

2002



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

2

(29)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 2 (29)

Заснований у 1993 році



Харків^Н
2002

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації (свідоцтво 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

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *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*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

Адреса редакційної колегії: 61002 Харків, вул. Мироносицька, 29, Академія правових наук України, тел. 43-40-37.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Є. Харитонов, професор,
О. Харитонова, доцент
(Одеська національна юридична
академія)

Європейські правові системи: проблеми класифікації

В останнє десятиліття у галузі порівняльного правознавства з'явилася низка нових праць¹, майже в кожній з яких аналізуються питання класифікації правових систем, що свідчить про зростання інтересу до відповідної проблематики.

Слід зазначити, що класифікація правових систем є однією з найбільш складних проблем компаративістики, що не втрачає актуальності протягом тривалого часу. Це пояснюється тим, що вона має не тільки теоретичний, а й практичний інтерес, оскільки від її вирішення залежить в кінцевому рахунку не лише визначення державою свого місця у світовому правовому просторі, а й вибір орієнтирів для вдосконалення власної правової системи, відповідного законодавства і практики його застосування.

¹ Див.: *Георгіца А. З.* Конституційне право зарубіжних країн: Підручник. — Чернівці, 2001; *Луць Л. А.* Методологія порівняльного правознавства // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. — Львів, 1997. — С. 34; *Оніщенко Н. М.* Правові системи сучасності. Порівняльне дослідження національних правових систем // Держава і право — 2000. — Вип. 7. — С. 3–11; *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира. Справочник. — М., 1993; *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. — М., 1996; *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник. — М., 2000; Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М., 2000; *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник. — М., 2001. Див. також низку статей М. Н. Марченко в збірнику наукових праць «Вестник Московского университета. Сер. 11. «Право» за 2000 р. № 1–8. Короткий огляд див.: Правовые системы стран мира / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М., 2000. — С. III–V; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. — М., 1998; *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. — М., 2001.

Наприклад, після розпаду Союзу РСР колишні союзні республіки (у тому числі Україна) не тільки опинились наодинці з проблемою оновлення правової доктрини, а й мусили обрати концепції законотворчості, у першу чергу в галузях, що мають забезпечувати проведення реформ у державі — цивільній та адміністративній, як таких, що визначають статус особи, її взаємостосунки з іншими приватними особами та державою, а також опосередковують «горизонтальні» та «вертикальні» відносини торгового обігу.

Внаслідок дефіциту часу, необхідності вирішення складних, багатоаспектних завдань почалося «обвальне» запозичення ідей із законодавчих актів економічно розвинутих країн — з Німецького цивільного кодексу, французького законодавства, англійського і американського права, що призвело, зокрема, до таких невдалих рішень, як запровадження сумнозвісних «трастів», котрі органічно властиві англо-американській правовій системі, але недостатньо забезпечують права вкладників у континентальних правових системах.

Таким чином, без урахування відповідної традиції права, місця у ній національної правової системи неможливий і подальший ефективний його розвиток.

Слід зазначити, що спроби класифікації світових і європейських систем права мали місце вже з кінця XIX ст. Як критерії називали різні обставини.

Так, пропонувалося класифікувати правові системи в межах романської, німецької, англосаксонської, слов'янської та ісламської правових сімей (Ейсман). З огляду на нечіткість критеріїв такий підхід було піддано критиці, і пізніше називали інші підстави класифікації: роль правових джерел, що дозволяло виокремлювати такі правові сім'ї: континентально-європейську, англо-американську, ісламську (Леві-Ульман); національні ознаки — за цим критерієм виділяли індоєвропейську, семітську, монгольську правові сім'ї, а також право нецивілізованих народів (Соце-Аль); генетичну ознаку — відображення впливу міжнародно-правових звичаїв, римського і канонічного права, сучасних демократичних традицій (Мартинез Паз); за змістовним принципом пропонувалося виділяти сім правових сімей: французьку, німецьку, скандинавську, англійську, російську, ісламську та індійську (Армінджон, Нольде і Вольф);

критерій «великих цивілізацій» був основою виокремлення правових сімей нецивілізованих народів, античних цивілізацій Середземномор'я, євро-американської сім'ї, релігійно-правової сім'ї афро-азійських народів (Шнітлер). Було також запропоновано класифікацію, що ґрунтується на характері джерел (Мальмстрем), що дало підстави розрізняти західну (євро-американську) групу, яка включає французьку, скандинавську, німецьку і англійську сім'ї; латиноамериканську правову сім'ю і сім'ю загального права. Особливу групу склали соціалістичні, азійські і африканські (несоціалістичні) системи права.

Угорський правознавець Йорсі на засадах вчення марксизму-ленінізму запропонував обрати критерієм класифікації характер виробничих відносин, зокрема, особливості відносин власності. Класовий підхід дозволив йому виділити два типи (дві системи) права — капіталістичний і соціалістичний. У свою чергу, правові системи європейських країн «капіталістичного права» були поділені на чотири групи залежно від часу і характеру переходу від феодальних до капіталістичних виробничих відносин (ранній, пізній, радикально-революційний тощо)¹.

Рене Давид за ідеологічним та юридико-технічним критеріями виокремлював спочатку п'ять правових сімей: західного, радянського, ісламського, індуїстського і китайського права, однак пізніше дещо модернізував цю класифікацію, називаючи такі правові сім'ї: романсько-германське право, загальне право, соціалістичне право, інші системи (сюди увійшли ісламське право, іудейське право тощо)².

Критично аналізуючи запропоновані концепції з точки зору обґрунтованості класифікації, К. Цвайгерт і Х. Кетц підтримали позицію Армінджона, Нольде і Вольфа, підкреслюючи, що раціональна класифікація сучасних правових сімей потребує вивчення їх змісту. Крім, того, ними слушно наголошувалося на залежності класифікації правових сімей і критеріїв, що визначають належність до них окремих правових систем, від історичного розвитку і тих змін, що відбуваються в світі. На цій підставі вони розрізняли порівняльну історію права, або так зване «вер-

¹ Огляд див., напр.: Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Х., 2000. — С. 564—566; Цвайгерт К., Кетц Х. Вказ. праця. — С. 100—102.

² Див.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. — М., 1996. — С. 20—28.

тикальне» порівняльне правознавство, яке вивчає різні правові сім'ї, що відійшли в минуле і відрізняються одна від одної залежно від епохи, що розглядається, і «чисте» порівняльне правознавство, яке вивчає ті правові сім'ї, що містять лише сучасні, «живі» правопорядки. Для усунення вад інших класифікацій ними пропонувалося враховувати також стиль правової системи, котрий у межах теорії правових сімей визначається такими факторами, як історичне походження і розвиток правової системи; доктрина юридичної думки та її специфіка; правові інститути, що виділяються своєю ідентичністю; правові джерела та методи їх тлумачення; ідеологічні чинники.

З урахуванням цих обставин К. Цвайгерт і Х. Кетц згрупували всі національні правові системи у вісім правових сімей: 1) романську; 2) германську; 3) скандинавську; 4) загального права; 5) соціалістичного права; 6) права країн Далекого Сходу; 7) ісламського права; 8) індуського права¹.

Попри всю начебто універсальність такої класифікації, напевно чи її можна назвати бездоганною. Хоча б тому, що єдність і послідовність критеріїв тут дотримані не до кінця. Наприклад, відсутнє чітке розмежування «живих правопорядків» і тих, що відійшли або відходять у минуле (індуське право); не згадується зовсім африканське право тощо.

Стосовно такої ознаки, як правовий стиль, слід зазначити, що вона може бути лише додатковою підставою для класифікації. Але ж визначальна класифікація — першого рівня (макрорівня) — повинна мати основою більш ґрунтовні критерії, оскільки стиль, за К. Цвайгертом і Х. Кетцем, містить низку властивостей (ідеологія, доктрина права, інститути тощо), які і самі мають бути чимось зумовленими.

Що стосується класифікації правових систем в українській компаративістиці, то попри оптимістичні заяви на кшталт того, що «згідно з вітчизняною правовою думкою всі національні правові системи групуються у такі правові сім'ї: англосаксонська правова сім'я, романо-германська правова сім'я, мусульманське право, слов'янська правова сім'я»², згадана «думка» далека від єдності з цього питання³. На жаль, у твердженні про

¹ Див.: Цвайгерт К., Кетц Х. Вказ. праця. — С. 106–108, 117.

² Оніщенко Н. М. Вказ. праця. — С. 8.

³ Пор.: Скакун О. Ф. Вказ. праця. — С. 566–567.

єдність українських компаративістів немає посилань на конкретні праці, де пропонується така класифікація¹, що утруднює дискусію, але в усякому разі можна припустити, що це відповідає авторській позиції, якій і слід адресувати заперечення. Її недоліком насамперед є непевність, «розмитість» критеріїв. (За цією ознакою, так само як і за переліком правових сімей, вона нагадує класифікацію Ейсмана). Зокрема, підставою для виокремлення англосаксонської правової сім'ї слугує характер джерел, для романо-германської — стародавність та характер історичного розвитку, мусульманської — тип релігії, а слов'янської — «національна» (якщо є поняття «слов'янська національність») ознака.

Тоді вже більш логічним з цих позицій було б виокремлення не слов'янської, а «євразійської» правової сім'ї. Хоча слід зазначити, що прихильники існування останньої, як правило, не утруднюють себе пошуком єдиних критеріїв і до того ж, обґрунтовуючи самотність «євразійської» правової сім'ї, апелюють виключно до російської літератури, де у свою чергу йдеться про українське, білоруське та подібне право фактично у контексті розвитку російського права².

Беручи до уваги розбіжності у підходах до класифікації правових систем і не зупиняючись далі більш докладно на перевагах і вадах різних її варіантів, запропонуємо до розгляду дещо іншу концепцію дослідження, наголосивши на необхідності врахування таких обставин.

По-перше, мають бути враховані сутність самого феномена права і його зв'язок з такою категорією, як «культура (цивілізація)».

По-друге, треба відмовитися від спроби класифікації правових систем в одній площині, маючи на увазі, що йдеться про феномен, який існує у різних часових і просторових вимірах і на різних рівнях.

¹ Подальші висловлювання дають підстави припустити, що значною мірою йдеться про дещо оновлену класифікацію Ейсмана, яка на Заході вважається застарілою, але набула певної популярності у російських науковців, особливо щодо «слов'янського права» (див.: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М., 1997. — С. 171–181 (автор — В. Н. Синюков); Тихомиров Ю. А. Вказ. праця. — С. 124–125.

² Див., напр.: Оборотов Ю. Н. Правовая система Украины и евразийская правовая семья // Актуальні проблеми політики: 2000. — Вип. 9. — С. 36–42; його ж. Традиції и новации в правовом развитии. — Одесса, 2001. — С. 115–121.

По-третє, слід переглянути систему критеріїв з метою знайти ті, що справляють вирішальний вплив на розвиток національних правових систем чи певну їх сукупність, а також ті, що відіграють другорядну роль, слугуючи підставами класифікації нижчих рівнів.

З'ясовуючи взаємозв'язок категорій «цивілізація» і «право» та вплив цього чинника на класифікацію, що нас цікавить, насамперед слід звернути увагу на те, що треба вести мову не про одну «цивілізацію», а про «цивілізації», оскільки це поняття існує в множині¹, внаслідок чого необхідно розрізняти світові та локальні цивілізації.

Світові цивілізації — це етап в історії людства, який характеризується певним рівнем потреб, здібностей, знань, навичок та інтересів людини, технологічним та екологічним способом виробництва, устроєм політичних та суспільних відносин, рівнем розвитку духовного репродукування (відтворення); по суті йдеться про довгостроковий (багатовіковий) історичний цикл. Зміна світових цивілізацій відображає поступальний рух історичного процесу, саморозвиток людства.

Локальні цивілізації виражають культурно-історичні, етичні, етнічні, релігійні, економіко-географічні особливості окремої країни, групи країн, етносів, які пов'язані спільною долею, відображають ритм загальноісторичного прогресу, то опиняючись у його епіцентрі, то віддаляючись від нього. Кожна локальна цивілізація має свій почерк, свій ритм, більш або менш синхронізований з ритмом світових цивілізацій².

Сутність феномена права як явища, що відображає вимоги цивілізації, не обмежується лише тим, що право нормативно об'єктивує та реалізує ці вимоги, але також воно є чинником індивідуального самовираження особи, творчості, їх акумуляції, самозростання³.

Отже, право — не тільки складова частина соціально-політичного устрою, а й також елемент суспільної свідомості, складова духовного світу людини та її світогляду. При цьому слід вра-

¹ Див.: *Февр Л.* Бои за историю / Пер. с франц. — М., 1989. — С. 263–281.

² Див.: *Яковец Ю.* История цивилизаций. Учебное пособие. — М., 1995. — С. 53–54.

³ Див.: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 200, 219, 221, 224.

ховувати, що право виникає у нерозривному зв'язку з релігією; потім воно набуває все більшої соціально-політичної ваги, а тому вимагає філософського та фахового правничого осмислення і обґрунтування; і, нарешті, стає елементом суспільної та індивідуальної свідомості, хоча і зберігає свій глибинний зв'язок з релігією, що відіграє роль певного генетичного світоглядного коду¹.

Таким чином, на класифікації права неминуче має впливати його зв'язок з категорією «цивілізація». Очевидно, кожній локальній цивілізації повинна відповідати своя система права. Назвемо це «традицією права».

При цьому слід також відмовитися від спроби класифікації правових систем в одній площині (чи одному вимірі), маючи на увазі, що йдеться про феномен, який існує у різних часових і просторових координатах та на різних рівнях.

З урахуванням цих обставин може бути визначено загальну структуру права.

Найнижчою (основною) ланкою є первісна (національна) правова система, котру можна визначити як конкретно-історичний комплекс взаємопов'язаних юридичних засобів та явищ, а також пануюча правова ідеологія окремої держави (країни)².

Національні (первісні) правові системи, що мають спільні ознаки, можуть бути об'єднані в правові сім'ї. При цьому визначальною рисою має бути така ознака, як однакові світоглядні засади, котрими власне й визначаються усі інші риси права: взаємостосунки особи і громади, правова доктрина держави, особливості концепцій окремих галузей права, а відтак, судострій і судочинство тощо.

Вищою ланкою є «традиція права», котра відображає взаємозв'язок права з певною локальною цивілізацією і у цьому значенні може тлумачитись як правові цінності, категорії, інститути, норми, які протягом сторіч свідомо передаються від покоління до покоління у певній цивілізації (культурі).

Співвідношення елементів загальної ієрархії права можна розглядати під різними кутами зору.

¹ Див.: Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Рецепції приватного права: парадигма прогресу. – Кіровоград, 1999. – С. 14.

² Прийнята у державі та національна правова система можуть не збігатися, особливо у країнах з поліетнічним населенням. Тому вживається вираз «національна (первісна) правова система».

Так, визначаючи національну систему права як первісну, основну ланку, можна вибудовувати класифікацію, рухаючись «знизу вгору»: національна правова система — правова сім'я — традиція права — право взагалі.

Разом з тим при класифікації може бути і рух «згори вниз»: право — традиції права — сім'ї права — первісні (національні) правові системи.

Обираючи той чи інший шлях, на нашу думку, слід враховувати предмет і галузь дослідження.

У галузі історичної компаративістики при класифікації правових систем періоду їх формування перевагу слід віддавати першому шляху. Це пояснюється тим, що локальні цивілізації перебувають у стані трансформацій; релігії, а з ними і право, мають місцевий або ж локальний характер; поняття правових сімей у сучасному розумінні ще теж практично не існує і т. д.

Але при дослідженнях типів права у галузі сучасної компаративістики пріоритети змінюються. Існує поняття загальнолюдської та локальних цивілізацій і властивого їм феномена права. Склалося уявлення про світові та локальні релігії. Відбувається процес взаємодії національних правових систем. Ці та інші процеси дають змогу здійснити класифікацію систем права як цілісного явища, що зумовлює доцільність руху «згори вниз».

Отже, у загальному вигляді рівні класифікації виглядають так: 1) право як феномен світової цивілізації поділяється на традиції права, 2) традиції права поділяються на правові сім'ї, 3) правові сім'ї групують у собі первісні (національні) системи права.

Відповідно до такого розуміння структури права (правових систем) і з урахуванням викладених раніше положень про локальні та світові цивілізації можна виділити дві традиції приватного права Європи, що відповідають двом локальним європейським цивілізаціям: 1) Західноєвропейську; 2) Східноєвропейську (Візантійську)¹.

Стосовно Європи «Західна традиція» права — це ті правові цінності, категорії та інститути, які іманентно властиві західноєвропейській локальній цивілізації, ґрунтуються на світогляді, культурі і ментальності Західного світу, що веде родовід від Грецької та Римської Античності.

