. Державна служба з даної точки зору розглядається як: 1) діяльність головним чином владно-управлінського характеру; 2) різновид інтелектуальної праці; 3) галузь суспільного розподілу праці; 4) обслуговування інтересів суспільства; 5) діяльність, змістом якої є вплив на людей та їх організації; 6) діяльність, предметом якої є інформа-

ція; 7) різновид професії; 8) здійснення завдань та функцій держави; 9) функціонування спеціально створеного інституту — механізму і апарату держави; 10) практична реалізація компетенції державних органів; 11) діяльність, врегульована правом; 12) діяльність, що оплачується із коштів державного бюджету. На підставі загально-теоретичних ознак проводиться відмінність між державною службою та службою в органах місцевого самоврядування, між державною службою та службою в недержавних організаціях.

Наукове та практичне значення має запропонована в роботі класифікація різновидів державної служби. Перш за все державна служба поділяється на цивільну і мілітаризовану. Цивільна державна служба залежно від особливостей конкретної державної організації розділяється на: 1) службу в державних органах (законодавчій, виконавчій та судовій владі, органах прокуратури) і 2) службу в державних установах та органах управління державними підприємствами. Служба в апараті органів державної виконавчої влади кваліфікується в монографії як державна служба в юридичному її розумінні, що є предметом теорії адміністративного права.

Разом з тим слід висловити деякі зауваження і побажання щодо спірних положень та висновків.

По-перше, при дослідженні історико-теоретичних основ концепції державної служби необхідно більшу увагу приділити питанням історико-правової спадщини України. Посилання на тотожність організації державної служби на території України за часів входження до складу Російської імперії потребує уточнення і додаткових пояснень.

По-друге, слід чіткіше висвітлити питання про доцільність викремлення категорії політичних державних службовців, до числа яких автор відносить народних депутатів, членів уряду, Президента. На наш погляд, аналіз міжнародного досвіду такої диференціації видів державної служби не може виступати достатнім її аргументом. До вирішення цієї проблеми потрібно підходити з урахуванням можливостей адаптації міжнародного досвіду в конкретно-історичній ситуації перехідного періоду в Україні.

По-третє, висвітлення проблем становлення вчення про державну службу у вітчизняній юридичній науці виглядає переобтяженим цитуванням точок зору окремих авторів. Розмежування певних теоретичних підходів до розгляду даної проблематики має бути

проведеним не тільки за хронологічним критерієм, а й в першу чергу на підставі логічного аналізу.

Наведене дозволяє зробити висновок про те, що рецензована робота складає окремий напрямок проблематики теорії державного апарату в умовах становлення засад правової, демократичної державності, відповідає критеріям новизни, методологічної та методичної обґрунтованості та іншим вимогам, що ставляться до монографічних досліджень.

А. Рогожин, проф. НЮА України,
академік АПРН України

Довгожданий підручник

Слід привітати вихід у світ рецензованого підручника*, по-перше, тому, що у нас намітилося явне відставання у сфері криміналістичної тактики і методики розслідування злочинів; по-друге, у зв'язку з тим, що підручник присвячений питанням тактики і методики, тобто тому, що повинно зазнати найбільш істотних перетворень внаслідок якісних змін злочинності — виникнення нових видів злочинів, посилення професіоналізації злочинності та підвищення рівня її організованості.

Приємно відзначити і те, що підручник підготовлений вченими славнозвісної харківської школи криміналістів.

Підручник відрізняється від інших видань з цієї тематики наявністю багатьох новел, зокрема систематизацією тактичних прийомів як умовою забезпечення ефективності їх використання, тактичним ризиком у слідчій діяльності, особливостями формування методики розслідування вбивств на замовлення тощо. Особливо слід відмітити постановку питання про необхідність спеціального вивчення тактики злочинної діяльності.

Слушним уявляється окремий розгляд перевірки показань на місці і слідчого експерименту, оскільки за цілями проведення їх

* Криміналістика: Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник для студентів юрид. вузів і фак. / За ред. проф. В. Ю. Шепітька. — Харків: Право. — 1998. — 376 с.

можна умовно об'єднати у одну слідчу дію, але за своєю природою і змістом це дві цілком різні слідчі дії.

Заслуговує на увагу виділення в окремий розділ криміналістичного вчення про розкриття злочинів, а також ситуаційного підходу до розслідування злочинів, бо це є умовою практичного забезпечення індивідуальності і конкретності розслідування та розробки наукових рекомендацій не тільки загального плану, а й щодо різних і специфічних ситуацій розслідування.

Автори підручника продемонстрували принципово чесний науковий підхід до проблем формування методики розслідування вбивств на замовлення, не намагаючись на базі загальних положень методики розслідування вбивств «творити» принципово нову методику, оскільки для цього ще не нагромаджений необхідний емпіричний матеріал. Вони позначили найбільш загальні та принципові підходи до конструювання цієї методики на відміну від інших авторів, які намагаються видати «підходи» до методики вбивств на замовлення за саму методику.

Добре поданий набір нових видів злочинів у сфері господарської діяльності, зокрема злочинів, вчинених шляхом кредитно-фінансових операцій, податкових злочинів, приховування валютної виручки.

До позитивних сторін роботи необхідно віднести розгляд питань криміналістичного прогнозування, яке стає особливо актуальним у сучасних умовах боротьби зі злочинністю. Тільки основи теорії криміналістичного прогнозування слід було б виділити в окремий розділ, оскільки зв'язок такого прогнозування з плануванням розслідування злочинів — лише один із аспектів прогнозування.

В цілому необхідно відмітити, що підручник видався добротним і корисним. Авторам можна порекомендувати підготувати підручник з усього курсу криміналістики, щоб розвинути нові підходи і положення, закладені у рецензованому.

Для продовження цієї роботи пропонуються деякі міркування і зауваження.

В розділі криміналістичної тактики, коли йдеться про її поняття і зміст, слід розмежувати дві складові — правила забезпечення раціонального проведення слідчих дій і власне тактичні аспекти діяльності слідчого (тактичні прийоми досягнення цілей слідчих дій в разі протидії слідству). Так, при розгляді теми «Слідчий огляд» виділена і добре показана пізнавальна сутність огляду місця події, а власне тактику

огляду автори вбачають у послідовності здійснюваних стадій огляду (с. 45). На наш погляд, це доцільна процедура огляду, покликана сприяти найбільшій інформаційності розшукових дій, а не тактика, якщо під нею розуміти конкретику дій слідчого, спрямованих на подолання протидії розслідуванню з боку зацікавлених в цьому осіб (навмисне перекручення слідової обстановки, приховування слідів злочину тощо).

У рамках розгляду тактичного ризику в діяльності слідчого доцільно було б відмітити основні варіанти дій слідчого, коли він опиняється у подібній ситуації: відмова від здійснення бажаного у зв'язку з можливістю настання надзвичайно негативних наслідків, відстрочення проведення запланованого до настання (створення) більш сприятливих умов, заміна запланованого іншими заходами (наприклад, пропозиція прослухати звукозапис показань особи замість проведення з нею очної ставки).

У розділі про обшук (слід зазначити, що автори підручника зробили великий внесок у розробку цієї теми) необхідно було б повніше відобразити положення, які стосуються психології шукаючого, бо цим аспектам поки що не приділяється належної уваги у навчальній літературі і практичних рекомендаціях, а вони надто важливі для організації та забезпечення ефективності розшукових дій.

Правильно відмічається можливість безконтактного впізнання (с. 366), що надзвичайно важливо для забезпечення безпеки учасників кримінально процесу, створення умов одержання інформації при проведенні роботи по розкриттю і розслідуванню злочинів, особливо вчинених організованими злочинними угрупованнями. Але не зовсім зрозуміло, чому про це не йдеться в розділі, присвяченому пред'явленню для впізнання, і, крім того, автори не вказали, як, на їх думку, можуть використовуватися у розслідуванні злочинів результати безконтактного впізнання. Також викликає сумнів категоричність заяви про те, що «об'єкт впізнання має бути у одязі, який не відрізняється від того, що був на ньому в момент спостереження його впізнаючим» (с. 108).