¹ Їх характеристику див.: *Харахаш Б.* Культурно-цивілізаційна дискретність: філософія, геополітика, етноконфліктологія // Сучасність. — 1999. — № 3. — С. 92.

Під «Східною європейською традицією права» маємо на увазі закономірний процес формування і розвитку права у народів, груп, етносів, що належать до східноєвропейської цивілізації; тих, які входили в так зване «Візантійське співтовариство націй» або зараз є спадкоємцями «Духу Візантії», вираженому в догматах православної гілки християнства.

Для Західної традиції права властивими є: 1) відносно чітка межа між правовими та іншими інституціями. Хоча політика і мораль можуть визначати закон, але вони не тлумачаться як сам закон; 2) управління правовими інституціями доручається спеціальному корпусу професіоналів, які мають спеціальну юридичну освіту; 3) сума юридичних знань, одержана фахівцями, знаходиться в діалектичній єдності з правовими інституціями; 4) закон сприймається як цілісна система, «організм», який розвивається у часі, через століття і покоління; 5) життєздатність системи права ґрунтується на впевненості суспільства у довговічному характері права; 6) розвиток права є не тільки пристосуванням старого до нового: право має свою історію; 7) історичність права пов'язана з усвідомленням його переваги над політичною владою; 8) всередині одного суспільства існують і змагаються різні юрисдикції, що робить переваги закону необхідними і можливими¹.

Головні риси Східної традиції права можна визначити таким чином: 1) обмеженість світоглядного підґрунтя права, як правило, християнським вченням в його православної інтерпретації або вченням, що нагадує його; 2) схильність до тлумачення права як позитивного закону, зміст якого зумовлений не стільки природними приписами, скільки потребами суспільства, котрі краще за всіх знає держава (монарх, диктатор, володар), що втілює їх в законодавчих встановленнях; 3) організація і проведення законотворчих, дослідницьких тощо робіт в галузі права за «ініціативою згори»; 4) обмеженість творчого пошуку, і як результат — втрата авторитету і значення юриспруденції; 5) побоювання «надмірного» розширення сфери приватноправового регулювання, прагнення забезпечити максимально можливі контроль і втручання держави у відносини приватних осіб. В результаті приватне право виявляється «розбавленим» публічно-правовими

¹ Див.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: Эпоха формирования. — М., 1996. — С. 25—27.

нормами і нерідко тлумачиться як «господарське» або ж ще якесь того ж роду; 6) недостатньо чітке розмежування між правовими інституціями, з одного боку, і державними інституціями іншого типу (наприклад, адміністративними, управлінськими установами) — з другого; 7) відсутність теоретично обґрунтованої і визнаної офіційно концепції наступництва права, Внаслідок цього таке явище, як рецепція права, відбувається в латентних формах, має обмежений і непослідовний характер; 8) акцентування уваги головним чином не на правах, а на обов'язках учасників правовідносин¹.

Однак при цьому слід мати на увазі, що обидві ці системи є «дочірніми» стосовно «материнської» системи — Римського права, котре являє собою елемент Античної цивілізації, уособлюючи вищі досягнення Античного права. Такий феномен, як рецепція римського права, надає йому характеру універсальності, загальності для європейських цивілізацій. Тому Римське право є не просто елементом античної культури (як, наприклад, давньогрецьке право), а й загальною системою (першою за часом традицією) європейського права, що відповідає попередньому витку світової цивілізації. Нова загальна система (правова традиція) формується зараз у вигляді уніфікованого права Європи.

Таким чином, у кінцевому підсумку маємо справу з трьома традиціями права Європи, що існують у двох площинах:

1) Римське приватне право як «материнське» — елемент минулої цивілізації — універсальне, загальне право, попередник і своєрідний камертон більш пізніх систем (традицій) європейського права;

2) Західноєвропейська та Східноєвропейська традиції права — у правовому сенсі «дочірні» щодо Римського; ті, що існують і продовжують розвиватися й зараз як елементи відповідних локальних цивілізацій.

Слід відзначити, що «цивілізаційний» критерій у цьому тлумаченні зовнішньо є близьким до критерію ідеологічного, що був запропонований Рене Давидом, який до ідеології в цьому

¹ Докладніше про це див.: Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. — Одеса, 2000. — С. 8–9. Цікаво, що деякі автори називають ці риси ознаками так званої «слов'янської правової сім'ї» (див., напр., зазначені вище праці М. Онішук, Ю. Оборотова). Проте жоден з них не згадує, наприклад, ту ж таки Польщу, яка, будучи слов'янською країною, «не вписується» в запропоновану систему.

контексті відносив відображення релігійних, філософських уявлень даного суспільства, його політичну, економічну і соціальну структуру.

Разом з тим «цивілізація» є поняттям більш широким, що охоплює не тільки духовні, а й матеріальні аспекти життя суспільства, його побут, ментальність тощо. Тому такий підхід дозволяє більш повно враховувати чинники, що формують правову систему і специфіку її існування.

Отже, для класифікації правових систем доцільним видається використання згаданих вище критеріїв різного рівня.

До критеріїв класифікації першого рівня (макрорівня) належить тип цивілізації, що зумовлює існування певної традиції права.

Критерієм класифікації другого рівня є відмінності світогляду в межах традиції, а відтак, концепції взаємовідносин держави і приватної особи, чим, насамперед, визначається тип сім'ї права.

Інші ознаки — такі, наприклад, як згадані вище, особливості правового стилю тощо, — є не підставою поділу, а навпаки, критеріями віднесення первісних (національних) правових систем до тієї чи іншої правової сім'ї.

Таким чином, традиція права залежить від типу цивілізації. У свою чергу тип цивілізації визначається насамперед залежно від світогляду, який історично найчастіше втілюється в релігії або в системі поглядів, що приходить їй на зміну (наприклад, комуністична ідея, яка певною мірою змагалася з православ'ям, у Східноєвропейській локальній цивілізації).

Подальший поділ залежить від відмінностей у світогляді, а отже, у доктрині права, що є визначальною для характеристики сім'ї права.

Для Західноєвропейської традиції права це світоглядні відмінності, які втілилися у католицизмі, протестантстві та англіканстві, зумовили особливості тлумачення морально-етичних категорій, визначення їх цінності, а відтак, доцільність виокремлення романської, германської та англосаксонської сімей права.

Для Східноєвропейської традиції права це існування гілок православ'я (ортодоксального та поміркованого) і відповідних нюансів у визначенні взаємостосунків особи і суспільства, що зумовлює виокремлення східноєвропейської та центральносхідноєвропейської сімей права.

Запропонована класифікація не претендує на бездоганність. Разом з тим такий погляд на європейські правові системи дозволяє, як видається, більш повно врахувати значення світоглядних та морально-етичних засад у формуванні тут приватного і публічного права, а також можливі тенденції розвитку майбутнього загальноєвропейського права. Крім того, врахування цих критеріїв дає підстави і для більш точного визначення місця права України серед інших правових систем.

Надійшла до редколегії 15.03.02

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України,
О. Гришук, аспірантка Львівського
національного університету

Гідність людини як фундамент її природного права на компенсацію моральної шкоди

І. Останнім часом в Україні, як і в інших країнах Європи, відчутно актуалізується право людини на захист її честі й гідності та на компенсацію моральної шкоди, заподіяної внаслідок порушення будь-яких її прав. У цьому, як видається, не випадковому процесі знаходить прояв **закономірна тенденція зростання самоцінності кожної людини**. А стан і рівень реалізації цієї тенденції у тій чи іншій державі можуть слугувати хіба що не вирішальним критерієм суспільного прогресу, найбільш переконливим показником «людиноцентристської» орієнтації відповідної країни.

Відображення зазначеної тенденції можна спостерігати як на міжнародному, так і на національному рівнях правового регулювання.

Так, відзначимо, що поняття «гідність людини» вельми інтенсивно використано у низці фундаментальних міжнародно-правових актів. Для прикладу, за нашими підрахунками, у шести фундаментальних актах ООН та у двох актах ЮНЕСКО, що безпосередньо присвячені правам людини, воно вживається 30 разів. А в одному з актів Ради Європи його включено навіть до

назви: «Конвенція про захист прав і гідності людини з огляду на застосування досягнень біології та медицини» (прийнята 4 квітня 1997 р.).

Компенсація моральної шкоди, можна сказати, супроводжує й міжнародну правозахисну судову практику: відомо, що майже усі рішення Європейського суду з прав людини, в яких держава-відповідач визнається порушником Конвенції про захист прав людних та основних свобод, торкаються, у тій чи іншій формі, питання про саме таку компенсацію.

Поняття «гідність людини» одержує втілення й у конституціях деяких держав. Так, ст. 3 Конституції Італії, ухваленої 27 грудня 1947 р., закріплює положення про те, що «всі громадяни мають однакову суспільну гідність». (І це закріплення відбулося ще за рік до прийняття ООН Загальної декларації прав людини, у ст. 1 якої виголошено, що всі люди народжуються «рівними у своїй гідності».)

Процес конституційного відображення феномена гідності людини кардинально інтенсифікувався у тих державах Центральної та Східної Європи, які належать до перехідних (постсоціалістичних). Поняття гідності зустрічаємо нині, зокрема, у конституціях Білорусі, Болгарії, Естонії, Литви, Македонії, Молдови, Росії, Словачії, Словенії, Узбекистану, Хорватії, Чехії. У Конституції Республіки Польща зафіксовано, що «природжена і невід'ємна гідність людини є джерелом свобод і прав людини і громадянина. Вона є непорушною, а її повага і захист становлять обов'язок органів публічної влади».

Крім цього, у конституціях деяких держав йдеться, так чи інакше, про право людини і громадянина на відшкодування (компенсацію) моральних збитків (Білорусь, Естонія, Литва, Словачія, Україна, Хорватія, Чехія). А щодо судового захисту цього права ухвалювались спеціальні постанови Пленумів Верховного Суду України (1995 р., зі змінами у 2001 р.) та Пленуму Верховного Суду Російської Федерації (1994 р.).

З огляду на усі такі обставини й сучасна юридична наука приділяє все більшу увагу різноманітним проблемам юридичного захисту людської гідності та юридичного забезпечення права людини на компенсацію моральної шкоди. Ці проблеми досліджувались, зокрема, у монографіях А. Загорулько (Харків, 1998), А. Ерделєвського (Москва, 1996, 1997, 1996), І. Марогу-

лової (Москва, 1998), М. Гошовського та О. Кучинської (Київ, 1998), І. Полякова (Москва, 1998), А. Шпунара (Будгощ, 1999), Я. Гайди (Люблін, 2000), К. Голубєва і С. Наріжного (Санкт-Петербург, 2000), В. Палюка (Харків, 2000), А. Власова (Москва, 2000), Р. Стефанчука (Київ, 2001), у міжнародній збірці статей «Гідність людини як категорія права» (Варшава, 2001).

З цієї тематики лише у другій половині 90-х років ХХ ст. в Україні та Росії було захищено понад десять кандидатських дисертацій.

Усе це якраз і є свідченням невивадковості, закономірності згаданої гуманістичної тенденції у розвитку інституту прав людини.

Що ж до наукового осмислення, теоретичної інтерпретації зазначеної проблематики, то впадає в очі неабияка строкатість, неоднаковість поглядів юристів з багатьох питань, котрі охоплюються нею (йдеться, зокрема, про сутність, характер і види моральної шкоди; підстави виникнення права на її компенсацію; коло суб'єктів, у яких це право виникає; критерії визначення грошової або ж іншої компенсації; юридичний механізм реалізації цього права).

Та навряд чи такий плюралізм сприяє здійсненності та ефективності захисту (передусім судового захисту) права, що розглядається. Одна з основних причин існуючих розбіжностей вбачається у тому, що право людини на компенсацію моральної шкоди досліджується, зазвичай, з юридично-галузевих позицій, у той час як воно, на нашу думку, має загальною юридичний (а ще точніше — загальноправовий) характер. А вже давно відомо, що вирішенню «часткових», більш-менш конкретних питань має неодмінно передувати розв'язання проблем найбільш загальних, зокрема конструювання вихідних, базових методологічно визначальних категорій. До останніх, у даному випадку, належать: по-перше, загальне поняття моральної шкоди; по-друге, загальне поняття її компенсації; по-третє, загальне поняття права людини на таку компенсацію.

Деякі міркування стосовно кожного з цих понять, сформульовані наразі (з огляду на обмежений обсяг даної публікації), переважно у тезовій формі, пропонуються увазі читачів.

II. Те явище, яке за традицією відображають поняттям моральної шкоди, становить специфічний соціальний феномен, є проявом і продуктом певних суспільних відносин, що можуть виникати у будь-яких сферах соціуму і мати найрізноманітніший зміст.

Тому-то й право людини на компенсацію моральної шкоди — це, за його генезисом та сутністю, різновид загальносоціального (а не виключно юридичного) права. Його юридичне забезпечення та юридичний захист хоча і є найбільш дійовими, ефективними «інструментами», проте аж ніяк не єдино можливими. Тому вже з цієї причини дане право належить до предмета загальнотеоретичної юриспруденції.

Крім цього, воно — навіть у його державно-юридичному (зокрема законодавчому) опосередкуванні — є явищем міжгалузевим, так би мовити, всеюридичним, загальноюридичним (а не тільки, скажімо, цивілістичним). Цим теж зумовлюється необхідність дослідження даного феномена саме з позицій загальної теорії права і держави (із залученням, ясна річ, висновків деяких інших гуманітарних наук). Виходячи з таких позицій, видається можливим сформулювати такі положення.

1. Явище, яке відображається терміно-поняттям «моральна шкода», складається з декількох — принаймні з двох — елементів: **соціально-морального та індивідуально-психічного.**

Сутність першого полягає у *приниженні гідності людини* що, власне, й є об'єктом моральної шкоди. Причому йдеться не тільки про реальний факт такого приниження, а й про зазіхання, «замах» на останнє, про його загрозу.

У зв'язку з цим зауважимо, що у даному випадку ми спираємося на такі доктринальні підходи до інтерпретації категорії гідності людини, які можуть бути позначені як:

— «*суб'єктивістський*» (самооцінка людиною її власної цінності, значущості). Так, людина усвідомлює своє становище в суспільстві, колективі. Їй притаманні самоповага і потреба в поважанні її іншими людьми. Ця внутрішня самооцінка власних якостей, здібностей, світогляду, свого суспільного значення і є, на думку М. Малєїна, гідністю¹. Схожої точки зору дотримується Ю. Скуратов². В. Здравосмілов під гідністю розуміє поважання високих моральних якостей в самому собі³;

¹ Див.: Малєин Н. С. Охрана прав личности советским законодательством. — М., 1985. — С. 32.

² Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особенная часть. — М., 1996. — С. 69.

³ Див.: Уголовное право России. Особенная часть: Учебник. — М., 1996. — С. 74.

— «об'єктивістсько-соціальний» (соціально-групова чи загально-суспільна оцінка гідності людини). М. Коржанський визначає гідність особи як право на громадську повагу, що ґрунтується на визнанні суспільством громадської цінності цієї особи. Він розглядає гідність як публічну цінність особи¹;

— «суб'єктивістсько-соціальний» (самооцінка людиною її соціальної оцінки, сформульованої іншими суб'єктами). Так, С. Братусь², О. Красавчиков³ поняття гідності визначали як відображення в свідомості громадянина його оцінки суспільством, тобто самооцінку особою її суспільної оцінки.

Коли йдеться про гідність конкретної людини, то мається на увазі в першу чергу *самооцінка*, (тобто внутрішня оцінка конкретною людиною самої себе). Самооцінка — це судження людини про міру наявності у неї тих чи інших якостей, властивостей у співвідношенні із певним еталоном, зразком, котрий формується суспільством або певною його групою (найчастіше — групою домінуючою). Така самооцінка буде тим правильнішою, достовірнішою, чим точніше вона відобразить ту оцінку, яку дають цій людині інші люди, у відносинах з котрими вона перебуває. Остання обставина дає підставу ставити питання про істинність чи хибність самооцінки.

Самооцінка є формою вияву, центральним компонентом самосвідомості, тобто *усвідомлення людиною себе самої як особистості*: зокрема, усвідомлення своєї життєдіяльності у суспільстві, стосунків з іншими людьми, рис свого характеру, своїх вчинків, їх мотивів, цілей, своїх розумових, фізичних, моральних якостей.

У такому випадку *гідність людини — це внутрішня оцінка людиною власної самоцінності, яка ґрунтується на об'єктивно існуючій цінності даної людини для інших суб'єктів*.

Власне оціночний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на самосвідомість людини. На підставі такої оцінки формується еталон вимог, котрі ставляться до поведінки людей в конкретній ситуації. Враховуючи

¹ Див.: Коржанський М. Й. Кримінальне право України: Частина Особлива. — К., 1998. — С. 223.

² Див.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 85.

³ Див.: Советское гражданское право. — М., 1972. — Т. 1. — С. 157.

ці вимоги, людина самостійно (але тільки-но на основі практики своїх стосунків з іншими суб'єктами!) набуває уявлення про особисту (власну) гідність.

Універсальною і, можна сказати, мінімально констатною гідністю людини є її *антропна* гідність. Йдеться про гідність, якою наділена кожна людина без винятку, безвідносно до її індивідуальних особливостей чи соціального статусу. В основу такої інтерпретації покладено так званий *об'єктивістсько-антропологічний підхід* до розуміння гідності людини¹. Його втілено у тих міжнародно-правових положеннях, згідно з якими гідність людини є властивістю всіх членів людської сім'ї і всі люди є рівними у своїй гідності (про що йдеться, зокрема, у преамбулах до кожного з трьох актів, які складають Міжнародну хартію прав людини). **Антропна гідність** — це самоцінність людини як біосоціальної істоти — унікального родового суб'єкта, який уособлює найвищий рівень розвитку буття на Землі.

Така гідність людини, якраз з огляду на її антропну природу, є абсолютною, об'єктивно недоторканою, незайманою; вона не може якимось чином *безпосередньо* ушкоджуватись, не може бути об'єктом порушення. Тому навряд чи об'єктивістсько-антропологічний підхід можна безпосередньо пов'язати з правом людини на компенсацію моральної шкоди. Однак саме оцінка навіть такої гідності може принижуватись, зокрема, у разі, коли *порушується будь-яке право людини*. Тоді у цієї людини може виникати моральна шкода і, за певних умов, право на компенсацію останньої.

Оскільки гідність людини, беззаперечно, належить до сфери *моральних* явищ, є, так би мовити, моральним «параметром» особи, остільки й існують підстави позначати поняття про зазначену шкоду терміном «моральна».

2. На відміну від соціально-морального елемента моральної шкоди другий її складник має — з огляду на його онтологію, «субстанцію» — дещо іншу природу, є явищем індивідуально-психічним. Йдеться про *негативні психічні стани та (або) процеси людини*.

Психічні стани — це така характеристика особистості, що відображає її порівняно тривалі психічні процеси; яскравим

¹ Див.: Рабінович П. М. Право людини на компенсацію моральної шкоди // Юридичний вісник України. — 2002. — № 3.

прикладом останніх є *настрій*, в якому відбивається загальний емоціональний тонус організму. Психічні процеси — це різні форми цілісного відображення суб'єктом об'єктивної дійсності за допомогою його центральної нервової системи¹.

Психічні стани людини є інтегрованим комплексом наявних характеристик тих функцій та якостей людини, які прямо або побічно обумовлюють виконання нею діяльності; вони визначають той рівень, на тлі якого розгортаються психічні процеси. Ці психічні процеси поділяють на пізнавальні (когнітивні), емоційні та вольові (регулятивні). У відповідь на зовнішню стимуляцію (подразник) ці процеси починають діяти як частини єдиного регуляційного комплексу. Схема такого регуляційного процесу включає в себе такі моменти:

- відображення об'єктивних якостей чи параметрів стимулу;
- оцінювання їх значення для того, хто їх відобразив;
- фізіологічна підготовка організму до реакції на стимул, яка відповідає значенню останнього для суб'єкта;
- переживання, відчування, що відображають результати оцінювання й одночасно спонукають до того чи іншого акта поведінки;
- прийняття рішення із врахуванням як даної емоційної оцінки, так й інших обставин;
- власне акт поведінки;
- зіставлення результатів дії із тими, які планувались².

Ставлення до дійсності відображається в мозку і переживається як задоволення або незадоволення, сум, гнів, сором, радість тощо. Переживання — це такий душевний стан особи, що викликаний психічними (моральними) чи фізіологічними (фізичними) відчуттями і враженнями.

Коли людині заподіяно моральної шкоди, її переживання набувають негативного забарвлення. Починають домінувати негативні емоційні процеси, спектр яких є надзвичайно широким і зумовлюється передусім характером заподіяної шкоди, а також особливостями психічної організації (психічних властивостей) конкретної людини, її поглядами та уявленнями про себе і про навколишній світ. Серед таких процесів виділяються негативні

¹ Психологічний словник. — К., 1982. — С. 122.

² Див.: Додонов Б. И. В мире эмоций. — К., 1987. — С. 9.

емоції (страх, гнів, сум, злість, відчай, горе, роздратування, жах, образа, відраза та ін.), негативні емоційні стани (настрій, фрустрація, афект) та почуття (ненависть, зневіра, розчарування та ін.). Отже, з емоційного боку моральна шкода «конститується» у вигляді негативних емоційних реакцій (процесів) та станів людини.

Воля виявляється у своєрідному зусиллі, внутрішньому напруженні, яке переживає людина, переборюючи внутрішні та зовнішні труднощі, у прагненні до дій або стриманні себе¹. У даному випадку яскравим прикладом може слугувати рішення людини про необхідність компенсації заподіяної їй моральної шкоди або відмова від неї.

Когнітивні процеси, задіяні у випадку реакції людини на заподіяну їй моральну шкоду, — це перш за все сприймання та мислення. У випадку заподіяння моральної шкоди людина сприймає ситуацію як загрозливу, безнадійну, обурливу, що наносить удар по цілісному і довершеному образу «Я — захищений державою», «Я — у правовому полі» і в кінцевому рахунку «Я — в безпеці».

Взагалі кажучи, такі стани й процеси (скажімо, психічні травми, «ушкодження» психіки людини) можуть викликатись різноманітними причинами, зокрема і правомірними вчинками інших суб'єктів або ж навіть не діями, а якимись подіями. І вже тому поняття «психічна шкода» є більш об'ємним, ніж поняття «моральна шкода».

Але як би то не було, явище, адекватним категоріальним відображенням якого здатне слугувати поняття моральної шкоди, має включати водночас обидва згадані вище елементи: соціально-моральний та індивідуально-психічний.

Спираючись на щойно викладені міркування, видається підставним визначити, що *моральна шкода* — це *протиправне приниження (або замах на приниження) оцінки гідності людини, яке викликає в її психіці негативні процеси і стани*.

III. Моральну шкоду можливо класифікувати за різними критеріями на певні види. За правовим (юридичним) значенням таку шкоду можна поділити на позаправову та заподіяну у сфері правових відносин. У свою чергу остання може поділятися на правомірну і неправомірну (моральну). Психічна шкода не зав-

¹ Див.: Максименко С. Д., Соловієнко В. О. Загальна психологія: Навчальний посібник. — К., 2000. — С. 208.

жди пов'язана із порушенням прав і свобод «потерпілого», у той час як моральна шкода заподіюється саме такими порушеннями.

Останній різновид шкоди якраз і становить підставу для виникнення у людини, що потерпіла, права на її компенсацію, а у суб'єкта, неправомірними діями котрого спричинено таку шкоду, — обов'язку компенсувати її.

Компенсація моральної шкоди — це вчинення стосовно людини, котрій заподіяно таку шкоду порушенням її загальносоціальних (природних) прав чи свобод, певних дій, які спрямовані на усунення або ж послаблення у неї негативних психічних станів і процесів, викликаних приниженням оцінки її гідності внаслідок цього порушення.

Що ж до зазначеного обов'язку, то слід зауважити таке. По-перше, він має насамперед загальносоціальну природу, оскільки коріниться у соціумі, у реальних суспільних відносинах (хоча потім, за певних умов, може набути й юридичного характеру). По-друге, цей обов'язок може бути реалізовано цілком добровільно, так би мовити, «природним» чином (а не лише під загрозою державного примусу або ж унаслідок його застосування). По-третє, його реалізація може відбуватись не тільки шляхом сплати грошових коштів, а й будь-яким іншим способом, навіть не пов'язаним із фінансовими витратами.

З огляду на наведені положення можна сформулювати ще одну дефініцію.

Право на компенсацію моральної шкоди — це можливість людини, котрій заподіяно таку шкоду внаслідок порушення її загальносоціальних (природних) прав чи свобод, вимагати від порушника виконання його обов'язку вчинити певні дії, спрямовані на усунення або ж послаблення у неї негативних психічних станів та процесів, викликаних приниженням її гідності внаслідок цього порушення; а також її можливість звернутись, у разі потреби, до компетентних національних чи міжнародних органів за примусовим забезпеченням виконання зазначеного обов'язку.

І наостанок — ще одне міркування.

У деяких випадках оцінка гідності людини стає безпосереднім, самостійним і, можливо, навіть єдиним об'єктом умисного, цілеспрямованого її приниження (наприклад, у разі вчинення наклепу, образи).

Але ця оцінка страждає і тоді, коли відбувається порушення яких би то не було прав чи свобод людини (причому незалежно від того, зафіксовані вони у національному законодавстві чи

ні). Підрив, руйнація оцінки гідності людини — це неминучий супутник, соціальна «тінь» будь-чийого зазіхання на усяке її право, оскільки й у таких випадках у потерпілого зазвичай виникають почуття приниженості, образи та інші негативні переживання, стан психічної пригніченості тощо. Щоправда, у цьому разі оцінка гідності виражається, так би мовити, опосередковано, стає непрямим об'єктом правопорушення.

Одним словом, де є порушення якогось права людини чи якоїсь свободи, завжди потерпає оцінка її гідності. Саме такий різновид неправомірної моральної шкоди є, вочевидь, найпоширенішим (хоча зараз вимога щодо її компенсації висувається потерпілим — принаймні у вітчизняній юридичній практиці — ще не завжди).

Отже, немає такого порушення права чи свободи людини, яке не призвело б до виникнення у неї *конкретного* права на компенсацію моральної шкоди, *конкретної* можливості вимагати компенсації.

У цьому й вбачається «наскрізна» гуманістична місія означеного права, покликаного оберігати гідність людини — фундаментальне соціально-моральне джерело усіх без винятку її прав і свобод.

Надійшла до редколегії 15.03.02

С. Пересунько, кандидат юридичних наук,

М. Швець, доктор економічних наук, професор,

В. Хруцький, кандидат технічних наук

Автоматизована система порівняльного аналізу законодавства України та інших держав (короткий опис проекту)

Чинне законодавство України суперечливе, містить багато недосконалих норм і, головне, не має єдиних засад, що вкрай несприятливо позначається на діяльності всіх сфер суспільного життя.

Досвід розвинутих країн доводить: стабільність, ефективність діяльності підприємств, банків, концернів, як і всіх структур системного і цивілізованого бізнесу, безпосередньо залежить від стану правового поля держави. В Україні до цього часу не існувало цілісної національної концепції розробки, прийняття і кодифікації законодавчих актів.

Усі ці обставини стали чинником, який викликав практичну потребу в розробці нової технології проведення правової реформи, метою якої є створення єдиного збалансованого механізму для стабільного розвитку економічних, політичних і соціальних відносин в Україні.

Втілення цієї Концепції правової реформи у життя дозволить: одночасно створити ефективну законодавчу базу; провести її систематизацію; наблизити її до європейського законодавства.

Всі закони будуть узгоджені між собою і для більш зручного користування об'єднані в кодекси.

З метою підвищення ефективності та прискорення цієї діяльності Концепція передбачає переклад українською мовою більш як 40 тисяч нормативних актів країн Європи та США і відповідно адаптацію їх до українського законодавства. Перш за все ці норми стосуються розвитку ринкового господарства, забезпечення демократичного правового регулювання у багатьох сферах життя суспільства та усунення колізій у законодавстві.

Найбільш суспільно вагомими наслідками проведення Концепції правової реформи:

— приведення правового поля України до рівня, який в розвинутих державах напрацьований за 100–300 років. Це оптимізує темпи і напрямки внутрішніх економічних і соціальних перетворень в суспільстві, доведе їх до аналогічних показників розвитку провідних країн;

— українська законодавча база повністю відповідатиме сучасним європейським стандартам. Вітчизняна економічна практика буде узгоджена з міжнародною. Це створить і гарантує умови для ефективної праці інвесторів, що збільшить надходження і внутрішніх, і зовнішніх інвестицій в економіку України;

— Україна одержить реальну можливість інтеграції в міжнародний економічний простір на правах рівноправного партнера. Встановлення чітких і прозорих умов для економічної діяль-

ності, при наявних природних та інтелектуальних ресурсах, введе протягом найближчих років нашу країну до кола провідних держав Європи.

«Автоматизована система порівняльного аналізу законодавства України та інших держав (на прикладі законодавства Республіки Польща)» (далі — Система) призначена для проведення фахівцями-юристами (далі — аналітиками) порівняльного аналізу законодавчих актів України з відповідними актами інших країн з метою розробки більш досконалої системи законодавства нашої країни.

Система включає в себе бази даних юридичних документів двох (або більше) країн, пошукову систему та систему перекладу документів. Керує Системою адміністратор, який має можливості додавати та видаляти документи з бази даних, встановлювати та змінювати параметри документів, надавати та обмежувати доступ користувачів-аналітиків.

Користувачами Системи є фахівці, які виконують порівняльний аналіз юридичних документів із законодавчих баз різних країн. Робота з Системою не потребує спеціальних знань і виглядає так, як це описано нижче. В цьому прикладі завданням аналітика є знайти у базі даних українські юридичні документи, що належать до обраної теми, для чого він використовує кілька слів як критерій пошуку. Потім, використовуючи ті ж самі слова, які автоматично перекладаються на іноземну (у нашому випадку — польську) мову, він знаходить документи з іноземної бази даних. В обох випадках результати пошуку подаються у вигляді списків документів, що складаються з назв, дат та низки необхідних атрибутів документів. У разі необхідності списки документів, котрі знайдено у результаті пошуку, можна роздрукувати. Далі аналітик має можливість вибрати та розкрити будь-який документ із обох списків, роздрукувати його, зробити переклад документа з іноземної (польської) мови на українську та навпаки, роздрукувати переклад.

1. Користувач-аналітик друкує у полі пошуку слова, які описують тематику тих законодавчих актів, які він хотів би проаналізувати, наприклад «місто», «самоврядування», і натискає кнопку пошуку. Система розшукує в базі даних всі внесені до неї документи, що містять обрані слова у всіх словоформах, тобто будуть вибрані документи, які містять слова «місто», «міста»,

«(у) місті», «місцеве», а також «самоврядування», «самоврядуванні» тощо. Результатом пошуку буде список документів, який включає назву, дату публікації, прізвище того, хто підписав документ, і т. ін. Аналітик може за допомогою маніпулятора «миша» розкрити будь-який документ з цього списку та ознайомитись з ним у повному обсязі або надрукувати його. Слова, які задавалися для пошуку і були знайдені в тексті документа, виділятимуться іншим кольором.

Слід підкреслити, що запропонована система розшукує документи за словами, які, по-перше, знаходяться безпосередньо у тексті документа; по-друге, можуть бути у будь-яких формах, а не тільки точно такі, які були задані оператором. Отже, система пошуку не потребує при завантаженні документа додатково вводити так звані «ключові слова», а пошук стає більш ефективним, оскільки виконується безпосередньо по тексту документів.

2. Наступним кроком є пошук відповідних документів у «польській» базі даних. Слова, які використовувалися для пошуку в українській базі, автоматично перекладаються на іноземну (польську) мову (можливо з використанням тезаурусу EUROVOC). Знову виконується пошук, але в цьому разі по базі даних іноземних юридичних документів. Результати пошуку подаються у вигляді списку з назв, дат та додаткових необхідних атрибутів. Аналітик може вибрати документ, що його цікавить, розкрити його для читання, роздрукувати, зробити переклад. Якщо задано переклад документа, то він виконується безпосередньо на цьому ж комп'ютері у реальному часі, тобто аналітик оперативно одержує переклад іноземного документа, що його цікавить, який може бути збережено у вигляді окремого файлу або роздруковано.

Отже, аналітик має можливість знайти документи, що цікавлять його, як серед законодавчих актів України, так і в законодавчій базі іншої країни (або країн), одержати переклад іноземного документа українською мовою, зберегти його у вигляді файлу або надрукувати.

Доступ до цієї системи може бути виконано як з робочої станції, що підключена до локальної мережі, так і через мережу Інтернет. Доступ регулюється адміністратором системи з окремого робочого місця.

Для роботи системи використовуються найновітніші технології компаній IBM, Informix Software (обидві з США), а також

розробки українських компаній, що мають великий досвід у цій галузі. Система складається з таких компонентів:

Серверна платформа (наприклад — ProLiant ML350 PIII800M1 Hot Plug (PIII-800 MHz(upg.dual), PC133/ECC, 256Kb, RAM 256Mb, HDD 2x18GB, FDD 3.5», CD, 10/100TX) з передінстальованою операційною системою MS Windows Pro 2000 (OEM) або аналогічна.