На завершення привітаємо авторів і читачів (студентів, викладачів, усіх, хто цікавиться криміналістикою) з появою цього підручника і побажаємо їм нових звитяг на ниві розвитку науки криміналістики.

Науковий семінар з проблем боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості

21 травня 1998 р. Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності Академії правових наук України та Національною юридичною академією України ім. Ярослава Мудрого проведено науковий семінар на тему «Проблеми боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості». В роботі семінару брали участь провідні науковці та практики, зокрема: **Ю. Грошевий** — академік АПрН України, доктор юридичних наук, професор, віцепрезидент АПрН України; **М. Бажанов** — академік АПрН України, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права НЮА України; **В. Борисов** — член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор, директор НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України; **В. Зеленецький** — заступник директора з наукової роботи НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України, доктор юридичних наук, професор; **М. Салтєвський** — завідувач лабораторії НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України, доктор юридичних наук, професор; **В. Шепітько** — завідувач кафедри криміналістики НЮА України, доктор юридичних наук, професор; **В. Ємельянов** — завідувач сектора НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України, доцент кафедри кримінального права НЮА України, кандидат юридичних наук; **О. Бантишев** — начальник кафедри кримінального права і процесу Академії СБУ, доцент, кандидат юридичних наук; **О. Богданов** — начальник спеціальної кафедри Академії СБУ, кандидат юридичних наук; **С. Денисюк** — перший заступник начальника УМВС України в Харківській області; **М. Михайлов** — заступник прокурора Харківської області; **В. Степаненко** — член Харківського обласного суду; **В. Кірічко** — доцент кафедри кримінального права НЮА України, кандидат юридичних наук; **Н. Ярмиш** — доцент кафедри кримінального права

НЮА України, кандидат юридичних наук; **Н. Сібільова** — учений секретар НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України, доцент НЮА України, кандидат юридичних наук; **В. Белик** — завідувач лабораторії кафедри історії держави і права НЮА України; **В. Ліпкан** — ад'юнкт НДІ проблем боротьби зі злочинністю Національної академії внутрішніх справ України, а також інші наукові та практичні працівники, аспіранти. На семінарі обговорювалися такі питання: поняття та види злочинів терористичної спрямованості; проблеми розробки ознак тероризму як самостійного складу злочину, що підлягає включенню до Кримінального кодексу України.

Семінар відкрив **В. Борисов**: Проблема боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості належить до числа важливих в теорії кримінального права і правозастосовній практиці. Це обумовлено низкою обставин: тероризм та злочини терористичної спрямованості одержали значне поширення у світі; ці злочини характеризуються великим ступенем суспільної небезпеки; кримінальне законодавство в Україні в цій частині далеке від досконалості; зараз проводиться робота з підготовки проекту нового Кримінального кодексу України. На особливу значущість наукових наробок, що спрямовані на боротьбу зі злочинами терористичної спрямованості, вказано у п. 71 Комплексної цільової програми боротьби зі злочинністю на 1996-2000 роки, яка затверджена Указом Президента України від 17 вересня 1996 р. №837/96.

Враховуючи наукову та практичну важливість питання «Тероризм та злочини терористичної спрямованості», бюро Президії Академії правових наук України постановою від 27 січня 1997 р. №16-16 затвердило його як істотний напрямок фундаментального дослідження «Кримінальне право України. Проблеми теорії та практики застосування», що здійснюється НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України. Мета розробки — розкриття та формування поняття, сутності, змісту й ознак тероризму та злочинів терористичної спрямованості, проведення їх класифікації за особливостями конструкції складів злочинів.

Відповідальний виконавець — сектор кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю, який очолює доцент **В. Ємельянов**. За результатами досліджень до робочої групи по розробці проекту нового Кримінального кодексу України подана ініціативна

записка, опублікована монографія В. Ємельянова «Злочини терористичної спрямованості» (1997 р.).

Автору цієї монографії і надається слово для доповіді на тему «Проблеми боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості».

В. Ємельянов: Поява в науці та практиці боротьби зі злочинністю такого поняття, як «злочини терористичної спрямованості», вимагає спеціальних досліджень і обговорень, спрямованих на визначення змісту цього поняття, встановлення його співвідношення з поняттям «тероризм», вироблення чітких критеріїв відмежування їх один від одного та від інших суміжних понять.

В межах досліджень за зазначеною темою сектором кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю НДІ вивчення проблем злочинності АПрН України здійснюються розробки з метою розкриття поняття, сутності, змісту та ознак тероризму і злочинів терористичної спрямованості, проведення їх класифікації за особливостями конструкції складів злочинів, відмежування тероризму від суміжних загальносоціальних («терор», «війна», «агресія», «гноцид» та ін.) і загальнокримінальних понять («диверсія», «захоплення заручників», «замах на життя державного діяча», «вимагання» та ін.) та вироблення на цій підставі пропозицій щодо конструкції складу тероризму, який підлягає включенню до КК України.

Враховуючи всю складність розглянутої проблематики, в ході роботи неминуче постають й додаткові труднощі з таких причин.

По-перше, тероризм як явище досліджувалось у різних аспектах — філософському, політичному, історичному, психологічному тощо. А оскільки вивченням цього явища займалися не тільки юристи, а й головним чином філософи, політики, історики, соціологи, психологи, журналісти, то це призвело до того, що у літературі та суспільстві стало панувати не правове, а буденне (загальнопубліцистичне) розуміння цього явища. І зараз досить часто до тероризму відносять і бандитизм, і будь-які політичні вбивства й вбивства на замовлення, і військові заколоти, і хуліганство (в тому числі так званий «телефонний тероризм»), і викрадання людей тощо.

По-друге, серйозні ускладнення викликають і нашарування багатьох років політико-ідеологічного протистояння двох суспільно-політичних систем, коли під тероризмом, терористичною діяль-

ністю тощо частіше за все розуміли, з одного боку, комуністичні та національно-визвольні рухи, а з іншого — підривну діяльність імперіалістичних держав та їх спецслужб.

Тому при розробці поняття тероризму та злочинів терористичної спрямованості важливо прагнути того, щоб визначення цих понять дозволяло встановити їх чіткі межі та не давало приводу для політичних тлумачень. Необхідно взагалі назавжди зняти політичний ореол з терористичної діяльності і визначити її відповідне місце серед звичайних кримінально караних діянь.

Нічого не змінює в сутності тероризму і та обставина, що він нерідко виступає як злочин міжнародного характеру. Зараз у зв'язку з бурхливим розвитком інтеграційних процесів практично кожний злочин може набути міжнародного значення, тому цілком закономірним є віднесення терористичних дій до числа кримінальних діянь.

Дослідження кримінально-правового поняття тероризму необхідно здійснювати в рамках більш загального поняття, котрим є «злочини терористичної спрямованості», відмінні ознаки яких можна убачати в наступному:

1) насильницькі та інші дії винного не є самоціллю, а використовуються як засіб досягнення інших цілей;

2) обстановка страху виникає не сама собою як наслідок вчиненого діяння чи суспільного резонансу, а цілеспрямовано створюється винним з розрахунку на її сприяння в досягненні кінцевої мети як засобу примусу до прийняття чи відмови від прийняття будь-якого рішення в інтересах винного або інших осіб;

3) насильницькі та інші злочинні дії можуть бути спрямовані проти одних осіб (як фізичних, так і юридичних), а досягнення цілей винного здійснюється за рахунок дій третіх осіб (як фізичних, так і юридичних);

4) кінцеві цілі, яких прагне винний, коли вчиняє злочинні діяння, можуть мати як злочинний, так і незлочинний характер.

Сукупність зазначених ознак дає змогу кваліфікувати злочинні діяння винного як тероризування у власному значенні цього слова, а самі діяння характеризувати як злочини терористичної спрямованості. Тобто такі кримінально-правові поняття, як «тероризування» (у власному значенні цього слова) і «злочини терористичної спрямованості» становлять собою мовби два нюанси характеристики відповідного злочинного діяння, де «тероризування» значною мірою

акцентовано на його об'єктивних моментах, а «терористична спрямованість» — на суб'єктивних. Тому, аналізуючи подібного роду злочини, ці поняття в зазначених смислових обсягах можна використовувати і як синоніми, бо виділити окремо об'єктивні та суб'єктивні критерії злочину можливо лише теоретично, насправді ж існує діалектичний взаємозв'язок об'єктивного і суб'єктивного в процесі вчинення злочину.

Таким чином, сутність тероризування зводиться до залякування, переслідування, створення умов страху, але не в розумінні звичайного страхання злочинцем жертви в ході вчинення злочину з метою полегшити його вчинення і не як об'єктивно створений стан страху, котрий виникає в осіб за наявності серії тих чи інших найбільш резонансних насильницьких злочинів. Яким б тяжким ні був злочин і який б суспільний резонанс він ні викликав, дії особи, яка його вчинила, не можуть бути кваліфіковані як тероризування у власному значенні цього поняття, якщо вчинені в ході даного злочину насильницькі чи інші дії були кінцевою метою винного або ж стан страху виник внаслідок вчинення діяння, незалежно від намірів самого винного.

Тероризм становить собою немовби ядро усіх злочинів терористичної спрямованості, тому йому притаманні ознаки, властиві даним діянням, одночасно тероризму притаманні й свої відмінні ознаки.

Відмітною ознакою тероризму передусім є те, що він породжує загальну небезпеку в наслідок вчинення загальнонебезпечних дій (вибухи, підпали, затоплення тощо) або погроз такими.

Поряд з породженням загальної небезпеки відмітною рисою тероризму є цілеспрямоване створення обстановки страху, пригніченості, напруженості. Але на відміну від інших злочинів терористичної спрямованості при тероризмі ця обстановка створюється не на індивідуальному або вузько-груповому рівні, а на рівні соціальному і виступає як об'єктивно складений соціально-психологічний чинник, який впливає на інших осіб і сприяє їх примусу до будь-яких дій або відмови від них.

Наступна відмітна риса тероризму — це публічний характер його вчинення. Інші злочини терористичної спрямованості можуть проявити себе і без особливої претензії на розголос, а за поінформованості лише тих осіб, в діях яких зацікавлені винні. Тероризму ж без широкого розголосу, без відкритого публічного пред'явлення своїх вимог не існує.

Ще однією відмітною рисою тероризму є те, що при його вчиненні загальнонебезпечне насильство застосовується до одних осіб або щодо майна, а психологічний вплив з метою схиляння до певної поведінки здійснюється на інших осіб. При вчиненні інших злочинів терористичної спрямованості як насильство, так і примус до виконання вимог можуть бути спрямовані проти одних і тих же осіб, однак і тут насильство впливає на прийняття потерпілим рішення не безпосередньо шляхом позбавлення його можливості обрання певного варіанту поведінки, а опосередковано, тобто через прийняття (хоча і примусово) вольового рішення самим потерпілим.

Таким чином, під тероризмом слід розуміти такі загальнонебезпечні дії або погрозу ними, які вчиняються публічно, посягають на суспільну безпеку та спрямовані на створення в соціальній сфері обстановки страху, непокою, пригніченості з метою прямого або непрямого впливу на прийняття будь-якого рішення або відмови від нього в інтересах винних. Ознаки тероризму можуть виявлятися в багатьох діяннях. Проте юридична оцінка цих ознак може бути неоднаковою, тому слід відрізнити тероризм як явище і правову оцінку цього явища в кримінальному законі.

Відсутність у КК України спеціальної статті, яка передбачає відповідальність за тероризм як такий, аж ніяк не означає, що дії, котрі мають характер тероризму та інших злочинів терористичної спрямованості, не знайшли більш чи менш адекватного відображення у відповідних нормах кримінального законодавства.

Залежно від того, наскільки в конструкціях складів злочинів відображені ознаки терористичної спрямованості діяння, їх можна розподілити на три групи.

До першої групи входять склади злочинів, у конструкції яких терористична спрямованість діяння виражена в обов'язкових ознаках складу, тобто вона передбачена безпосередньо в самому складі, є його конститутивною ознакою, і відсутність її означає відсутність ознак даного складу злочину.

Ця група поділяється на дві підгрупи. Одна включає склади, в яких терористична спрямованість передбачених ними діянь сформульована безальтернативно, тобто ознак інших діянь, крім як діянь терористичного характеру, ці склади не містять. До них належать такі склади: ст.ст. 86², 144, 123¹, 155⁵, 155⁸, 175, 198², 217⁴, ч. 1 ст. 228⁴ КК. Інша підгрупа включає склади, у яких ознаки діяння терористичної спря-

мованості передбачені поряд з ознаками інших діянь у складному складі з альтернативними діяннями. До цієї підгрупи входять такі склади: ст.ст. 69¹, 127, ч. 1, 2 ст. 129¹, 180, ч. 1 ст. 190, 234 КК.

До другої групи належать склади злочинів, у конструкції яких терористична спрямованість діяння може бути вбачена як їх факультативна ознака. Вчинення з терористичною спрямованістю зазначених у неї діянь також охоплюється рамками цих складів, але на відміну від першої групи для кваліфікації діянь за цими складами злочинів не має принципового значення, чи вчинені вони з терористичною спрямованістю або без такої, котра може бути як присутньою, так і відсутньою в діянні винного з рівним ступенем ймовірності. Особливість цих складів полягає в тому, що в них терористична спрямованість діяння не є обов'язковою і визначальною ознакою для кваліфікації, але на неї є пряма чи непряма вказівка в самому складі. У зв'язку з цим зазначену групу також можна поділити на дві підгрупи: в одну входять склади, в яких терористична спрямованість діяння як факультативна ознака прямо виражена у словах «вплив (утручання) з метою перешкодження», в іншу — склади, в яких вона виражена побічно, через слова «у зв'язку з». Першу підгрупу утворюють склади: ч. 2 ст. 155⁷, ст.ст. 176¹, 187⁵, 189³; другу — ст.ст. 58, 59, 134¹, 176², 189², 189⁴, 189⁵, ч. 2 ст. 190, 190¹, 235, 236 КК.

До третьої групи належать склади злочинів, які передбачають діяння, що можуть за певних обставин набувати рис терористичної спрямованості. Сама конструкція цих складів не дає змоги вбачати в них показання (прямі чи непрямі) на ознаки терористичної спрямованості в діяннях, що кваліфікуються за даними статтями КК. Стати злочинами терористичної спрямованості такі злочини можуть тоді, якщо вони будуть для винного не самоціллю, а засобом досягнення іншої мети, коли вони виконують роль важливого впливу, залякування та примушування шляхом їх вчинення до прийняття будь-якого рішення або стримування від нього. Практично будь-який насильницький злочин і деякі умисні ненасильницькі злочини можуть набути подібну якість. Проте для одних складів цієї групи ступінь ймовірності наявності такої ознаки діяння, як терористична спрямованість, досить високий, для інших (а їх переважна більшість) — він незначний.