Робоча станція (наприклад — DeskPro EXD (PIII 866, i815, 128 Mb, 10 Gb, int. Intel 3D Graphics, CD, SB, LAN) з передінстальованою операційною системою MS Windows 98 або аналогічна.

Система управління базами даних IBM Informix Dynamic Server v.9.30.

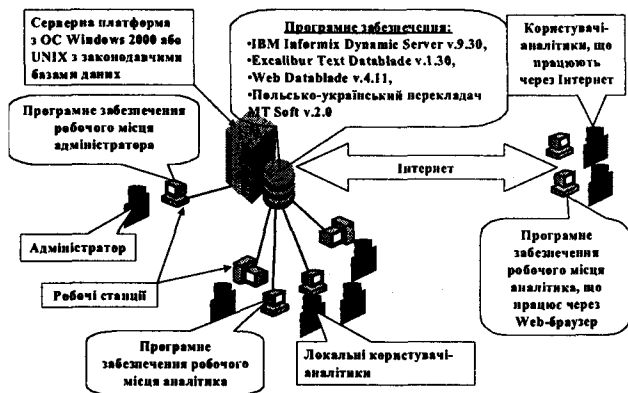
Модуль пошуку по неструктурованому тексту Excalibur Text Datablade (США) або ABBYY Morphology Text Search Datablade (Україна).

Модуль Web Datablade інтерактивного зв'язку користувачів с базою даних через мережу Інтернет з можливістю формувати запити та одержувати їх результати.

Онлайнові польсько-український та українсько-польський перекладачі (розробка компанії MT Soft — Україна).

Тезаурус EUROVOC.

Прикладне програмне забезпечення робочих місць користувача-аналітика та адміністратора системи.



Блок-схема автоматизованої системи порівняльного аналізу законодавства України та інших держав.

Надійшла до редколегії 18.02.02

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

В. Колісник, доцент НЮА України

Про визначення поняття правового статусу національних меншин та його головних елементів

Права соціальних спільнот і передусім національних меншин, безперечно, становлять окрему групу прав і їх співвідношення з правами людини є досить своєрідним. Поширене твердження про первинність і вищість прав людини не можна протиставляти правам національних меншин та інших соціальних спільнот. Досить поширена теза про пріоритет прав людини над правами нації, національної меншини не є безспірною і містить у собі певну суперечність, бо якщо права першого і другого покоління — це права і свободи людини як окремої особи, то права третього покоління — це, власне кажучи, одночасно і права людини, і права національної меншини, нації, народу.

Додержання прав людини як окремої особи може бути досягнуто лише за умови одночасного забезпечення її основних національних, етнічних прав. Звичайно, визначальним принципом правового статусу особи є принцип рівноправності незалежно від будь-яких чинників, в тому числі національності, мови, расової належності. Разом з тим не слід забувати, що у світі немає жодної людини, яка б не усвідомлювала своєї належності до тієї чи іншої соціальної спільноти і перш за все до певної нації, народності чи національно-етнічної групи. Звичайно у певних випадках це відчуття може бути дуже й дуже слабким. Проте навіть діти міжнаціональних шлюбів ототожнюють себе з певною культурою, визнають певні морально-етичні норми,

звичаї та традиції своїми, що впливає і на їх світосприйняття, і на формування їх світогляду, і на їх поведінку, а відтак, і на їх ставлення до прав інших людей, до правових норм і правової системи в цілому. До того ж не можна говорити про реальне забезпечення прав окремої людини, якщо нація або національна меншина, до якої вона належить, перебуває в пригнобленому стані, зазнає дискримінації, приниження, утисків і поневірянь. Стосовно взаємозалежності прав людини і прав нації П. Рабінювич вірно зазначає, що «з одного боку, будь-яке порушення прав нації неминуче тягне за собою порушення прав людей, які до цієї нації належать; а з іншого — порушення прав людини часто-густо (хоч, ясна річ, не всюди й не завжди) може відбуватися саме через її національність...»¹

На сучасному етапі особливого значення набуває проблема забезпечення прав національних меншин як обов'язкова передумова досягнення міжнаціональної злагоди та стабільного демократичного розвитку українського суспільства. Окремі права національних меншин знайшли своє визнання і відображення у Статуті ООН, Декларації про надання незалежності колоніальним країнам і народам 1960 р., Декларації про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1963 р., Міжнародній конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р., Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 р., Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами згідно зі Статутом ООН 1970 р., Африканській хартії прав людини і народів 1981 р., Декларації про право народів на мир 1981 р., Декларації про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин і в багатьох інших міжнародно-правових документах. У Статуті ООН проголошується принцип рівності прав великих і малих націй.

Значну увагу проблемам забезпечення прав національних меншин приділяє Рада Європи. У Віденській декларації від 9 жовтня 1993 р. члени Ради Європи визнали, що «головним для демократичної стабільності і безпеки нашого континенту є захист національних меншин»². Тоді ж було розроблено Деклара-

¹ Рабінювич П. М. Основи загальної теорії права та держави. Вид. 5-те, зі змінами. — К., 2001. — С. 20.

² Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-американського бюро захисту прав людини. — К., 1998. — Вип. 21. — С. 127.

цію та план дій по боротьбі з расизмом, ксенофобією, антисемітизмом і нетерпимістю. 1 лютого 1995 р. держави-члени Ради Європи підписали Рамкову конвенцію про захист національних меншин.

Дослідження особливостей правового статусу національних меншин в Україні, актуальних проблем конституційно-правового закріплення їх основних прав останнім часом все більше привертає увагу науковців і передусім правознавців. Досить звернутися до наукових праць А. Абашідзе, В. Нікітюка, Ю. Римаренка, Л. Рябошапки, М. Товта, І. Попеску, В. Петкова, С. Петкова, Г. Левицької¹ та інших дослідників.

Проте переважна більшість науковців, досліджуючи юридичну природу, зміст, форми реалізації, гарантії та інші аспекти прав національних меншин, все ж обходять увагою питання про поняття та основні елементи (складові частини) їх правового статусу. Частіше за все дослідники відразу переходять до розгляду найбільш гострих та актуальних, на їх думку, питань з історії та сучасного стану національних меншин, не обтяжуючи себе визначенням меж дослідження та встановленням головних понять, очевидно, виходячи при цьому з того, що, наприклад, поняття правового статусу національних меншин начебто є само собою зрозумілим. В. Петков і С. Петков слушно зазначають, що «необхідність подальших розробок загальнотеоретичних проблем, пов'язаних із визначенням правового статусу представників різних національностей, що мешкають в Україні, полягає в тому, що результати досліджень можуть бути викори-

¹ Див.: *Абашидзе А. Х.* Защита прав меньшинств по международному и внутригосударственному праву. — М., 1996; *Нікітюк В. О.* Статус етнонаціональних меншин (порівняльно-правовий аспект). — К., 1996; *Рябошапка Л. І.* Правове становище національних меншин в Україні (1917–2000). — Львів, 2001; *Римаренко Ю.* Права людини та громадянина, права народів, права етнічних меншин // Український часопис прав людини. 1996. — № 3–4. — С. 22–40; *Товт М.* Міжнародно-правовий захист національних меншин в Україні та система контролю Ради Європи // Право України. — 2001. — № 7. — С. 28–31; *Попеску І.* Права національних меншин у законодавстві та міжнародних зобов'язаннях України // Людина і політика. — 1999. — № 2. — С. 51–52; *Петков В. П., Петков С. В.* Питання наукової розробки проблеми правового статусу національних меншин в Україні // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ МВС України. — 1998. — № 2. — С. 44–56; *Левицька Г. Р.* Правовий статус національних меншин в Україні // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. — Львів, 1996. — С. 55–57.

стані при внесенні змін та доповнень до існуючого законодавства та при розробці державної програми стосовно національних меншин та корінних народів України»¹. Однак і ці автори не намагаються визначити зазначене поняття. Г. Левицька висловила думку, що «по суті, правовий статус національних меншин не відрізняється від правового статусу корінної нації», аргументуючи це твердження тим, що «всі громадяни, що проживають на території України, мають рівні політичні, економічні, соціальні та культурні права»², а також посиланням на відповідні положення чинної на той час Конституції Української РСР 1978 р. Запропонований авторкою висновок та його обґрунтування сприймаються не досить переконливо і звучать дисонансом на тлі реальної ситуації. Досить порівняти правовий статус кримських татар в Автономній Республіці Крим, угорців у Закарпатті і, скажімо, росіян у м. Харкові. Напевно, що висновки окремих фахівців будуть різними залежно від того, який зміст вони вкладають у поняття правового статусу національних меншин, що вони розуміють під цим поняттям. Але проблема якраз і полягає в тому, що досить часто дослідники навіть не ставлять перед собою таких питань, здійснюючи науковий пошук здебільшого інтуїтивно, не говорячи вже про необхідність виокремлення головних елементів зазначеного правового феномена.

Такий підхід видається не зовсім виправданим, особливо з урахуванням того, що, наприклад, майже усі дослідники правового статусу особи (людини, громадянина) намагаються розробити своє власне визначення цього поняття або ж хоча б приєднатися до вже запропонованого іншими науковцями. Так, М. Малишко вважає, що «конституційно-правовий статус людини і громадянина — це визначені Конституцією України та іншими правовими актами конституційного права місце, положення і роль людини та громадянина в суспільстві й державі»³. На думку Н. Шукліної, під конституційно-правовим статусом особи слід розуміти «загальні, основоположні начала, за допомогою яких у Конституції визначаються основні права, свободи і обов'язки людини й громадянина, тобто можливість мати, во-

¹ Петков В. П., Петков С. В. Вказ. праця. — С. 50–51.

² Левицька Г. Р. Вказ. праця. — С. 55.

³ Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодици. — К., 1999. — С. 125.

лодіти, користуватися і розпоряджатися економічними, політичними та іншими соціальними цінностями, благами; користуватися свободою дій і поведінки в межах конституції та інших законів»¹. В. Німченко переконаний, що інститут основ правового статусу особи «відображає найбільш суттєві, вихідні конституційні начала, що визначають правове становище людини, засади взаємовідносин між особою і державою»², а згодом доходить висновку, що «у визначенні правового статусу особи мають значення не тільки закріплені за людиною фактичний обсяг прав і свобод, а й ті засади, принципи, на основі яких здійснюється користування цими правами і свободами»³. Схожої точки зору дотримуються також О. Кушніренко та Т. Слінько, які зазначають, що «для характеристики конституційно-правового статусу громадян України важливе значення мають не тільки фактичний обсяг прав і свобод, закріплених в Основному Законі, а також принципи, на засадах яких здійснюється їх використання»⁴.

З огляду на своєрідність співвідношення прав людини з правами національно-етнічних спільнот, а отже, й правового статусу особи з правовим статусом національних меншин стає очевидною необхідність визначення поняття останнього. Досить близько до розуміння цього поняття підійшов П. Рабінович, який визначає основні права нації (народу) як «певні можливості кожної нації (іншої етнічної спільноти, народу), які необхідні для її нормального існування і розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку людства і мають бути загальними та рівними для всіх націй (народів)»⁵, а згодом зазначає, що «національним меншинам мають належати, згідно з документами міжнародного співтовариства, ще й особливі, додаткові можливості»⁶.

Видається, що правовий статус національної меншини становить сукупність юридичних чинників, які безпосередньо і сут-

¹ Конституційне право України / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 1999. – С. 203–204.

² Німченко В. Правовий статус особи за Конституцією України // Вісник Конституційного Суду України. – 1998. – № 3. – С. 35.

³ Там само. – С. 38.

⁴ Кушніренко О. Г., Слінько Т. М. Права і свободи людини та громадянина. – Х., 2001. – С. 16–17.

⁵ Рабінович П. М. Вказ. праця. – С. 20.

⁶ Там само. – С. 25.

тево впливають на збереження, існування та подальший розвиток національної меншини як усталеної соціальної спільноти, що склалася історично. Це певний набір юридичних чинників, що обумовлюють місце і роль такої соціальної спільноти, як національна меншина, стосовно титульної (або корінної) та інших націй, інших національних меншин і етнічних груп, держав та їх об'єднань, а також її становище та правові можливості.

На нашу думку, до правового статусу національних меншин належать такі основні елементи (компоненти) або складові частини: а) принципи правового статусу національних меншин; б) основні права національних меншин; в) основні обов'язки національних меншин; г) гарантії реалізації прав національних меншин¹.

Особливого значення на сучасному етапі набувають принципи правового статусу національних меншин, адже саме принципи як визначальні засади обумовлюють спрямованість та тенденції правового закріплення головних прав і обов'язків національних меншин, а також, що є не менш важливим, безпосередньо впливають на формування та здійснення державної політики щодо національних меншин. Принципи (основні засади) правового статусу національних меншин — це ті провідні ідеї, вихідні, основоположні та фундаментальні засади, згідно з якими і в межах яких здійснюються визнання і формальне визначення в міжнародно-правових документах та актах національного (внутрішньодержавного — конституційного та поточного) законодавства окремих держав основних прав і обов'язків національних меншин та гарантій їх реалізації.

З урахуванням відповідних положень численних міжнародно-правових документів, присвячених правовому статусу національних меншин, Конституції України та поточного законодавства, а також висловлених в літературі думок щодо принципів етнонаціональної політики², філософсько-методологічних принципів організації співжиття у багатоетнічних країнах³ та прин-

¹ Див.: *Колісник В. П.* Правовий статус національностей в Україні. — С. 5–6.

² Див.: *Римаренко Ю.* Вказ. праця. — С. 37–38.

³ Див.: *Шульга М.* Міжнародний досвід захисту прав національних меншин // *Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-американського бюро захисту прав людини.* — К., 1998. — Вип. 21. — С. 11–12.

ципів правового статусу національностей¹ до головних засад правового статусу національних меншин слід віднести принципи: 1) визнання та поважання прав окремої особи, прав національних меншин та прав будь-яких інших національно-етнічних спільнот; 2) рівних прав національних меншин; 3) недопустимості дискримінації національних меншин, проявів расизму, ксенофобії, антисемітизму; 4) визнання багатоетнічності, багатомовності, полікультурності здобутком людства, ознакою багатства суспільства; 5) толерантності, тобто психологічної налаштованості (установки) на доброзичливість, неупереджене і шанобливе ставлення до національних меншин; 6) взаємопов'язаності та взаємозалежності прав і обов'язків національних меншин; 7) універсальності та неподільності прав національних меншин; 8) невід'ємності прав національних меншин; 9) взаєморозуміння, взаємодії і співробітництва національних меншин між собою та з титульною нацією; 10) вирішення непорозумінь, міжнаціональної напруженості та будь-яких проблем і конфліктних ситуацій виключно шляхом діалогу; 11) державної підтримки розвитку малих народів та національних меншин; 12) визнання та поваги територіальної цілісності держав і непорушності існуючих кордонів тощо. Дискусійним залишається питання щодо доцільності визнання принципу національного самовизначення одним із складових елементів правового статусу національних меншин. Залежно від того, які форми реалізації права на самовизначення визнаватимуться дослідниками легітимними і бажаними для національних меншин, може змінюватися й ставлення до принципу національного самовизначення в аспекті забезпечення прав національних меншин².

Зазначена проблема, а також питання про зміст основних прав і обов'язків національних меншин та гарантій їх реалізації потребують окремого дослідження з урахуванням сучасного стану міжнаціональних відносин в Україні, положень міжнародно-правових документів та законодавчих актів України.

Надійшла до редколегії 11.03.02

¹ Див.: Колісник В. П. Правовий статус національностей в Україні. — С. 6.

² Див. також: Колісник В. Національний суверенітет та право націй на самовизначення // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 1 (24). — С. 33–39.

О. Копиленко, академік АПрН України

Готовність чи безпорадність (чи здатне українське законодавство розв'язувати гострі проблеми АР Крим)

Розглядаючи різні аспекти правового статусу кримської автономії, ми традиційно основну увагу приділяємо проблемі відповідності нормативно-правових актів Верховної Ради АР Крим Конституції і законам України. Однак останнім часом є підстави говорити і про наявність ще однієї проблеми. Умовно кажучи, вона формулюється так: чи готове українське законодавство розв'язувати ті гострі ситуації, які регулярно виникають у процесі розвитку АР Крим. Насамперед це стосується правових форм партійного життя у Верховній Раді АР Крим. Починаючи з 1998 р., триває інтенсивна дискусія з приводу моделі, за якою мусять обиратися кримські депутати (нагадаємо, що нинішній закон «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим», зазнавши свого часу президентського вето, передбачає мажоритарну систему виборів.