Ця група також неоднорідна і її теж можна розбити на дві підгрупи. До першої підгрупи належать склади, в яких хоч і немає

прямих чи непрямих вказівок на терористичний характер діянь, але із змісту диспозиції яких він немовби вгадується, проглядається, і діяння, які кваліфікуються за цими статтями, в багатьох випадках у дійсності становлять собою не що інше, як різновид тероризування. До таких відносяться ст.ст. 99, 100, 206¹, 206², 217², 217³, ч. 2 ст. 228⁴ КК. Ці склади значною мірою тяжіють до другої групи прийнятої класифікації. У них терористична спрямованість діяння хоча і не позначена будь-якими ознаками, але можливість наявності такої при вчиненні зазначених злочинів не менш ймовірна, ніж складів, віднесених до другої групи.

Решта складів злочинів третьої групи самі по собі не містять ні ознак тероризування, ні натяку на терористичну спрямованість тих діянь, які ними характеризуються. Але за певних обставин передбачені ними злочини можуть набути терористичної спрямованості.

Та обставина, що терористична спрямованість може мати місце при вчиненні багатьох злочинів, наводить деяких авторів на думку про недоцільність введення до КК самостійного складу, який містить поняття тероризму і встановлює відповідальність за його вчинення, а також про необхідність передбачити вичерпний перелік тих злочинів, «образ» яких може становити терористичний акт.

При всій зовнішній привабливості такої пропозиції вона все ж не вирішує багатьох проблем боротьби з тероризмом. По-перше, складно передбачити вичерпний перелік діянь, «образ» яких може становити терористичний акт; по-друге, тероризм може виявитися не тільки у вчиненні терористичних актів, а й у ставленні вимог під погрозою вчинення загальнонебезпечних дій; по-третє, характер цих погроз може не підпадати під жодну з передбачених КК видів погроз.

Тому введення в новий КК України спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за тероризм як такий, є найкращим варіантом.

Тероризм, будучи спеціальним видом злочинів терористичної спрямованості, за своєю конструкцією складу не повинен якимось структурно відрізнятися від тих складів, в яких терористична спрямованість діяння виражена в їх обов'язкових ознаках. Українським законодавцем вже опрацьована система побудови подібних складів, вона апробована при розробці й таких близьких до тероризму складів злочинів терористичної спрямованості, як захоплення заручників

(ст. 123¹ КК) і погроза вчинення розкрадання радіоактивних матеріалів (ч. 1 ст. 228⁴ КК). Вони являють собою досить струнку концептуальну модель, яка в цілому відповідає й міжнародним стандартам.

З огляду на викладене для обговорення пропонується такий варіант диспозиції статті КК про тероризм: «Тероризм, тобто вчинення чи погроза вчинення загальнонебезпечних дій, які можуть спричинити загибель людей або інші тяжкі наслідки і спрямовані на залякування населення чи соціальних груп, з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної чи юридичної особи або групи осіб до прийняття якогось рішення чи відмови від нього».

Водночас в деяких статтях Особливої частини КК як кваліфікуючу ознаку, а в ст. 41 КК — як обставину, що обтяжує відповідальність, можна передбачити вчинення злочину з терористичною спрямованістю.

В ході обговорення були висловлені наступні судження.

М. Бажанов: Доповідь становить певний інтерес, ставить цікаві питання. Але є принципові зауваження.

Слід розрізняти кримінально-правові та кримінологічні підходи. У кримінальному праві поняття злочинів терористичної спрямованості є зайвим, бо воно розмите. Туди можна включити, і автор це робить у своїй монографії, все, що завгодно. Тому пропозиція включити до КК як обтяжуючу обставину вчинення злочинів терористичної спрямованості є необґрунтованою. З урахуванням своєї розмитості таке поняття для кримінального права є неможливим. Я категорично виступаю проти поняття злочинів терористичної спрямованості як предмета, яким займається кримінальне право. Нехай цим займаються судова психологія, кримінологія, якісь інші науки. Для мене як криміналіста має значення питання, чи потрібен склад про злочинний тероризм, а якщо так, то як його змальовувати.

Яке б поняття тероризму ми ні укладали в КК, воно завжди вимагатиме кваліфікації за сукупністю злочинів. Це поняття завжди буде надто загальним. Ми будемо змушені застосовувати, крім статті «тероризм», також інші статті, що встановлюють конкретну відповідальність за цей злочин, яка може бути більш тяжкою, більш суворою, ніж за тероризм.

Що стосується формулювання статті, то слід серйозно поміркувати над тим, як її чітко сформулювати.

В. Кірічко: В міжнародному праві немає єдиного визначення тероризму. Однак безперечно можна говорити про те, що цим визначенням в різних конвенціях охоплюється низка злочинних діянь, які в КК України іменуються інакше, і з цієї точки зору основне завдання полягає не в переіменуванні тих чи інших складів злочинів, а у виявленні тих передбачених конвенціями загальнонебезпечних діянь, які слід включити до КК України. Саме в такому плані мають теоретичну і практичну значущість пропозиції щодо включення до КК України складу тероризму. При цьому великого значення набуває вірне визначення характеру і ступеня загальної небезпеки таких діянь.

У зв'язку з цим слід критично оцінювати пропозиції щодо визнання тероризму тільки як таких дій, які вчиняються з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної чи юридичної особи або групи осіб до прийняття будь-якого рішення чи відмови від нього. Не це визначає характер загальної небезпеки терористичних дій. Така мета сама по собі часто є благородною: встановити справедливі стосунки між людьми, «врятувати» світ і свою націю тощо. До того ж вона може тлумачитися дуже широко, торкатися різних об'єктів кримінально-правової охорони. У визначенні тероризму основна увага має приділятися відображенню особливостей об'єктивної сторони терористичних дій, а також заподіяної ними шкоди. Мотиви і мета дій винного при цьому повинні в одних випадках обтяжувати відповідальність, а в інших — пом'якшувати її.

О. Бантишев: В цілому погоджуючись з положеннями доповіді, висновками та пропозиціями, що містяться в ній, хочу зупинитися на деяких моментах уточнивши, а можливо, і з'ясувавши для себе деякі питання, які входять до кола проблем кримінально-правової боротьби з терористичною діяльністю.

Мені, наприклад, не зовсім зрозуміло, яким чином при вчиненні злочинів терористичної спрямованості остаточна мета, якої прагне винний, вчиняючи злочинні діяння, може мати як злочинний, так і незлочинний характер. Сама по собі злочинність діяння, на мою думку, вже передбачає і припускає незаконність, злочинність мети.

Можна, звичайно, погодитися з тим, що своєрідність тероризму полягає в тому, що особи, які є конкретними виконавцями,

можуть не знати про справжні завдання і мету, що постають перед організацією, членами якої вони є.

Однак, як вірно відзначає Р. Каламкарян, «якщо ж в мотивах дій терористів, у особі терористів та джерелах їх формувань розібратися глибше, то треба виходити із сутності цього діяння, маючи на увазі передусім те, що тероризм слугує досягненню найнегідніших, антидемократичних, антигуманних, антилюдських цілей» (Международное уголовное право / И. П. Блищенко, Р. А. Каламкарян, И. И. Карпец и др. М., 1995. С. 114).

Доповідач правильно відмітив, що тероризму без широкого розголосу, без відкритого публічного висування своїх вимог не існує, однак слід враховувати, що на підготовчому етапі, у своєму, якщо можна так висловитися, інкубаційному періоді, ембріональному стані тероризм носить виключно конспіративний характер, і це покладає на правоохоронні органи додатковий обов'язок щодо своєчасного виявлення, попередження та припинення таких акцій.

Погоджуючись з визначенням тероризму, яке дає В. Ємельянов, я б згадав про те, що у будь-якому випадку при вчиненні акцій терористичної спрямованості додатковим об'єктом злочину є основні інтереси суспільства в сфері стабільності умов його існування та функціонування.

Оцінюючи запропоновану В. Ємельяновим диспозицію статті КК про тероризм і в цілому погоджуючись з її редакцією, можна рекомендувати включити до неї вказівку про страхання (тероризування) не тільки соціальних груп, й груп національних, етнічних, релігійних.

І, нарешті, на закінчення я б відмітив, що, виходячи із законодавчого визначення тероризму, яке *de ferenda* пропонує вельмишановний доповідач, навряд чи можна погодитися з тим, що акт тероризму може мати місце з метою спонукання не тільки держави, міжнародної організації, юридичної, а й фізичної особи до прийняття будь-якого рішення.

О. Богданов: Необхідність звернення уваги на проблему тероризму в сучасній Україні продиктована тенденціями розвитку політичної та соціально-економічної ситуації. Дане питання має велике значення: компетентний підхід, професійна організація прогнозування, рання діагностика, виявлення чинників ризику, попередження та припинення терористичної діяльності можуть істотно знизити

ймовірність її розгортання, загрозу людським життям та інших негативних наслідків.

Зараз спостерігається ескалація терористичної діяльності, зростають витонченість та антигуманність таких акцій.

Посилення боротьби з тероризмом — одне із зобов'язань, яке Україна взяла на себе, вступаючи у Раду Європи та признаючи себе учасницею деяких міжнародних конвенцій з питань боротьби зі злочинністю.

Разом з тим за станом на початок 1998 р., за офіційними даними, в Україні зафіксовано 105 проявів терористичної спрямованості проти 70 у 1996 р. З них — 45 усних погроз (у 1996 р. — 34), в тому числі на адресу народних депутатів України — 14 (9), депутатів органів місцевого самоврядування 12 (6), суддів — 7 (21), представників виконавчої влади — 3 (4), лідерів зареєстрованих політичних партій — 2 (2), а також понад 60 злочинів (у 1996 р. — 36), вчинених проти народних депутатів України — 3 (3), депутатів органів місцевого самоврядування — 38 (26), представників виконавчої влади — 5 (3), суддів — 10 (0), лідерів зареєстрованих громадських об'єднань — 4 (3). При цьому 13 чоловік загинуло, 4 було поранено. За фактами цих злочинів правоохоронними органами порушено 54 кримінальні справи.

Тероризм навіть на стадії лише висловленої погрози є психологічним насильством. Коло осіб, що піддаються такому насильству, адекватно кількості людей, які одержали інформацію про те, що відбувається. У сучасному світі тероризм може бути нескінченно широким. Все це породжує неврівноваженість у суспільстві, нетерпимість, незадоволеність діями чи бездіяльністю влади, силових структур, від яких очікують наведення порядку.

Здійснюючи акт фізичного насильства щодо будь-кого, терористи тим самим одночасно здійснюють й психологічне насильство над іншими членами суспільства, домагаючись від них тих чи інших політичних поступок.

У деяких випадках терористи реалізують свої плани, навіть не вчиняючи вбивств, вибухів та інших особливо небезпечних державних злочинів, а лише погрожуючи їх здійсненням у разі невиконання їхніх вимог. Таким чином, погрози (у формі усних та письмових заяв) стають по суті актами психологічного насильства над суспільством у цілому, тобто незалежно від того, як тероризм буде здійснений на практиці, він завжди переслідує мету подавити супротивника, посягти жаж та примусити його підкоритися диктату.

Отже, ключовими словами у цих і майже у всіх інших визначеннях, перелік яких, безумовно, можна було б продовжити, є «залякувати», «утримувати у стані страху», «насильство аж до фізичного знищення» — і все з певною метою та щодо певної категорії суб'єктів.

Вашій увазі пропонується варіант (не слід вважати його альтернативним запропонованому В. Ємельяновим) диспозиції статті КК України у такій редакції: «Залякування особи, групи осіб чи населення шляхом фізичного або психічного насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я, з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної чи юридичної особи або групи осіб вчинити чи утриматися від вчинення будь-якої дії, а так само захоплення чи тримання з цією метою заручників».

В. Ліпкан: При аналізі доповіді В. Ємельянова одразу ж постає питання: чому застосовується термін «терористична спрямованість»? Спрямованість означає, що такі злочини по суті не є тероризмом, навпаки, вони тільки спрямовані на щось інше (в даному разі — на тероризм). Але ж саме використання поняття «спрямованість» свідчить не про сутність терористичного злочину, а про певний напрямок, який може бути обраний, а може і ні, тобто злочини терористичного спрямування стають такими за певних обставин.

Ще одне міркування: терористична спрямованість є суб'єктивним моментом, а тероризування — об'єктивним. І далі автор ставить знак рівності між цими поняттями, тобто ототожнює об'єктивний і суб'єктивний моменти, що є не зовсім вірним.

Нагадаємо визначення автором тероризму: це такі загальнонебезпечні дії або загроза ними, що вчиняються публічно і посягають на суспільну безпеку та спрямовані на створення в соціальній сфері обстановки страху, непокою, пригніченості з метою прямого чи непрямого впливу на прийняття будь-якого рішення або відмови від нього в інтересах інших.

Тут автор використовує термін «дії». Це було б зрозумілим, якщо б йшлося про вчинення терористичного акту. Безперечно, це впливає саме із самого слова «акт», що є не чим іншим, як дією. Але, як сам автор наголосив на початку доповіді, тероризм не можна ототожнювати тільки з терористичними актами, його слід розглядати більш глибоко. На нашу думку, треба системно підійти до розв'язання цієї проблеми, оскільки тероризм — це передусім соціальне явище, і вже

тільки потім як негативне явище він відповідним чином відображається у кримінальному законодавстві. Тобто ми відображаємо наявне у законодавстві, щоб вжити відповідних заходів та унеможливити подальше зростання і поширення цього явища. Тому ми згодні з тим, що автор не зводить тероризм до простого злочину, але в такому разі не слід ототожнювати тероризм тільки з дією.

Не зрозумілим здається застосування терміна «соціальна сфера». Оразу ж виникає питання: а яка ще сфера може бути? Ми всі живемо у суспільстві, тобто в соціумі. Будь-яка діяльність людини є соціальною, бо людини поза соціумом не існує, взагалі людина поза соціумом вже не є людиною як такою, тому, на нашу думку, доречним є вживання поняття «в суспільстві» замість поняття «в соціальній сфері».

Щодо введення кримінально-правової норми у чинний КК України, то ми повністю підтримуємо позицію В. Ємельянова. Але наша аргументація буде іншою.

По-перше, ми не можемо казати: злочини терористичного характеру, злочини терористичної спрямованості, терористичної сутності, терористичні ознаки, терористична поведінка та ін., якщо не визначимо, що саме є тероризмом, бо всі наведені поняття є похідними від тероризму, він є визначальним. По-друге, чисто формальний підхід: не можна в законодавстві говорити про ознаки того, чого немає, бо те, що не існує, не може й мати якихось ознак. Тому саме ми є прихильниками введення до нового КК України безпосередньо кримінально-правової норми, яка б передбачала відповідальність за тероризм.

Розвиток подій у нашому суспільстві свідчить про невпинне зростання кількості та удосконалення якості терористичних злочинів. Досі законодавець не закріпив у чинному КК поняття тероризму, терористичного акту, злочинів терористичної спрямованості та ін.

Зрозуміло, що намагання дати законодавче визначення тероризму не є самоціллю. Але нагальність вирішення цієї проблеми детермінована необхідністю визначення певних завдань по боротьбі з тероризмом, які входять до структури заходів, що стосуються геополітики України.

На нашу думку, саме дефініції кримінального законодавства забезпечують законність і разом з тим стимулюють активність застосування безпосередніх заходів припинення, попередження конкретних терористичних злочинів, достатнє і справедливе покарання за їх вчинення.

Сучасний аналіз проявів тероризму свідчить про те, що тероризм в нашій державі перебуває ще на початковому етапі розвитку. Але сподівання на уповільнені темпи зростання терористичних актів не мають під собою жодних підстав.