Отже, виникає парадоксальна ситуація. З одного боку, партійне життя у Верховній Раді АР Крим вирує на повну силу, причому за кожним фігурантом стоїть відповідна всеукраїнська політична партія (що проявилось у боротьбі за відставку кримського «прем'єра» С. Куніцина). А з другого боку, центр не визнає цих реалій, хоча гострота хронічних конфліктів на півострові значно б зменшилася, якби регулювалася належними правовими механізмами¹.

Водночас центр, здається, цілком спокійно сприймає спроби внутрішньої структуризації Верховної Ради АР Крим на основі утворення в ній «більшості» за прикладом українського парламенту. І хоча «більшість» у Верховній Раді АР Крим поки що існує лише у вигляді міжфракційно-особистих домовленостей, вона все ж стає відчутним фактором кримської політики².

¹ Це питання досліджено в монографії автора: Конституція АР Крим: проблеми, прийняття, затвердження, реалізації. — К., 2001. — С. 149–153.

² Див., напр.: *Грач Л.* Крымский политический кризис идет в русло расшатывания общественно-политической ситуации в целом по государству // Крымские известия — 2001. — 27 марта; *Поморцев А.* От конфронтации к логическому восприятию крымских проблем // Крымские известия. — 2001. — 9 июня.

Певною мірою цьому сприяє й ситуація у Верховній Раді України, оскільки зараз немає жодного проекту нової редакції Закону «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим», яка б не «заохочувала» мажоритарно-пропорційну систему. Так, 5 липня 2001 р. український парламент ухвалив у першому читанні проект Л. Миримського, що ґрунтувався саме на цьому партійному факторі. Щоправда, 15 листопада 2001 р. цей проект не зумів пройти друге читання. Та зареєстрований через два тижні (30 листопада) новий проект А. Дроботова знову вже вкотре передбачав подібну ж змішану систему виборів до Верховної Ради АР Крим. Незважаючи на те що й цей проект спіткала така ж доля — 20 грудня 2001 р. Верховна Рада України не прийняла його в першому читанні — все одно концептуальні параметри вдосконалення системи виборів до Верховної Ради АР Крим чітко визначилися. Аналогічні процеси характерні й для місцевих виборів. Так, 13 грудня 2001 р. Верховна Рада України ухвалила нову редакцію Закону «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів», який теж спирається на змішану систему (інша річ, що є всі підстави сподіватися на президентське вето).

«Вірус партійних списків» охопив навіть внутрішнє національне життя. Так, за пропорційно-мажоритарною системою (наскільки взагалі подібний термін правомірно застосовувати в цій ситуації) відбулися навіть вибори до IV Курултаю кримськотатарського народу, перша сесія якого пройшла 9–11 листопада 2001 р.¹

Отже, все одно неминуче доведеться зіткнутися з цим фактором політичного життя автономії, який, втім, повною мірою має також загальнодержавний вимір.

Протягом останніх місяців на повну силу заявила про себе й проблема виборів до Верховної Ради АР Крим, яка теж регулюється українським законодавством.

Наприклад, за ч. 2 ст. 10 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим» виборча комісія АР Крим утворюється Верховною Радою АР Крим за поданням її Голови. Тоді, коли наприкінці 1997 — на початку 1998 рр. приймався цей Закон, зазначена норма взагалі не викликала заперечень. Більш того, її цілковита «безпартійність»

¹ Авдет. — 2001. — 8 нояб.

вигідно виділялася на фоні головної ідеї проекту — проводити вибори до Верховної Ради АР Крим за змішаною мажоритарно-пропорційною системою. Саме тому, коли ця ідея зазнала президентського вето, остаточно закріплене в Законі «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим» право Голови Верховної Ради АР Крим пропонувати кандидатури до складу виборчої комісії АР Крим «органічно» доповнило перелік його повноважень, визначених Конституцією АР Крим та Законом «Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим».

Однак тепер, коли останні два роки політичні процеси в АР Крим позначено перманентним конфліктом між її керівниками, кожен з яких спирається на підтримку «своєї» всеукраїнської політичної партії, ситуація змінюється. А зосередження в руках Голови Верховної Ради АР Крим подібних одноособових важелів впливу стає вагомим фактором усієї виборчої кампанії (наприклад, у проекті А. Дроботова передбачалося формування виборчої комісії АР Крим також за поданням Голови Верховної Ради АР Крим, але за зверненням партійних структур та виборчих блоків).

Необхідно враховувати й відносно новий «судовий» елемент нинішньої кримської політики. Чи готове українське законодавство до подібного розвитку подій? З огляду на наш Цивільний процесуальний кодекс, не готове. Переконає в тому зміст цього Кодексу, який містить главу 30-А «Скарги на рішення і дії територіальної, окружної (територіальної) виборчої комісії по виборах депутатів і голів сільських, селищних, районних, міських, районних у містах, обласних рад і заяви про скасування рішень виборчої комісії» та главу 30-Б «Скарги, заяви на рішення, дії або бездіяльність виборчих комісій по виборах народних депутатів України», проте взагалі не торкається проблеми виборів до Верховної Ради АР Крим.

А це у свою чергу породжує чималі проблеми. Наприклад, за вже згаданою главою 30-А ЦПК України судові рішення у справах, пов'язаних зі скаргами на діяльність відповідних виборчих комісій по виборах депутатів і голів місцевих рад, не підлягають оскарженню, проте залишається відкритим питання про можливість оскарження аналогічних судових рішень, зумовлених виборами до Верховної Ради АР Крим (доля депутатського мандата Л. Грача стає яскравим підтвердженням цього).

Ще один приклад — стаття 24 «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим» прямо передбачає можливість скасування окружною виборчою комісією власної ж реєстрації того чи іншого кандидата у депутати за судовим рішенням у разі порушення ним виборчого закону.

Підставою для рішення суду за цією ж статтею 24 є «втрата кандидатом у депутати громадянства України, набуття чинності судовим вироком за вчинення ним умисного злочину, реєстрація однієї й тієї ж особи кандидатом у депутати більше ніж в одному виборчому окрузі та в інших випадках порушення цього закону».

Однак «інші випадки порушень» ніяк не конкретизуються, що відкриває широкий простір для специфічних передвиборчих технологій (для порівняння слід зазначити, що в нових проектах Закону «Про вибори народних депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим», зокрема в проекті Л. Миримського, наводиться докладний перелік подібних порушень).

19 грудня 2001 р. Верховна Рада АР Крим ухвалила постанову «Про призначення чергових виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим та утворення виборчої комісії Автономної Республіки Крим». Єдине, що змогла зробити Верховна Рада України — тільки підкоригувати терміни виборчої кампанії, в ході якої усі хибі нашого законодавства проявилися на повну силу (про політичний фон виборів на півострові докладно писала українська преса, тому не варто на цьому зупинятися).

«На війні як на війні», — цитує у своїй праці «Наша політика» М. Грушевський, порівнюючи боротьбу за депутатський мандат з «воєнним станом»¹. І немає значення, що матеріали для висновків йому дали спостереження лише за виборами до Галицького крайового сейму на початку минулого століття. Виявляється, що в цій справі теж маємо сталі традиції, лише «підправлені» сучасною термінологією...

Продовжуючи тему «готовності» українського законодавства до розв'язання проблем автономії, зазначимо, що з особливою силою ця тенденція проявилася під час розгляду Верховною Радою України проекту Бюджетного кодексу, точніше вже після його прийняття. Конфлікт виник навколо того, нібито 22 березня 2001 р. в процесі підготовки проголосованого закону на

¹ Грушевський М. Наша політика. — Львів, 1911. — С. 113.

підпис (а цю стадію законотворчої роботи прямо передбачає Регламент Верховної Ради України) не враховано поправку члена фракції комуністів В. Мироненка (обраного від АР Крим) до ст. 66, яка у свою чергу була предметом міжфракційних домовленостей. Сама поправка передбачала зарахування до складу доходів бюджету АР Крим усіх податків і зборів, які збираються на її території.

Конфлікт сягнув такої сили, що питання це 17 травня 2001 р. знову було внесено на розгляд сесії, що в парламентській практиці трапляється дуже рідко. Серед взаємних звинувачень, продиктованих міжпартійними суперечностями, кримські проблеми відійшли на другий план. Ніяк не обгрунтовувалась необхідність ухвалювати рішення, що суперечать Конституції і законам України. І водночас не сприймалися аргументи, які доводили, що подібна поправка фактично руйнує бюджетну систему країни. На цьому, зокрема, наполягав міністр фінансів.

В результаті все-таки разом з цією поправкою Бюджетний кодекс було направлено Президенту України, який 14 червня повернув його зі своїми зауваженнями, одне з яких стосувалося горезвісної ст. 66. Крім посилання на її суперечність Конституції України та Конституції АР Крим — бюджет Криму розробляється, затверджується та виконується на основі податкової та бюджетної політики України (п. 4 ч. 1 ст. 138), Конституцією АР Крим передбачено зарахування до бюджету податків і зборів, які збираються на території півострова (за винятком місцевих) відповідно до Конституції України та законів України (п. 13 ч. 1 ст. 18) — вказувалось також, що зазначене положення Кодексу потягне за собою істотні зміни в існуючій системі справляння податків і використання податкових надходжень до Державного бюджету України, зокрема податку на додану вартість, та надходжень від зовнішньоекономічної діяльності, зарахування яких до державного бюджету України передбачено Законом України «Про податок на додану вартість» та іншими законами України.

21 червня 2001 р. після повторного розгляду Бюджетного кодексу з урахуванням президентських зауважень його було прийнято без цієї норми.

Водночас у ході цієї полеміки центр так і не зміг виявити свою позицію з приводу п. 14 цієї ж частини першої ст. 18 Конституції АР Крим. Ним автономії надається фінансова са-

можливості, що «гарантується закріпленням законами України за доходною частиною бюджету АР Крим на стабільній основі загальнодержавних податків і зборів, які зараховуються в повному обсязі до бюджету АР Крим і є достатніми для здійснення повноважень АР Крим».

До речі, коли Конституція АР Крим у листопаді-грудні 1998 р. розглядалася Верховною Радою України, цей пункт не викликав заперечення і не зазнав жодних змін. Цілком справедливо він розглядався як значна поступка з боку АР Крим, яка з моменту свого народження настійно відстоювала ідею міжбюджетних договірних відносин з Україною. Досягнутий компроміс вимагав відповідно визначення його науково-правових, економічних та інших параметрів (втім, як і будь-який інший аспект «кримського питання»), особливо з огляду на зобов'язання центру «закріпити» це в законах України. Тим більше, що за ст. 48 Конституції АР Крим «повноваження автономії гарантуються Україною». Отже, принагідно виникає проблема, на яку звертав увагу ще М. Грушевський — незмінності прерогатив автономної частини, наданих їй державним цілим. І показово, що саме «конституційне право на зарахування до кримського бюджету усіх податків, у тому числі податку на додану вартість» Л. Грач поставив на перше місце, коли з нагоди десятої річниці відновлення автономії говорив про необхідність «відстояти, а відтак і реалізувати» повноваження АР Крим¹.

Ця ж думка пролунала і під час наради з проблем соціально-економічного розвитку автономії в кримському уряді на початку липня 2001 р. Л. Грач заявив, що економічні, насамперед бюджетні повноваження, закріплені Конституцією АР Крим, «протягом кількох років ігноруються українським урядом». З другого боку, він сказав про те, що «попередні склади Кабінету Міністрів України не дуже замислювалися над тим, що таке державне будівництво і що таке автономне утворення в державі»².

На жаль, доводиться визнати правоту цих слів. Цілком ймовірно, що зміняться кримські лідери з огляду на майбутні вибори до Верховної Ради АР Крим у березні 2002 р., проте досить виразною залишається й політика центру стосовно автономії.

¹ Див.: *Грач Л. Крымская автономия — ответ на вызов исторического периода.* — Симферополь, 2001. — С. 15.

² Крымские известия. — 2001. — 10 июля.

Особливо наочно це проявляється в тому, як кримська специфіка відображена в новому Бюджетному кодексі України, прийняття якого саме і ускладнилась проблемою автономії. Почати слід з того, що він взагалі не визнає Конституції АР Крим. У ст. 67 «Особливості формування бюджету Автономної Республіки Крим та бюджетів міст Києва і Севастополя» побіжно згадується лише закон «Про затвердження Автономної Республіки Крим». Проте цей закон складається лише з п'яти пунктів і не містить жодних особливостей. Усі вони регулюються самою Конституцією АР Крим, де якраз і йдеться про «фінансову самостійність» автономії. При цьому наївно сподіватися, що говорячи лише про закон, яким затверджено Конституцію, можна замовчувати сам факт її існування.

По-перше, це юридично некоректно, адже Конституція України «вголос» визнає Конституцію Автономної Республіки Крим і, до речі, не торкається форми її затвердження — вказано лише, що вона «затверджується не менше як половиною від конституційного складу Верховної Ради України». По-друге, це ніяк не впливає на ситуацію в автономії і навпаки певною мірою ускладнює її. В усякому разі кримські політики приймають запропоновані правила гри, пристосовуючись до них. Так, 2 жовтня 2001 р. Президія Верховної Ради АР Крим направила Президенту, Верховній Раді та Уряду України звернення, де наголошувалось на тому, що проект закону «Про державний бюджет України на 2002 рік» ігнорує «правові норми Закону України «Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим» і ст. 67 Бюджетного кодексу України, що встановлює особливості формування бюджету автономії». Отже, коло замкнулося.

Подібні ж проблеми виникають, якщо проаналізувати і деякі інші статті Бюджетного кодексу. Так, ст. 4 «Стан бюджетного законодавства» вибудовує ієрархію нормативно-правових актів, що регулюють бюджетні відносини в Україні. На вершині цієї піраміди — звичайно Конституція, останній, найближчий рівень — після нормативно-правових актів центральних органів виконавчої влади — відведено рішенням органів АР Крим, місцевих державних адміністрацій, органів державного самоврядування». Однак евфемізм «рішення органів АР Крим» не розв'язує жодних проблем. По-перше, Верховна Рада АР Крим, хоч як би не робили вигляду, що її не існує, все одно виступає одним з «органів АР

Крим», рішенням якого — хочемо того чи ні, — буде і Конституція АР Крим. А те, що «освячений» законом Верховної Ради України акт поставлено в один ряд з рішеннями місцевих держадміністрацій, не стільки цілком свідомо дратує амбіції кримських лідерів, скільки демонструє брак чітких науково виважених підходів до проблем автономії з боку центру.

Вже говорилося про дивне словосполучення «органи АР Крим». Крім нього по всьому тексту кодексу вживаються також означення «органи державної влади, органи влади АР Крим та місцевого самоврядування». Появу саме такого ряду можна пояснити нашою давньою «установкою» (невідомо ким і коли затвердженою) не вживати прикметник «державний» в кримському контексті. Але від цього не зміниться природа кримської автономії як складової частини України, і вже тільки це дає всі підстави цілком штучно не виокремлювати АР Крим у «субстанцію», що посідає осібне місце в українському державному механізмі. Тим більше, у Конституції України вжито означення «органи державної влади та місцевого самоврядування», тому всі інші новації будуть їй суперечити.

До того ж, за Бюджетним кодексом бюджет АР Крим, обласні, районні бюджети, бюджети районів у містах та бюджети місцевого самоврядування об'єднані терміном «місцеві бюджети». Тому в цьому випадку краще було б узагалі не виділяти «органи АР Крим», ніж ритуально згадувати їх, не надаючи жодних специфічних і особливих повноважень, якщо згадати зобов'язання центру закріпити за автономією фінансову самостійність.

А головне, старанно уникаючи надання АР Крим будь-яких ознак «державності», ми все одно потрапляємо до цієї ж пастки. Наприклад, ст. 90 Бюджетного кодексу з бюджету АР Крим здійснюються видатки на «державне управління», до яких віднесено видатки на «представницьку і виконавчу владу АР Крим». Однак ані в Конституції України, ані в Конституції АР Крим подібні терміни не вживаються, а в кримській Конституції спеціально обумовлено, що «організація і діяльність Верховної Ради АР Крим і Ради Міністрів АР Крим ґрунтуються на поділі повноважень між ними». Ця ідея розвинута і в рішенні Конституційного Суду України від 21 грудня 2001 р. (справа щодо сумісності мандата депутата Верховної Ради АР Крим з іншими видами діяльності): «Особливості повноважень, організації та

діяльності органів АР Крим не можна пов'язувати з принципом поділу влади». Саме тому без зайвих мудрувань доцільно було б застосовувати «класичні» терміни: Верховна Рада і Рада Міністрів АР Крим (частково про це вже говорилося, коли йшлося про нормативно-правові акти Верховної Ради АР Крим, якими затверджувався бюджет автономії).