Ми поділяємо думку В. Ємельянова щодо розгляду тероризму в двох аспектах: 1) як соціального явища і 2) як окремого злочину.

Тероризм є негативним соціальним явищем, тому він не може бути подоланий лише за допомогою правоохоронних органів. Оскільки тероризм став атрибутом суспільства, саме суспільство (природно, у тісному взаємозв'язку з органами безпеки) повинно винайти ті коріння, з яких розвивається тероризм, та знешкодити їх. Усвідомлюючи руйнівний характер тероризму, його дестабілізуючий вплив на суспільство в цілому, слід вважати розробку його поняття, ознак, форм проявів одним з пріоритетних завдань в системі національної безпеки України.

Переходячи до розгляду поняття тероризму, ми воліли б наголосити ось на чому: розуміння феномена тероризму неможливо без усвідомлення того, що терористичні злочини посягають на фундаментальні інтереси нації та спрямовані на дестабілізування, підрив існуючої системи правління.

Головна вада більшості визначень тероризму полягає в тому, що його ототожнюють з політичними злочинами, приписують йому виключно політичні мотиви. На наш погляд, цей підхід не дає змоги досягнути саме ту безпеку, якою є тероризм. Вбачати його лише як засіб для досягнення політичних цілей було б дуже необачним і створило б таку ж обстановку непокою, як і при самому тероризмі.

З нашої точки зору, поняття тероризму охоплює й дії з такою мотивацією, як корисливість, помста, економічна конкуренція та ін.

Підсумовуючи наведене, ми хотіли б запропонувати для обговорення власну дефініцію тероризму (мається на увазі диспозиція кримінально-правової норми): «Тероризм, тобто застосування чи погроза застосування насильства, яке створює небезпеку життю або здоров'ю однієї чи декількох осіб, заподіяння майнової шкоди або настання інших суспільно небезпечних наслідків, що спрямоване на підрив атмосфери спокою, дестабілізацію, залякування чи пригнічення суспільства, з метою вплинути на прийняття державою, міжнародною організацією, фізичною або юридичною особою будь-якого рішення або утриматися від нього».

С. Денисюк: Питання, розкриті у доповіді, є конче злободенними. Їх розв'язання мало б позитивне значення у діяльності по активізації боротьби зі злочинністю та стабілізації криміногенного стану в країні.

В основному в доповіді достатньо повно викладені поняття тероризму та злочинів терористичної спрямованості, а запропонований автором варіант диспозиції статті КК відображає сутність тероризму.

Разом з тим низка проблем розкрита не досить повно, без урахування деяких специфічних чинників, властивих тероризму. Так, дані поняття у доповіді більш притаманні вчиненню злочинів терористичної спрямованості однією особою. Проте досвід зарубіжних країн, а також аналіз злочинних проявів на території України свідчать, що такі злочини, як правило, вчиняються групою осіб з екстремістськими намірами, які становлять собою інтереси певних прошарків громадян, об'єднаних на національній, релігійній, економічній, територіальній або іншій основі.

Злочини, що вчиняються ними, дійсно охоплюють значний перелік статей КК, які встановлюють відповідальність за них, але відрізняються терористичною спрямованістю і високим рівнем їх підготовки, включаючи планування, розподіл ролей між членами злочинного угруповання тощо. Іншими словами, вони мають явні ознаки діяльності організованої злочинності. Тому, на нашу думку, питання про введення до Особливої частини КК України диспозиції статті про тероризм мусить вирішуватися одночасно із введенням до КК диспозиції статті про відповідальність за вчинення злочинів членами організованих злочинних груп і чіткими визначеннями організованої злочинної групи, організованого злочинного угруповання та злочинних організацій, у тому числі терористичної спрямованості. Вчинення злочинів їх членами повинно переслідуватися за законом і встановлювати кримінальну відповідальність, інакше добитися повної їх ліквідації буде дуже складно.

Безперечно, дані питання потребують подальшого вивчення та наукового дослідження із залученням відповідних фахівців.

Підбиваючи підсумки роботи семінару, **В. Борисов** відзначив: Проблема, що обговорювалася, досить складна. В. Ємельянов не випадково видав монографію по цій темі, і виступи, котрі пролунали сьогодні, підтвердили, що напрямок дослідження є вірним. Це дослідження потребує подальшого розвитку, і ми з почуттям вдяч-

ності сприймаємо всі побажання і зауваження, хоча деякі з них є суперечливими, мають дискусійний характер. Наприклад, мені здається, що норма щодо відповідальності за тероризм, яку пропонується увести до КК, не відповідатиме усім ознакам цього суспільно небезпечного явища. Однак така обмеженість є вимушеною, бо і В. Ємельянов, і автори проекту КК, підготовленого робочою групою Кабінету Міністрів України, не можуть нехтувати іншими нормами, які передбачають відповідальність за ті чи інші прояви терористичної діяльності. Наприклад, посягання на життя державного діяча або на життя представника іноземної держави, диверсія тощо. Тому норма щодо тероризму буде мати вигляд в законі не як загальна, а як спеціальна в низці інших норм, які передбачатимуть відповідальність за вчинення злочинів терористичної спрямованості. Можна з впевненістю прогнозувати значні труднощі, що виникнуть в теорії та практиці застосування цієї норми, особливо при відмежуванні тероризму від суміжних злочинів. Разом з тим не вводити таку норму до КК не можна, бо таке соціально негативне явище, як тероризм, вже давно потребує свого відображення у кримінальному законодавстві. Далі, мені важко погодитися із запропонованою В. Ємельяновим класифікацією злочинів терористичної спрямованості. Гадаю, що до таких злочинів відносяться лише злочини, передбачені першою та другою групою за його класифікацією. Крім того, не можу погодитися з відсутністю серед цих злочинів диверсії (ст. 60 КК). Можна звернутися й до інших спірних положень. Проте вважаю, що В. Ємельянов здатен відстояти свою позицію по більшості із згаданих у виступах критичних зауважень. Слід пам'ятати і про головну мету нашого семінару: поставити це питання перед широкою юридичною громадськістю, показати, як воно вирішується в теорії кримінального права. Можна з впевненістю стверджувати, що ця проблема вийшла за межі вузької проблеми окремих науковців, є проблемою, яку вивчають серйозні наукові структури, які здатні запропонувати законодавцю та правоохоронним органам істотні пропозиції щодо поліпшення справи боротьби з тероризмом.

В. Борисов, чл.-кор. АПрН України,

В. Ємельянов, доц. НЮА України

НАШІ ЮВІЛЯРИ

75



Виповнилося 75 років від дня народження і 50 років науково-педагогічної та громадської діяльності провідного вченого в галузі теорії держави і права та конституційного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України **Володимира Володимировича Копейчикова**.

В. В. Копейчиков народився 17 листопада 1923 р. у м. Харкові в родині службовців. Його дитинство пройшло в умовах невеликих родинних достатків, як і у більшості підлітків того часу. Юність В. В. Копейчикова прийшлася на роки, обпалені війною. Закінчення середньої школи та початок Великої Вітчизняної війни збіглися у часі: червень 1941 р. — випускний бал і війна; липень — призов на військову службу та навчання у Каспійському вищому військово-морському училищі (м. Баку), після завершення прискореного курсу підготовки вже в листопаді 1941 р. — направлення до діючої армії.

На його долю випали важкі випробування воєнного лихоліття, з яких він вийшов переможцем, загартованим труднощами, горем та нещастям: три найважчі роки боротьби з ворогом (1941-1944), безпосередня участь у бойових діях у складі 69-ї морської стрілецької бригади на посаді командира гармати. Після поранення у 1944-1945 рр. В. В. Копейчиков продовжував службу в Архангельському кулеметному училищі, а по закінченні війни був демобілізований. В боях виявив мужність й відвагу, непохитну стійкість та самопожертву, за що у 1944 р. був нагороджений медаллю «За відвагу», а в подальшому — іншими нагородами.

У повоєнний час В. В. Копейчиков повертається до Харкова і працює бібліотекарем школи фабрично-заводської освіти № 2. Тоді ж він обирає для себе фах юриста, що остаточно визначає його подальший життєвий шлях. Поступає до Харківського юридичного інституту, причому перші два курси закінчує екстерном. Одразу ж після закінчення інституту у 1948 р. поступає до аспірантури цього ж вузу, яку під науковим керівництвом професора В. І. Сливицького успішно закінчує у жовтні 1951 р. і захищає кандидатську дисертацію на тему «Правові акти місцевих органів державної влади і управління».

З цього часу розпочинається плідна та багатогранна наукова і педагогічна діяльність В. В. Копейчикова. Він послідовно обіймає посади старшого викладача Юридичного інституту м. Алма-Ати, доцента, виконувача обов'язків професора кафедри, вченого секретаря вченої ради Харківського юридичного інституту, де відбувається його становлення не тільки як вченого і педагога, а й як організатора навчально-виховного процесу, громадського діяча. Він плідно досліджує проблеми виникнення, становлення та функціонування механізму держави.

Завершення цього дослідження у травні 1969 р. надало можливість В. В. Копейчикову в науковій дискусії з офіційними опонентами, видатними вченими П. Е. Недбайлом, О. Ф. Шебановим та К. А. Мокичевим блискуче захистити докторську дисертацію на тему «Питання теорії механізму радянської соціалістичної держави» і здобути науковий ступінь доктора юридичних наук. Наукові результати цього дослідження висунули В. В. Копейчикова до кола вчених, доробок яких складає самостійна розробка наукових теорій найбільш складних і важливих з наукової та практичної точок зору державно-правових явищ.

Водночас він проводив активну громадську роботу, неодноразово обирався до керівних органів різних громадських організацій Харківського юридичного інституту, депутатом Харківської міської ради, головою комісії з питань законності цієї ж ради.

У 1971 р. В. В. Копейчиков переїжджає до Києва, де до 1978 р. працює професором юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. За значні наукові досягнення, активну педагогічну діяльність йому в 1972 р. рішенням Вищої атестаційної комісії присвоюється вчене звання професора. Період роботи в університеті відзначається поширенням наукових інтересів В. В. Копейчикова. Він звертається до досліджень проблем державного управління, теоретичних основ конституційного права. У 1977 р. виходить його монографія «Радянська держава та ефективність управління», а в 1978 р. завершується робота над працею «Конституція розвинутого соціалізму: теоретичні основи, сутність, функції».

У 1978 р. В. В. Копейчикова запрошуюють на роботу до Інституту держави і права АН СРСР, в якому він працює на посаді старшого наукового співробітника відділу прав людини.

У грудні 1982 р. В. В. Копейчиков повертається до Києва і з того часу незмінно пов'язує своє наукове і педагогічне життя з Національною академією внутрішніх справ України, в якій працює на посаді професора кафедри теорії держави і права. Багато в чому завдячуючи наполегливій та натхненній праці В. В. Копейчикова на цій кафедрі був створений творчий колектив висококваліфікованих фахівців з теорії держави і права, історії державно-правових вчень, конституційного права.

Під його керівництвом в навчальний процес академії запроваджені, крім нормативних навчальних курсів, спеціальні навчальні курси «Актуальні проблеми теорії держави і права», «Основні національні правові системи», «Методологія сучасного правознавства», «Юридична компаративістика» та ін.

В. В. Копейчиковим підготовлено більш як 25 докторів і кандидатів наук, за його науковим редагуванням та участю випущено понад 40 видань наукового та навчально-методичного характеру. Лише за останні три роки побачили світ його навчальні посібники «Теорія держави і права» та «Загальна теорія держави і права», підручник «Основи конституційного права», курс лекцій «Історія вчень про державу і право».

Враховуючи науковий досвід В. В. Копейчикова та визнаючи науковий потенціал і доробок створеного ним творчого колективу фахівців з теорії держави і права, рішенням Президії Академії правових наук України у 1995 р. В. В. Копейчиков був призначений головою координаційного бюро Академії з проблем теорії держави і права та вчень про державу і право, а Національна академія внутрішніх справ України — провідною установою з координації наукових досліджень цього напрямку.

У науковій сфері В. В. Копейчиков відомий як видатний вчений, талановитий організатор науки, один із провідних вітчизняних фахівців в галузі теорії держави і права та конституційного права. Він є автором понад 250 наукових праць, з них 10 особистих монографій та 9 написаних у складі авторських колективів.

Він успішно працював над багатьма державно-правовими проблемами, але найбільший внесок зробив у розробку названих наукових напрямків і є одним із засновників сучасної української школи з проблем прав і свобод людини та механізму їх реалізації.

В. В. Копейчиков бере активну участь у нормотворчій роботі по створенню системи законодавства незалежної України. Ідеї, закла-

дені в його теоретичних працях, використовуються в державно-правових програмах та законодавчих актах.

За ініціативою В. В. Копейчикова в Національній академії внутрішніх справ України створено групу науковців, яка за дорученням Державного комітету з питань науки і технологій України розробляла проект «Концепції правоохоронної діяльності в умовах формування правової держави та громадянського суспільства в Україні».

В. В. Копейчиков бере активну участь у роботі комісій органів державної влади та управління України, продуктивно працював у складі робочої групи Конституційної комісії Верховної Ради України (він є одним із співавторів Конституції України), а також у підготовці проектів законів «Про державну службу в Україні», «Про міліцію» та ін. Він є членом Консультативної Ради з питань державного будівництва і правової політики Верховної Ради України.

У 1993 р. В. В. Копейчикова обрано дійсним членом (академіком) Академії правових наук України. Він є членом низки вчених та спеціалізованих рад по захисту дисертацій, редколегії «Вісника Академії правових наук України».

У 1995-1998 рр. В. В. Копейчиков працював науковим консультантом Президента України з питань державного будівництва.

В. В. Копейчиков — талановитий педагог, який зробив вагомий внесок у підготовку кваліфікованих юристів. Своїми глибокими за змістом, цікавими та яскравими лекціями він здобув повагу і вдячність багатьох поколінь студентів, слухачів та курсантів, за що йому у 1993 р. присвоєне почесне звання «Відмінник освіти України». В 1992 р. Указом Президента України за особистий внесок у розвиток правознавства, підготовку висококваліфікованих юридичних кадрів В. В. Копейчикову присвоєне почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

В. В. Копейчиков — шанована усіма людина, напрочуд чуйна і щедра душею, доброзичливий, невичерпний оптиміст, якому прищеплені високі духовні якості та особиста привабливість.

Півстоліття він присвятив самовідданому служінню **Законові**, вихованню правоохоронців — захисників **прав і свобод громадян** незалежної Української держави. 22 серпня 1996 р. В. В. Копейчиков був нагороджений «Почесною відзнакою **Президента України**».

Під час святкування 75-річчя від дня народження на адресу В. В. Копейчикова надійшли привітання від **Президента України** і

Верховної Ради України, всіх юридичних навчальних та наукових закладів, керівництва правоохоронних органів України. Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» приєднуються до цих привітань і бажають **Володимиру Володимировичу Копейчикову** міцного здоров'я, подальшого розквіту його таланту, успіхів в його багатогранній діяльності.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого не лише в Україні, а й далеко за її межами вченого-правознавця, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України, Голови Міжнародного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України **Ігоря Гавриловича Побірченка**.