А втім, проблеми теоретико-правового характеру виникають і стосовно інших, не тільки «кримських» статей Бюджетного Кодексу. Наприклад, це стосується метаморфоз, що їх зазнає нещасливий термін «державне управління». Так, ст. 87 визначає перелік видатків, що здійснюються з державного бюджету. На першому місці бачимо «державне управління», до якого входять законодавча влада, виконавча влада і Президент України, потім окремо судову владу, міжнародну діяльність та інші галузі використання бюджетних коштів у національному масштабі. Однак, якщо звернутися до Конституції України, то навряд чи правомірно вживати термін «державне управління» як узагальнюючий образ законодавчої, виконавчої влади та Президента, а тим більше відокремлювати від неї судову владу. Дійсно, в дотеперішній радянській доктрині вживалося означення «органи державної влади та управління», однак нині це не відповідає засадам конституційного ладу України.

Парламент не здійснює управлінських функцій (якщо навіть в цьому контексті розглядати сучасну інтерпретацію державного управління). Так само і Президент виступає як глава держави, а відтак, його роль також не правомірно обмежувати управлінськими рамками. Через те, напевне, точніше було говорити про видатки на державну владу, а цим терміном об'єднати Верховну Раду (а вона за Конституцією є єдиним органом законодавчої влади), Президента, виконавчу і судову гілки влади. За частиною першою ст. 89 та частиною першою вже згаданої ст. 90 до сфери державного управління віднесено видатки на обласні ради, органи місцевого самоврядування міст республіканського значення і міст обласного значення, а також органи місцевого самоврядування міст районного значення, що також не відповідає окресленому Конституцією України правовому статусу місцевого самоврядування.

Можна навести й інші приклади. Так, у ст. 82, з одного боку, йдеться про видатки «на забезпечення конституційного ладу,

державної цілісності та суверенітету, незалежного судочинства» та інші видатки, «які не можуть бути передані на виконання АР Крим та місцевому самоврядуванню», а, з другого боку, — про «видатки, які визначаються функціями держави і можуть бути передані на виконання АР Крим та місцевому самоврядуванню». Та видається, що захист суверенітету та територіальної цілісності якраз і варто віднести до найважливіших функцій держави. Переконує в цьому, зокрема, ст. 116 Конституції, що визначає повноваження Кабінету Міністрів: за її п. 1 він, зокрема, «забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України».

Принагідно слід назвати і деякі проекти законів, які також дають підстави для роздумів. Наприклад, 14 травня 2002 р. на розгляд Верховної Ради подано проект нової редакції Закону «Про міжнародні договори України». За частиною третьою ст. 4 міністерство та інші центральні органи виконавчої влади, а також Рада Міністрів АР Крим подають пропозицію щодо укладання міжнародних договорів України разом з МЗС України. Проте ані словом не згадується Верховна Рада АР Крим, яка законом «Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим» і Конституцією АР Крим наділена правом укладати угоди з питань, віднесених до її компетенції. За межами закону залишається низка проблем (зокрема, місце подібних угод в ієрархії міжнародних договорів України), які можуть спричинити чималі колізії.

Заради справедливості зазначимо, що подібна ситуація певною мірою характерна і для урядових рішень у цій сфері. Як приклад можна навести розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження урядових заходів щодо прискорення соціально-економічного розвитку Автономної Республіки Крим» від 15 травня 2001 р.

Слід вітати сам факт появи цього документа, який засвідчив рівень ставлення держави до «кримського питання». Більш того, вкрай позитивним є те, що зазначене розпорядження готувалося з урахуванням висновків і рекомендацій, запропонованих деякими дослідницькими інституціями, які активно і наполегливо заповнюють ті прогалини, що залишаються поза увагою «офіційних» наукових закладів. Йдеться насамперед про аналітичну доповідь «Крим на політичній карті України», підготовлену на початку 2001 р. Українським центром економічних

і політичних досліджень ім. О. Разумкова¹. У цій доповіді проаналізовано і узагальнено значний матеріал, що має безперечну як наукову, так і практичну цінність. Проте зміст запропонованих рекомендацій має дискусійний характер. Наприклад, Верховній Раді України і Конституційному Суду України запропоновано (у досить категоричній формі — взагалі імперативний стиль цих рекомендацій заслуговує на окрему розмову) «продовжити роботу щодо повернення АРК до правового поля України — шляхом приведення окремих положень Конституції АРК, інших нормативно-правових актів автономії у відповідність до Конституції та чинного законодавства України», причому цю роботу автори доповіді радять «здійснювати у режимі діалогу та компромісу з органами державної влади та громадськості автономії».

Виникають деякі запитання. Так, наприклад, через свій правовий статус Конституційний Суд України не може за власною ініціативою «повернути АРК у правове поле України», а тим більше працювати у режимі «діалогу і компромісу», не кажучи вже про те, що сама ідея компромісу довела свою повну безплідність на початковому етапі становлення автономії, оскільки звелася в основному до нескінченних поступок з боку центру.

У такому ж імперативному стилі Президентові України було запропоновано «підписати» Бюджетний кодекс, який передбачав зарахування ПДВ до бюджету автономії, однак ця рекомендація знов-таки не враховувала конфліктну ситуацію навколо цієї проблеми та її науково-правовий вимір. Водночас автори рекомендацій не виправдано «виключали» Президента України з процесу приведення Конституції та нормативно-правових актів АР Крим у відповідність до Конституції та законів України. Саме в цій справі, враховуючи набутий досвід, особливо важливою є роль Президента України та його конституційних повноважень, якими він неодноразово користався, розв'язуючи кримську проблему.

У цих же рекомендаціях знову йшлося про необхідність ухвалити Закон «Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим», «яким визначити статус і повноваження виконавчої влади автономії, деталізувати процедуру взаємодії Ради Міністрів АРК з Верховною Радою АРК, з центральними органами виконавчої

¹ Див.: Національна безпека та оборона. — 2001. — № 4. — С. 35–39.

влади, з місцевими державними адміністраціями. Однак це лише один з аспектів проблеми, продиктований, як би сказав М. Грушевський, «біжучою хвилею». Поза увагою — весь комплекс факторів, пов'язаних з реалізацією усього пакету — Конституції АР Крим, Закону «Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим» і, нарешті, Закону «Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим».

Зрозуміло, що в процесі «блукання» цих та інших рекомендацій владними коридорами вони зазнали значних трансформацій, що відповідно позначилося і на кінцевому результаті. Зокрема, загубилася справді слушна пропозиція удосконалити функції Постійного представництва Президента України в АР Крим.

Як наслідок — уже згадуване Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження урядових заходів щодо прискорення соціально-економічного розвитку Автономної Республіки Крим» від 16 травня 2001 р. містить надто конкретні і водночас такі ж стандартно-розпливчасті пропозиції та доручення, які не дають можливості вдатися до тих узагальнень, без яких є неможливим формування того, що ми називаємо державною політикою. Наприклад, йдеться про необхідність проаналізувати, з одного боку, «стан дотримання конституційних прав громадян, що проживають на території АР Крим», а з іншого — практику «застосування норм Конституції АР Крим та Закону України «Про місцеві державні адміністрації» щодо призначення на посаду чи звільнення з посад голів райдержадміністрацій». Проте, як і раніше, залишається поза увагою загальна проблема відповідності Конституції та нормативно-правових актів АР Крим Конституції і законам України, весь механізм взаємодії центру та автономії.

За час, що минув з моменту виходу цього розпорядження, не з'явилося жодного іншого акта, який би узагальнено торкався й проблем АР Крим. А відтак — «пізнання» сутності кримської автономії, а з нею й «мобілізаційна готовність» українського законодавства залишаються справою віддаленої перспективи.

Надійшла до редколегії 15.05.02

О. Крупчан, член-кореспондент АПрН
України

Компетенція центральних органів виконавчої влади

Відповідь на питання: чи повинна влада морально і юридично відповідати за стан справ у державі? — напрошується сама собою. На жаль, хоч відповідь і ясна, відповідальності ні влада, ні її органи, ні її посадові особи не несуть і передусім тому, що таку відповідальність законодавчо не встановлено.

Влада хворіє, майже щодня доводячи свою безпорадність. Якщо це хвороби росту, то це ще півбіди, а якщо хвороби мають своїм підґрунтям нереалізованість закріпленого в Конституції України співвідношення гілок державної влади — справа зовсім інша.

Поділяючи думку багатьох вчених відносно того, що Конституція України потребує відповідних змін, в тому числі імплементації результатів референдуму, слід зазначити, що, на нашу думку, фактом є те, що потенціал конституційно визначеного співвідношення гілок влади не повною мірою розкрито в теорії і він не реалізований у владних стосунках та державотворчій практиці, оскільки адміністративна і судова реформи в Україні по суті тільки розпочинаються, а питання про перегляд деяких положень Конституції України стали заручниками політичного протистояння, а не предметом вдумливого і копіткого дослідження спеціалістів щодо державного устрою, форми державного правління, територіального устрою.

Очікуваного суспільством стабільного і поступового розвитку держави не сталося. Одним із чинників втрати цих суспільних сподівань є не тільки неоптимальна реалізація співвідношення гілок влади, а й відверті хиби державного управління.

Зрозуміло, що за всі негаразди, за кризовий стан економіки і суспільства повинні відповідати органи державної влади, до сфери діяльності яких належать відповідні питання. Отже, проблема відповідальності державних органів за результати своєї діяльності є вкрай актуальною як для державно-правової практики, так і для державно-правової теорії.

Вирішення завдань оптимальної організації і ефективної діяльності системи органів виконавчої влади не може обійтися

без вирішення проблеми відповідальності органів державної влади за стан справ у сферах, за які вони відповідають. Питання їх відповідальності прямо пов'язане з питаннями компетенції і правового статусу органів державної виконавчої влади.

Вихід українського суспільства із системної кризи потребує істотного підвищення ефективності державного управління, тобто підвищення ефективності діяльності органів виконавчої влади, що, в свою чергу, ставить питання про оптимальну організацію виконавчої влади.

Компетенція є певним елементом правового статусу (правового становища) будь-якого державного органу.

Проблемами компетенції органів державної влади за радянської доби займалися багато вчених-правознавців¹. Проте наукове надбання цих вчених у вигляді їх ідей і поглядів щодо компетенції державних органів, зокрема органів державного управління, може застосовуватися лише у тих його частинах, які не заперечують реалій сьогодення, виходячи з розуміння того, що дослідницькі розробки проблем компетенції державних органів, у тому числі, органів державного управління, в радянські часи ґрунтувалися на ролі єдиної державної влади в соціалістичному суспільстві, основу якої складали ради всіх рівнів і підконтрольні та підзвітні їм виконавчо-розпорядчі органи цих рад. Ці їх ідеї і погляди розроблялися в умовах командно-адміністративної системи, надцентралізованої державної влади, тоталітарної держави. Проте деякі з них, що мають передусім методологічний характер, можуть застосовуватися навіть в умовах проведення державно-правових реформ в Україні.

Усталеним на той час стало визначення в найбільш загальному вигляді поняття компетенції органу держави, органу державного управління як системи повноважень по здійсненню державної влади². Слід враховувати, що на момент виведення цього визначення поняття компетенції органу державного управління державна влада і державне управління здійснювалися об'єднаною системою органів державної влади і управління, тобто системою рад та їх виконавчо-розпорядчих органів. Од-

¹ Див.: Кузнецов И. Н. Компетенция высших органов власти и управления СССР. – М., 1969; Лазарев Б. М. Компетенция органов управления. – М., 1972.

² Див.: Лазарев Б. М. Вказ. праця. – С. 101.

нак за певних обставин таке визначення компетенції органу державного управління може бути використане і в сучасних умовах лише з доповненням, що компетенція органу державного управління є системою повноважень по здійсненню державної виконавчої влади.

Однак зараз до розуміння компетенції органів виконавчої влади необхідний зовсім інший підхід, який полягає в тому, що державний механізм сучасної України будується на конституційному принципі поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову, які за своїм конституційним статусом є рівноцінними і рівноправними відносно одна одної і відносно суспільства.

У цьому зв'язку слід підтримати позицію Ю. Тодики, який справедливо стверджує, що адміністративна реформа, яка проводиться на основі чинної Конституції України, повинна здійснюватися згідно з специфікою конституційно-правового статусу органів виконавчої влади. Відповідно до ст. 6 Конституції України виконавча влада визнається як окрема гілка державної влади. Але у функціональному і організаційному аспектах виконавча влада є самостійною і незалежною від інших гілок державної влади. Ніякі інші органи державної влади не мають права брати на себе реалізацію функцій і повноважень, які становлять компетенцію органів виконавчої влади. Передача цих функцій іншим органам або втручання в компетенцію виконавчої влади є антиконституційним. Сукупна компетенція органів виконавчої влади визначає її місце в системі єдиної державної влади України¹. Останнє положення є методологічно важливим для виконання наукових досліджень правової природи компетенції органів державної влади.

Другим важливим чинником, який також виключає застосування більшості положень і висновків наукових праць вітчизняних юристів, зроблених відносно компетенції органів тоталітарної держави, є те, що в умовах розбудови правової держави, а відтак, і органів її виконавчої влади має місце зовсім інший характер функцій, форм і методів їх діяльності відносно функцій, форм і методів діяльності виконавчо-розпорядчих органів радянської держави. В фундаментальних працях І. Кузнєцова і Б. Лазарева, на які ми вже посилалися, розкривається зміст ком-

¹ Див.: *Тодика Ю. Н.* Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Х., 2000. – С. 577–578.

петенції державних органів у розподілі повноважень між радами всіх рівнів та їх виконавчо-розпорядчими органами у всьому обсязі співпідпорядкованості, при глобальному застосуванні принципу подвійної підпорядкованості у надфедеративній державі.

Україна є унітарною державою, а тому позбавлена всіх вад механізму федеративної держави. Реалізація принципу унітаризму, врахування історичної спадщини, європейських традицій вимагають інших підходів до вивчення проблеми компетенції органів виконавчої влади, яка повинна розглядатися зовсім під іншим кутом зору. Зокрема тому, що конституційне закріплення принципу пріоритету приватного над державним зробило органи виконавчої влади соціальними партнерами громадян, покликаних забезпечувати перш за все реалізацію їх прав та інтересів, задоволення нагальних потреб.

Як підкреслюється у Концепції адміністративної реформи в Україні, реформа центральних органів виконавчої влади тісно пов'язана, а в деяких випадках і зумовлена іншими реформами, в процесі яких міністерства мають стати повноправними представниками держави у сферах свого відання і звільнитись від відповідальності за дії окремих суб'єктів права. Вихідними концептуальними засадами реформування центральних органів виконавчої влади є: визнання необхідності мінімізації втручання держави в особі органів виконавчої влади в життєдіяльність суспільства, особливо в діяльність господарюючих суб'єктів; переорієнтація діяльності органів виконавчої влади з виконання суто адміністративно-розпорядчих функцій на надання державних управлінських послуг громадянам та юридичним особам, а також забезпечення дії принципу верховенства права; збереження за виконавчою владою достатніх важелів управління соціально важливими процесами, які потребують державного втручання. Реформування центральних органів виконавчої влади спрямоване на уточнення та зміну їх функцій, перегляд їх статусу, забезпечення провідної ролі міністерств серед інших центральних органів виконавчої влади як головних розробників і втілювачів у житті державної політики в тій чи іншій сфері¹. Ефективній діяльності центральних органів виконавчої влади сьогодні перешкоджають невизначеність у розмежуванні їх ста-

¹ Див.: Концепція адміністративної реформи в Україні. – К., 1998. – С. 16–17.

тусу, дублювання їх функцій і повноважень, невідповідність їх діяльності встановленій компетенції.

З наведеного слід дійти висновку, що питання розмежування повноважень органів державного управління, як і раніше, чи, краще сказати, завжди, має велике значення для успішного функціонування всього механізму держави і апарату державного управління, а звідси проблема визначення поняття компетенції центральних органів виконавчої влади має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення.

Словник термінів з теорії держави і права, виданий у 1997 р. Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого, дає поняття компетенції як визначеної і закріпленої законом або іншим нормативним актом сукупності повноважень посадової особи або державного органу. Встановлення компетенції має на меті чітку організацію і спеціалізацію діяльності різноманітних органів державного апарату. Порядок встановлення і обсяг компетенції залежать від того, до якої ланки державного апарату належить державний орган, від його взаємовідносин з іншими державними органами¹.

Словник термінів американського адміністративного права, підготовлений Г. Фентоном і Д. Голдманом (Юридичний факультет імені Клода Петтіта Північного університету штату Огайо, США) дає визначення компетенції агентства (органу виконавчої влади) як обсягу або меж здійснення агентством своїх повноважень у конкретній справі чи питанні. Компетенція агентства встановлюється відповідним законом, який визначає повноваження та порядок роботи агентства, або законом, який надає агентству додаткові повноваження. У багатьох випадках суди скасовують рішення агентства тому, що воно виходить за межі компетенції, встановленої його статутом або положенням².