І. Г. Побірченко народився 15 листопада 1923 р. в Києві у родині службовців. Ратну і трудову діяльність розпочав 1 листопада 1941 р. службою в Радянській Армії, в лавах якої брав активну участь у бойових діях на Південному, Північно-Кавказському, 1-му Українському фронтах. За відвагу і мужність, виявлені у боях з ворогом, І. Г. Побірченко нагороджений орденом Вітчизняної війни 2-го ступеня, двома медалями «За бойові заслуги», медалями «За відвагу», «За оборону Кавказу», «За взяття Берліна», «За звільнення Варшави», «За звільнення Праги», «За перемогу над Німеччиною в 1941-1945 рр.» та ін.

Демобілізувавшись з армії, І. Г. Побірченко в 1947-1949 рр. навчався у Київській юридичній школі, після закінчення якої 16 років перебував на відповідальній та керівній роботі в органах державного контролю, юстиції та державного арбітражу.

У 1953 р. він екстерном закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка.

З 1961 р. І. Г. Побірченко за сумісництвом викладав у Київському університеті спецкурс «Арбітражний процес». Ця обставина і захист кандидатської дисертації в 1964 р. зумовили його перехід з практичної на науково-викладацьку роботу.

У 1965 р. І. Г. Побірченко за конкурсом переходить з посади головного державного арбітра Київського міжобласного державного арбітражу на постійну роботу на юридичний факультет Київського університету, де працює 28 років (у 1965-1971 рр. — доцентом, з 1971 р. — професором).

У 1971 р. захистив докторську дисертацію на тему «Господарські спори і форми їх вирішення».

У 1972 р. йому було присвоєно вчене звання професора.

З травня 1972 р. І. Г. Побірченко очолює кафедру цивільного права, а в 1973 р. створює першу в Радянському Союзі кафедру господарського права, яку очолює протягом 16 років.

Діапазон наукових інтересів І. Г. Побірченка надзвичайно широкий, йому притаманне особисте новаторство. Він перший у Радянському Союзі почав викладати університетський курс господарського права, створив першу в СРСР кафедру господарського права і перший у вузах кабінет правової роботи в народному господарстві, написав перші в Україні з грифом Мінвузу підручники з господарського права (був титульним редактором і співавтором) і арбітражного процесу. Його перу належить понад 200 наукових праць, серед яких 10 монографій, 2 підручники, 9 брошур. Міжнародне визнання одержала монографія І. Г. Побірченка «Хозяйственная юрисдикция (общее учение)», якою засновано новий напрямок в юридичній науці — господарська юрисдикція. Серед його учнів — 10 докторів і кандидатів юридичних наук, в тому числі науковці з В'єтнаму і Німеччини.

Окремі наукові праці І. Г. Побірченка видано іноземними мовами: англійською, болгарською, німецькою, польською, російською, сербською, словацькою, фінською, французькою, чеською.

І. Г. Побірченко — талановитий педагог. Понад 30 років він викладав курси господарського права і арбітражного процесу в Київському університеті, читав лекції у Львівському, Тбіліському, Братиславському, Брненському, Кошицькому, Лейпцігському університетах, Харківському і Саратовському юридичних інститутах. Нагороджений золотими медалями Брненського і Кошицького та срібною медаллю Братиславського університетів.

За час роботи в Київському університеті І. Г. Побірченко був нагороджений багатьма медалями і почесними грамотами.

І. Г. Побірченко веде велику громадську роботу. Багато років він був головою цивільно-правових секцій науково-консультативної ради Верховного Суду України і наукової ради АН України, членом науково-консультативних рад Державного арбітражу, а згодом Вищого арбітражного суду СРСР, Міністерства юстиції України, членом експертної ради з філософських і правових наук Вищої атес-

таційної комісії СРСР, членом ради університетів Мінвузу України, членом науково-методичної комісії з правознавства Мінвузу України, відповідальним редактором «Вісника Київського університету» (серія права).

У 1990 р. І. Г. Побірченко присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України.

У 1992 р. при Торгово-промисловій палаті України І. Г. Побірченко створив і з того часу очолює перший в історії України Міжнародний арбітражний суд.

У 1993 р. обраний академіком Академії правових наук України.

І. Г. Побірченко є членом Комітету законодавчих ініціатив при Президентові України, членом спеціалізованих вчених рад юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка і Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, членом ради Торгово-промислової палати України, членом редколегії журналу «Право України».

І. Г. Побірченко є членом Міжнародної федерації арбітражних інститутів в Нью-Йорку і Європейської арбітражної групи при Міжнародній торговій палаті в Парижі, а також міжнародним арбітром в міжнародних арбітражних судах при торгово-промислових (господарських) палатах Австрії, Болгарії, Литви, Македонії, Російської Федерації, Словаччини, Стокгольму, Хорватії, Чехії, Югославії.

У 1997 р. І. Г. Побірченко був нагороджений «Орденем князя Ярослава Мудрого» V ступеня.

Принциповість та порядність, широка ерудованість та сумлінне ставлення до своїх обов'язків, високі людські якості здобули І. Г. Побірченку високий авторитет та повагу юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України та редколегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ігоря Гавриловича Побірченка** з його славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, подальших успіхів в роботі, творчої наснаги.

ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ НАУКИ

- Селіванов В.* Правова реформа і методологія дослідження фундаментальних проблем юридичної науки 3
- Семчик В.* Юридична сила закону 17
- Бурчак Ф., Сегай М., Швець М.* Проблеми правової інформатизації України 28

50 РОКІВ ЗАГАЛЬНОЇ ДЕКЛАРАЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

- Рабінович П.* Загальна декларація прав людини і Україна 34

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

- Тацій В., Тодика Ю.* Конституція України і правосвідомість юристів 44
- Засць А.* Формування ідеї правової державності в процесі створення нової Конституції України (1990-1994 рр.) 54
- Кривенко Л.* Верховна Рада України — однопалатний парламент 70
- Колісник В.* Правове регулювання мовних відносин в Україні та проблеми його подальшого удосконалення 81

РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

- Коліушко І., Петришин О.* Основні напрямки реформування законодавства про державну службу 92

ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПОДАТКОВОЇ СИСТЕМИ

- Кучерявенко М.* Поняття складного інституту податкового права 104

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

- Мадіссон В.* Приватна власність у системі суспільних відносин: методологія проблеми 113
- Спасибо-Фатєєва І.* Особливості правовідносин, що виникають при створенні акціонерного товариства 121

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

- Титов В.* Виникнення юридичної логіки у США 129

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

- Корж В.* Вдосконалення кримінального законодавства — важливий засіб протидії організованій злочинності 142

<i>Голіна В.</i> Рецидивна злочинність в Україні: рівень, структура, динаміка	147
<i>Навроцький В.</i> Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією	157
<i>Салтєвський М.</i> Використання криміналістичної техніки в боротьбі з корупцією	162

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

<i>Бігун В.</i> Підсудність цивільних справ за участю іноземного елемента	167
---	-----

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ.

<i>Радик І.</i> Про юридичну природу екологічного ліцензування ..	178
<i>Бережний О.</i> Преюдиції в кримінальному процесі: поняття, сутність	183
<i>Лзімчук С.</i> Кримінально-правова характеристика об'єкта злочинного порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху	191

РЕЦЕНЗІЇ

Загальнотеоретичне дослідження проблем державної служби (А. Рогожин)	199
Довгожданий підручник (В. Бахін)	204

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Науковий семінар з проблем боротьби з тероризмом та злочинами терористичної спрямованості (В. Борисов, В. Ємельянов) ..	207
---	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

В. В. Копейчикову — 75 років .	224
І. Г. Побірченку — 75 років	228

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (15)

Редактор *К. К. Гулий*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 14.12.98.
Формат 60x84¹/₁₆ Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 13,48. Обл.-вид. арк. 13,8. Вид. № 46.
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам.

Академія правових наук України
310002 Харків, вул. Мироносицька, 29

Друкарня ПП «Поліком»
Україна 314024 Харків, вул. Лермонтовська, 27