Як бачимо, навіть правова система США, досить відмінна від правових систем держав так званого континентального права, розуміє компетенцію органу виконавчої влади як обсяг повноважень, встановлених відповідним нормативним актом.

До речі, словник законодавчих термінів, який є складовою частиною електронного інформаційного бюлетеня Верховної

¹ Див.: Словарь терминов по теории государства и права. – Х., 1997. – С. 62.

² Див.: Словник термінів американського адміністративного права. – К., 1997. – С. 15.

Ради України, такого поняття, як компетенція органу виконавчої влади чи будь якого іншого органу державної влади, не містить взагалі. Проте, наприклад, із числа 406 законів, прийнятих Верховною Радою України першого скликання, 110 містять термін «компетенція» і стосується він в абсолютній більшості органів виконавчої влади у розумінні повноважень, наданих законом. Із 710 законів, прийнятих Верховною Радою України другого скликання, 91 такий закон, із 832 законів, прийнятих Верховною Радою України третього скликання (станом на серпень 2001 р.), — 138. Із 14188 постанов Кабінету Міністрів України, прийнятих з грудня 1991 р. по серпень 2001 р., 721 містить термін «компетенція» у наведеному розумінні. Цей приклад свідчить про те, що нормотворча практика незалежної України сприйняла і активно вживає термін «компетенції» у розумінні повноважень передусім органу виконавчої влади. У зв'язку з цим буде слушним закріпити поняття компетенції органу державної влади, органу виконавчої влади, органу судової влади на законодавчому рівні.

Процес, так би мовити, генезису поняття компетенції, передусім органів державного управління, в радянській юридичній науці добре означений і викладений І. Кузнецовим і Б. Лазаревим у згаданих роботах. Сучасний погляд на процес розвитку поняття компетенції органів виконавчої влади вдало подано в підручнику Ю. Тихомирова¹, в якому він справедливо відмічає, що питання компетенції органів виконавчої влади є питанням особливої актуальності, бо органи виконавчої влади діють на основі і на виконання законів, але іноді важко визначити міру їх самостійності і відповідальності. Вони можуть бути бездіяльними і не приймати рішень, дублювати діяльність або втручатися у компетенцію один одного. Оптимальній діяльності органів виконавчої влади заважають не тільки поспіх у врегулюванні компетенції, а й певний юридичний дилетантизм, невміння попереджувати непродумані дії і хаотичні зв'язки цих органів. Ю. Тихомиров констатує, що за минулі роки (мається на увазі державотворча історія СРСР) окреслилися декілька підходів до вирішення питання щодо повноважень державних органів. Один підхід дозволяє розглядати повноваження органів такими, що

¹ Див.: Тихомиров Ю. А. Курс адміністративного права и процесса. — М., 1998.

мають владний характер, — неодмінну і найважливішу властивість цих повноважень. Кожний орган діє від імені держави, наділений владними повноваженнями, які здійснюються на підставі і на виконання законів, інших нормативних актів, сам видає обов'язкові для виконання при додержанні певних умов акти. Другий підхід дозволяє розглядати повноваження органів як складові елементи їх компетенції або функції. За цим підходом компетенція державних органів визначається і виводиться через їх функції. Третій підхід, окрім повноважень, до компетенції органів держави дозволяє відносити також предмети їх відання тощо.

Очевидним є те, що Ю. Тихомиров будує свою позицію стосовно проблеми компетенції сучасних органів виконавчої влади на ґрунті поглядів хоча і визначних адміністративістів і теоретиків державного управління, але таких, що розробляли свої ідеї і погляди в зовсім інших умовах і стосовно зовсім іншої правової системи.

На нашу думку, розглядаючи проблеми компетенції сучасних органів виконавчої влади, треба шукати нові орієнтири.

Одним з таких орієнтирів є те, що виконавча влада сучасної України за своєю сутністю є державно-правовим явищем, характерним для правових систем більшості європейських держав, якому притаманний відмінний від пострадянського підхід до визначення і реалізації компетенції органів виконавчої влади.

Той же Ю. Тихомиров досить слушно зауважує, що в зарубіжних державах є своя специфіка у визначенні цілей, функцій і повноважень органів управління. Там існують і діють різноманітні акти про їх статус, серед яких значну питому вагу мають процедурні норми, правила винесення рішень з різноманітних питань, що стосуються реалізації прав громадян, адміністративних спорів¹.

Дійсно, основою не встановлення (коли предметна компетенція визначається відповідними нормативними актами), а реалізації компетенції органів виконавчої влади (адміністративних органів) у багатьох сучасних європейських державах є адміністративно-процесуальне законодавство, наприклад, Закон ФРН про адміністративну процедуру, Кодекс адміністративного провадження у Польщі, Закон Чеської республіки про адміні-

¹ Див.: Тихомиров Ю. А. Вказ. праця. — С. 215.

стративну процедуру, Закон Угорської Республіки про загальні правила розгляду справ, що підлягають віданню адміністративних органів, Закон Республіки Болгарія про адміністративну процедуру та ін.

Розділ 4 Кодексу адміністративного провадження Республіки Польща так і називається — «Компетенція органів». Його ст. 19 передбачає, що органи державної адміністрації в своїй діяльності додержуються матеріальної (змістовної) та територіальної (місцевої) компетенції, а ст. 20 встановлює, що матеріальна компетенція органу державної адміністрації визначається із приписів (нормативних актів) про обсяги його діяльності. Стаття 1 Кодексу, крім усього іншого, встановлює, що він регулює розгляд справ у державних адміністративних органах і органах територіального самоврядування в індивідуальних справах, які входять до компетенції цих органів і розв'язуються шляхом прийняття адміністративних рішень.

Тобто, компетенція органу виконавчої влади реалізується при винесенні рішень по індивідуальній справі, оскільки прямі управлінські функції (управління господарюючими суб'єктами) для органів виконавчої влади держав, заснованих на принципі поділу влади, не є основним завданням.

Як відомо, Концепція адміністративної реформи в Україні запропонувала закріпити на законодавчому рівні визначення понять, функціонального призначення та загальних субординаційних зв'язків центральних органів виконавчої влади: міністерств, державних комітетів, центральних органів виконавчої влади із спеціальним статусом.

Міністерства — це центральні органи виконавчої влади, покликані формувати і реалізувати державну політику у відповідних сферах суспільного життя (секторах державного управління). Міністерства посідають провідне місце серед центральних органів виконавчої влади і фінансуються безпосередньо з державного бюджету. Між міністерствами розподіляється весь спектр урядової політики, за винятком тих напрямів, реалізація яких віднесена до *повноважень* центральних органів із спеціальним статусом. Міністерства повинні мати право видавати загальнообов'язкові нормативно-правові акти в межах *повноважень*, визначених Конституцією і законами України, а також відповідно до актів Президента України та актів Кабіне-

ту Міністрів України. У змісті діяльності самого міністерства потрібно чітко визначити і розмежувати його *функції* як органу, який забезпечує аналітико-консультативну допомогу у виробленні та здійсненні політики міністра у відповідному секторі державного управління; як органу, який забезпечує задоволення певних потреб суспільства і держави. Ці функції пов'язані, зокрема, з наданням управлінських послуг населенню і підлягають широкій децентралізації, в тому числі шляхом їх делегування окремим госпрозрахунковим підрозділам, підпорядкованим відповідним міністерствам.

Державні комітети — це центральні органи виконавчої влади, які, безпосередньо не формуючи урядову політику, покликані сприяти міністерствам та уряду в цілому в реалізації цієї політики шляхом виконання функцій державного управління, як правило, міжгалузевого чи міжсекторного характеру. Державні комітети можуть видавати загальнообов'язкові нормативні акти у межах *повноважень*, визначених для них законами.

Центральні органи виконавчої влади із спеціальним статусом — це новий вид органів виконавчої влади. Особливість цього виду органів полягає, зокрема, в тому, що всі питання їх правового статусу і взаємовідносин з іншими органами мають вирішуватися шляхом прийняття законів, що визначають повноваження і порядок діяльності саме цих центральних органів виконавчої влади (статутних законів).

У цілому структурна реорганізація органів виконавчої влади повинна проводитись обов'язково за умови попереднього визначення реальної необхідності та напрямів зміни *функцій, компетенції або методів* діяльності відповідних структур.

Після ґрунтовного аналізу функцій та повноважень діючих центральних органів виконавчої влади необхідно провести їх консолідацію в поєднанні із змінами, що проходять насамперед на мікрорівні, та децентралізацією функцій на рівень місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування відповідно до вимог, встановлених законами України¹.

Аналіз наведених положень Концепції адміністративної реформи дає можливість дійти висновку, що хоча повноваження і функції центральних органів виконавчої влади вживають-

¹ Див.: Концепція адміністративної реформи в Україні. — С. 19–21.

ся в одноплановому розумінні, їх компетенція ототожнюється з повноваженнями, які встановлюються Конституцією і законами України, іншими нормативно-правовими актами.

Дійсно, якщо Концепція адміністративної реформи говорить про консолідацію функцій та повноважень діючих центральних органів виконавчої влади у поєднанні із децентралізацією функцій на рівень місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування відповідно до вимог, встановлених законами України, то зрозуміло, що тут йдеться про повноваження центральних органів виконавчої влади, а не про «функції, встановлені законами України».

Так, відомий вітчизняний правознавець В. Авер'янов свого часу визначив функції органу державного управління як складові частини змісту його діяльності, що відображені в закріплених у статуті органу завданнях по забезпеченню життєво важливих потреб керованого об'єкта і здійснюються структурними підрозділами (і посадовими особами) шляхом реалізації покладених на них повноважень¹.

Як бачимо, тут функції органу державного управління визначаються як частини змісту діяльності органу, яка здійснюється шляхом реалізації повноважень, тобто компетенції, що закріплена у відповідних (компетенційних актах). Ця наукова позиція В. Авер'янова має високу сучасну актуальність і методологічну значущість і тому введене ним в науковий обіг визначення функцій органу державного управління є актуальним і зараз і може бути застосоване для вирішення завдань сучасних досліджень державно-правового механізму.

В той же час, наприклад, слід навести позицію відомого сучасного російського дослідника К. Бельського щодо функцій виконавчої влади. Він вважає, що проблема функцій виконавчої влади в юридичній і політологічній літературі не осмислена повною мірою науково і об'єктивно. Він пояснює це тим, що багато вчених-юристів і практиків-адміністраторів спрощують проблему і вважають, що сама назва виконавчої гілки влади прямо пов'язана з її функціями, тобто функціями виконавчими, оскільки ця гілка влади виконує закони, інші нормативно-правові акти. Без правильного теоретичного вирішення питань

¹ Див.: Авер'янов В. Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. – К., 1979. – С. 65.

ня про функції виконавчої влади її органам і посадовим особам важко складати чіткі, продумані і тривалі програми, накреслювати напрямки діяльності. К. Бельський визначає функції виконавчої влади як провідні напрямки в діяльності її органів, в яких знаходить прояв цільове навантаження виконавчої влади і з якими прямо пов'язаний *обсяг державно-владних повноважень*, що надаються органам виконавчої влади. Під функціями розуміють також цілі, які ставить держава перед виконавчою владою, і основні напрямки її діяльності, і правові засоби (обов'язки і повноваження), які застосовуються для досягнення поставлених цілей. Кожна функція як певний вид діяльності виконавчої влади є відносно самостійною, однорідною і повторюваною, має свою сферу дії і здійснюється відповідними методами¹.

Отже, повноваження органів виконавчої влади є стрижнем для визначення їх компетенції, оскільки вони діють від імені держави, виконують її функції і наділяються державою певними повноваженнями для виконання цих функцій з правом делегування повноважень або без такого. На нашу думку, поза компетенцією органу виконавчої влади його діяльність неможлива.

Ще одним орієнтиром, який виключає застосування більшості ідей і положень вітчизняних юристів минулої доби, що стосувалися компетенції органів тоталітарної держави, є те, що в умовах правової держави органи державного управління, тобто органи виконавчої влади, та їх посадові особи підпадають майже у всій своїй діяльності під судовий контроль з позицій забезпечення поваги до особи і справедливості, а також постійного підвищення ефективності державного управління. Людина повинна мати альтернативу: чи оскаржувати дії або рішення органів виконавчої влади та їх посадових осіб до вищестоящого органу виконавчої влади чи до судового органу на всіх етапах вирішення індивідуальної адміністративної справи органами виконавчої влади.

Звідси компетенція органу виконавчої влади, який вирішує індивідуальну справу при виникненні спору щодо права, завжди має бути предметом розгляду і вивчення вищестоящого органу виконавчої влади або суду, чого в командно-адміністративній системі завжди бракувало, і такий обов'язок вищестоящого

¹ Див.: Бельський К. С. О функциях исполнительной власти // Государство и право. — 1997. — № 3. — С. 14—15.

органу виконавчої влади має бути закріплено у відповідному законодавчому акті.

Підсумовуючи наведене, слід дійти висновку, що компетенція центральних органів виконавчої влади є організаційно-правовою категорією.

Організаційний характер компетенції проявляється, по-перше, в тому, що компетенція органу в функціональному розумінні як обсяг його державно-владних повноважень є критерієм виокремлення органів, побудови їх структури. Здійснюючи безпосередній вплив на побудову (конструкцію) системи виконавчої влади, компетенція кожного окремого центрального органу виконавчої влади впливає на взаємозв'язки між елементами цієї системи — центральними органами виконавчої влади. Безумовним є також те, що компетенція центральних органів виконавчої влади обумовлює їх внутрішню структуру, визначає, так би мовити, «кількість і якість» структурних підрозділів центрального органу виконавчої влади.

Компетенція центральних органів виконавчої влади, по-друге, має і правовий (юридичний) характер (зміст), оскільки закріплюється у відповідних нормативно-правових актах. Застосовуючи компетенцію, орган виконавчої влади створює перш за все правові умови для реалізації прав і обов'язків громадян, юридичних осіб.

Звідси компетенція центральних органів виконавчої влади, як і право, є суспільним явищем, спрямованим передусім на те, щоб втілити в життя сучасну сутність демократичної держави: держава не стоїть над громадянами, а існує для громадян, надає їм державні управлінські послуги, створює умови для всебічної реалізації прав і свобод громадян, здійснює захист їх інтересів.

Отже, компетенція центральних органів виконавчої влади за своїм соціальним і функціональним призначенням спрямована на раціональне і оптимальне функціонування державної влади і обумовлена передусім потребами громадянського суспільства, а також ступенем зворотного зв'язку між державною (виконавчою) владою і суспільством.

Спираючись на усталене розуміння визначення поняття компетенції органу державного управління, що міститься в літературі, за яким компетенція кожного органу визначається одразу багатьма правовими нормами, що мають різну ступінь

конкретності і встановлюється нормами не тільки адміністративного права, а й конституційного, державного, фінансового, земельного, екологічного тощо, і являє собою систему його повноважень, тобто суб'єктивних прав і обов'язків особливого роду¹, спробуємо дати власне визначення поняття компетенції центрального органу виконавчої влади.

На нашу думку, компетенція центрального органу виконавчої влади як організаційно-правова категорія є точним переліком його повноважень, тобто прав і обов'язків, визначених відповідним органом державної влади (Президентом України, Верховною Радою України) у певному нормативно-правовому акті, реалізуючи які центральний орган виконавчої влади здійснює свою діяльність.

Надійшла до редколегії 28.03.02

В. Авер'янов, член-кореспондент
АПрН України, член Державної
комісії з проведення в Україні
адміністративної реформи

Інститут державних секретарів міністерств як новела у реформуванні виконавчої влади в Україні

Важливою особливістю адміністративної реформи в нашій країні є те, що з самого початку її проведення було поставлено на наукову основу. Підтвердженням цього стала Концепція адміністративної реформи, яка на час її розробки (1998 р.) була, до речі, єдиною в країнах СНД.

На сьогодні, коли пройшло чотири роки з часу схвалення основних положень Концепції адміністративної реформи в Україні, вже розпочата поступова реалізація значної частини завдань адміністративної реформи. Разом з тим не можна не визнати, що радикальність впровадження окремих ключових ідей адміністративної реформи носить більшою мірою, так би мовити, «паперовий» характер, не проникаючи в глибину про-

¹ Див.: Лазарев Б. М. Вказ. праця. — С. 100.

цесів і інститутів, що реформуються. Саме в цьому вбачається одна з найбільших небезпек успішному проведенню адміністративної реформи, оскільки таке становище може привести до дискредитації необхідності і корисності самої реформи.

Тому найперше з нагальних завдань підтримки адміністративної реформи полягає в необхідності поглиблення наукових підходів до реалізації її концептуальних ідей. Тим більше, що процес проведення адміністративної реформи постійно породжує нові проблеми, які потребують свого невідкладного вирішення.

Однією з таких нових проблем є проблема досягти більш чіткого розмежування функцій політичного і адміністративного керівництва у сфері виконавчої влади. У більш широкому вигляді це проблема співвідношення «політики» і «управління» («адміністрування»). Складність цієї проблеми полягає в тому, щоб чітко визначити зміст політики і межі, які відділяють її від управління. В цьому контексті вже зараз можна сказати, що стосовно, зокрема, членів українського уряду поняття «політика» використовується не в справжньому, а, так би мовити, квазісенсі (в англійській мові навіть є розмежування термінів «political» і «police»: перше — це політична діяльність партій, а друге — стратегічний рівень управління).

Практична актуалізація зазначеної проблеми зумовлена заснуванням в системі виконавчої влади України інституту державних секретарів. Слід наголосити, що цей крок є, без перебільшення, на цей час найбільш радикальною новелою на шляху реального просування адміністративної реформи в нашій країні.

Установчим нормативно-правовим актом щодо запровадження інституту державних секретарів є Указ Президента України від 29 травня 2001 р. «Про чергові заходи щодо дальшого здійснення адміністративної реформи в Україні», яким засновано дві нові посади в органах виконавчої влади: 1) Державний секретар Кабінету Міністрів України; 2) державний секретар міністерства (ст. 1).

Встановлено, зокрема, що Державний секретар Кабінету Міністрів очолює Секретаріат Кабінету Міністрів України, організовує забезпечення діяльності Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єр-міністра та віце-прем'єр-міністрів, затверджує за погодженням з Прем'єр-міністром і Міністерством фінансів

штатний розпис та кошторис видатків Секретаріату, відповідно до законодавства призначає на посади та звільняє з посад його працівників. Державний секретар міністерства організовує забезпечення діяльності міністра та поточну роботу з виконання покладених на міністерство завдань, подає міністрові пропозиції щодо розподілу відповідних бюджетних коштів, координує роботу територіальних органів міністерства, підприємств, установ та організацій, що входять до сфери його управління, очолює апарат міністерства (ст. 2).

Концептуальною засадою запровадження інституту державних секретарів є розуміння необхідності розмежування у сфері виконавчої влади «політики» і «управління» з метою забезпечити, з одного боку, пріоритет політики, а з іншого — певну незалежність від політичної кон'юнктури і стабільність професійних кадрів управління. Введення посад державних секретарів якраз і є дійовим засобом досягнення зазначеної мети.

Хоч проблема співвідношення «політики» і «управління» стосовно сфери виконавчої влади є майже цілком новою для українського державотворення і поки що не має належного відтворення в наукових дослідженнях, слід відзначити, що інститут державних секретарів або аналогічних за суттю посад в апараті управління існує в багатьох країнах світу, головним чином у країнах з парламентарною формою державного правління: як в республіках, так і конституційних монархіях, наприклад, у Великій Британії, Німеччині, Нідерландах, Данії, Бельгії, Чехії, Угорщині, Польщі та ін.

Виходячи з європейського досвіду функціонування вищих суб'єктів виконавчої влади, запровадження інституту державних секретарів передбачалось Концепцією адміністративної реформи в Україні¹ (далі — Концепція).

Аналізуючи відповідні положення Концепції, слід мати на увазі, що в ній назва «Державний секретар» використовується лише стосовно відповідної посади в апараті Кабінету Міністрів. Зокрема, в розділі I Концепції «Кабінет Міністрів України — вищий орган в системі органів виконавчої влади» введення посади Державного секретаря органічно пов'язувалося з реорганізацією апарату Кабінету Міністрів, яка на сьогодні вже відбулася.

¹ Див.: Концепція адміністративної реформи в Україні. Державна комісія з проведення в Україні адміністративної реформи. — К., 1998.

Слід нагадати, що основна мета реорганізації апарату уряду вбачалась у тому, щоб робота цього апарату не підміняла міністрів, що було характерною рисою функціонування тодішнього Кабінету Міністрів. На оновлений апарат уряду покладалось виключно організаційне, інформаційно-аналітичне, правове, матеріально-технічне обслуговування Кабінету Міністрів, а також урядових комітетів, які на той час тільки передбачалося створити.

З огляду на нові завдання та функції апарат Кабінету міністрів пропонувалось назвати «Секретаріат», як це існує зараз. Підкреслювалось, що Секретаріат не дає доручень міністрам і його робота не замінює діяльності міністрів як членів уряду.

З урахуванням того, що Секретаріат Кабінету Міністрів повинен зберігати «інституційну пам'ять» та наступництво у роботі уряду як колегіального органу, очолювати Секретаріат мав би — на відміну від існуючої на той час посади «Міністр Кабінету Міністрів України» — державний службовець, призначений на цю посаду Кабінетом Міністрів. Саме цю посаду і пропонувалось назвати «Державний секретар». Передбачалось, що він не може бути звільнений з посади з мотивів формування нового складу Кабінету Міністрів чи обрання нового Президента України. Державний секретар організаційно забезпечує діяльність Кабінету Міністрів, а також Прем'єр-міністра щодо керівництва роботою уряду.

Стосовно запровадження аналогічних посад в міністерствах Концепція виходила з ключової ідеї щодо необхідності радикально підвищити роль міністрів як політичних діячів (політиків) шляхом, зокрема, відокремлення статусу міністрів від статусу державних службовців.

Найважливішим шляхом вирішення цього завдання мало б стати розвантаження міністрів від обов'язків щодо оперативного керівництва роботою апарату міністерств. Зокрема, в розділі 2 Концепції «Центральні та інші підвідомчі Кабінету міністрів органи виконавчої влади» визначено, що апарат (персонал) міністерства складається з державних службовців і очолюється державним службовцем, який за своїм статусом прирівняний до заступника міністра. Він призначається на посаду та звільняється з посади Кабінетом Міністрів за поданням керівного органу управління державною службою (зараз це Головне управління державної служби України).

Пропонувалась і орієнтовна назва зазначеної посади — «Керівник апарату міністерства». Передбачалось, що введення цієї посади дозволить звільнити міністра від дрібних поточних справ з керівництва апаратом і водночас забезпечить стабільність і певну незалежність апарату від змін політичного курсу і політичних діячів, а також професійне наступництво в роботі апарату міністерства.

Слід зауважити, що за Концепцією із запровадженням посади Керівника апарату міністерства інститут заступників Міністра не скасовувався. Причому серед заступників Міністра виокремлювались такі посади:

перший заступник Міністра, який мав би бути, поряд з Міністром, політичним діячем (політиком), якому надавалось виключне право заміщувати Міністра у необхідних випадках. Перший заступник призначається на посаду і звільняється з посади Президентом України за поданням Міністра, погодженим з Прем'єр-міністром України;

решта заступників Міністра мали б бути державними службовцями, призначатися на посаду та звільнятися з посади Кабінетом Міністрів за поданням Міністра. Ці заступники Міністра керували б роботою міністерства за відповідними функціональними чи галузевими напрямками і в їх підпорядкуванні перебували б профільні структурні підрозділи міністерства.

У зв'язку з ліквідацією зазначеним Указом Президента України (ст. 6) інституту заступників, включаючи першого заступника Міністра, залишилась нереалізованою пропозиція Концепції про надання першому заступнику Міністра статусу політичного діяча (політика), тобто фактично політичного заступника Міністра.

Але оскільки проблема заміщення Міністра у разі необхідності не зникла, це обумовило необхідність прийняття 9 серпня 2001 р. постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок виконання обов'язків Міністра у разі його тимчасової відсутності». Нею передбачено, що у разі тимчасової відсутності Міністра — відрядження, відпустка та інші поважні причини — за дорученням Міністра його обов'язки виконує державний секретар міністерства, крім таких:

звітування перед Верховною Радою України про роботу в дорученій сфері управління;

визначення політичних пріоритетів та стратегічних напрямків роботи міністерства; внесення за власною ініціативою питань на розгляд Кабінету Міністрів та прийняття рішень на його засіданнях.

Отже, стосовно державних секретарів міністерств запроваджена зазначеним Указом Президента України модель дещо відрізняється від положень Концепції, хоч її ключова ідея — відмежувати функції Міністра як політичного діяча від функцій поточного керівництва міністерством — втілена майже повністю.

До цього слід додати, що необхідність введення посад державних секретарів пов'язувалась, крім завдань чіткішого розмежування «політики» і «управління», також безпосередньо з потребами реформування державної служби. Зокрема, в Концепції у розділі III «Організація державної служби» серед основних цілей і завдань державної служби як інституту Української держави зазначається «забезпечення ефективної діяльності державних органів відповідно до їх повноважень і компетенції шляхом надання професійних управлінських послуг *політичному керівництву цих органів...* (виділено автором).

Серед засад подальшого розвитку державної служби акцентувалась увага на необхідності законодавчо виділити такі типи державних посад: політичні; патронатні; адміністративні. До державної служби віднесені лише адміністративні і патронатні посади. На цій основі розмежовано дві групи посадових осіб у державних органах (політичні діячі (політики) і державні службовці.

З часу підготовки та ухвалення Концепції зроблено певні кроки до реорганізації державної служби. Зокрема, були видані Укази Президента України від 11 лютого 2000 р. «Про вдосконалення діяльності державних органів, роботи державних службовців та ефективності використання бюджетних коштів», від 14 квітня 2000 р. «Про Стратегію реформування системи державної служби в Україні», Наказ Головного управління державної служби України від 23 жовтня 2000 р. «Про затвердження Загальних правил поведінки державного службовця». Разом з тим у цих актах переважно були підтверджені положення Концепції. Тому установчий Указ Президента України щодо запровадження інституту державних секретарів — це найбільш важливий крок до більш чіткого нормативного визначення правового статусу політичних посад, з одного боку, і посад державних служ-

бовців — з іншого. І цей крок неможливий без достатнього обґрунтування шляхів вирішення проблеми розмежування функцій політичного і адміністративного керівництва у сфері виконавчої влади, передусім у міністерствах.

На жаль, відсутність державно-правових, наукових досліджень в цій площині не дозволяє говорити про якісь загальнодержавні підходи дослідників. Хоча не можна не помітити, що в окремих наукових працях¹ не враховується належною мірою та важлива обставина, що запровадження інституту державних секретарів міністерств не є самодостатнім кроком, самоціллю. Цей крок слід обов'язково розглядати в контексті більш вагомого завдання — надати можливість міністрам максимально зосередитись на питаннях вироблення і реалізації державної політики, забезпечуючи тим самим більшу, так би мовити, «політичність» самого уряду.

Важливо бачити, що головні результати, які розраховується досягти шляхом введення посад державних секретарів, зводяться до чіткого відмежування функцій політичного від функцій адміністративного керівництва в сфері виконавчої влади, а також звільнення міністрів від поточної оперативної роботи з керівництва апаратом міністерства. Похідними від них (хоч і дуже важливими) є завдання підвищення стабільності професійних кадрів міністерств та їх незалежності від змін політичного курсу і самих політичних діячів, а також забезпечення професійного наступництва, тобто так званої «інституційної пам'яті», в роботі міністерств.

Отже, із введенням в міністерствах посад державних секретарів радикальна зміна пріоритетів в діяльності міністра забезпечується саме тим, що державний секретар бере на себе весь тягар адміністрування всередині міністерства.

На практиці ж поки що виникають очевидні суперечливі тенденції, джерело яких, на мій погляд, в тому, що, наприклад, визначаючи міністрів політиками, мало хто чітко знає, чим вони мають займатися. Слід нагадати, що в Указі Президента України від 29 травня 2001 р. визначено, що посади міністрів належать до полі-

¹ Див., напр.: *Скрипнюк В.* Інститут державних секретарів і перспективи розвитку виконавчої влади в Україні // *Право України.* — 2001. — № 10; *Битяк Ю. П., Петришин О. В.* Державні секретарі в системі органів виконавчої влади // *Державне будівництво та місцеве самоврядування.* — Х., 2001.

тичних власне за трьома ознаками: 1) за порядком призначення на посади; 2) за порядком звільнення з посад; 3) за характером повноважень. Якщо перші дві ознаки досить очевидні, то характеристика політичного змісту повноважень міністра ще чекає на своє науково-практичне тлумачення і нормативне визначення.

А поки що тривають пошуки найкращої моделі, хоч і не завжди конкретні кроки виглядають цілком послідовними і системними.

Принаймні не можна в цьому контексті не послатися на Указ Президента України від 15 січня 2002 р. «Про внесення змін до деяких указів Президента України», яким було внесено деякі корективи у правовий статус державних секретарів міністерств, унормований затвердженням Указом Президента України від 14 липня 2001 р. Примірним положенням про державного секретаря міністерства.

Зокрема, Указом Президента від 15 січня 2002 р. державні секретарі позбавлені прав, що були у них раніше:

1) затверджувати структуру міністерства, призначати на посади та звільняти з посад керівників територіальних органів міністерств, а також підприємств, установ і організацій, що входять до сфери його управління (п. 2 ст. 1);

2) цілком самостійно — без погодження з Міністром — призначати на посади та звільняти з посад працівників центрального апарату міністерства (п. 3 ст. 1);

3) подавати Прем'єр-міністрові України пропозиції щодо призначення на посади першого заступника та заступників державного секретаря (п. 3 ст. 1);

4) розподіляти між першим заступником та заступниками державного секретаря обов'язки та визначати ступінь їх відповідальності (п. 3 ст. 1).

Оцінюючи зміст цих нововведень, є підстави, наприклад, зауважити, що якщо збільшення прав міністрів щодо затвердження структури міністерства — цілком логічний захід, оскільки дозволяє їм повніше підпорядковувати організаційну побудову міністерства завданням своєї політики, то втрата державними секретарями права розподіляти обов'язки між своїми заступниками виглядає досить невиправданою.

Наведеним підтверджується припущення, що серед фахівців ще й дотепер панує колишній стереотип міністра як «хазяї-

на», «господаря» міністерства. Проте міністр повинен стати зовсім іншою фігурою в системі виконавчої влади, ніж це було раніше. Він має бути не «хазяїном», а «політичним керівником», «політичним лідером» міністерства, а точніше — не в міністерстві, а в певній сфері державного управління. Зміст роботи міністра кардинально змінюється, оскільки він переходить від суто адміністративно-виконавчої діяльності до діяльності з політичного керівництва. Цьому і має сприяти введення посад державних секретарів міністерств. Відтак, немає реального сенсу в полеміці, зменшується чи посилюється роль міністра у зв'язку із появою державних секретарів. Адже ця роль і не зменшується, і не посилюється — вона просто суттєво змінюється.

Оскільки на міністра персонально покладається політичне керівництво в певному секторі державного управління, то він повинен мати повну впевненість в ефективній роботі апарату міністерства, який має беззаперечно служити виконанню його політичних завдань. За це і відповідає державний секретар. А тому він повинен бути не просто політично нейтральним, а обов'язково лояльним до політики міністра. І до того ж має забезпечувати таку ж лояльність від ключових посадових осіб апарату.

Звідси виходить, що політична лояльність щодо програми міністра — це найперша вимога до зайняття цього посту в міністерстві.

Більше того, є сумнів в правильності поширеної думки, що державний секретар взагалі не повинен мати ніякого відношення до політики. Він причетний до неї, принаймні, в двох напрямках:

забезпечення неухильного втілення політики міністра в роботі апарату;

підготовка і надання міністру кваліфікованих політичних консультацій і порад.

Ще один дуже важливий аспект запровадження інституту державних секретарів пов'язаний з тим, що виданням установчого Указу Президента України від 29 травня 2001 р. продовжується практика, що склалася на цей час в Україні стосовно правового забезпечення адміністративної реформи, — шляхом прийняття підзаконних правових актів. Безперечно, зазначений Указ Президента, як і всі попередні його акти з питань адміністративної реформи, тією чи іншою мірою стосується питань

«організації і діяльності» органів виконавчої влади, а також частково — «основ державної служби» в Україні. Це дає підстави говорити про те, що в даному разі, за суто формальними ознаками, Указом допущено певне «втручання» в правове регулювання тих сфер суспільних відносин, які відповідно до п. 12 ст. 92 Конституції України є предметом регулювання «виключно законами України». Додатковим підтвердженням можливості такої самої оцінки слід вважати також положення ст. 19 (ч. 2) і ст. 120 (ч. 2) Конституції України.

Разом з тим, чи є підстави оцінювати цей Указ з позицій якогось заперечення права Верховної Ради України виключно законами визначати організацію і порядок діяльності Кабінету Міністрів України, центральних органів виконавчої влади? З моєї точки зору, для цього не має достатньо переконливих фактичних аргументів. Пояснюючи авторське ставлення, пропонуємо врахувати такі обставини, що, на мій погляд, заслуговують на увагу.

По-перше, наведений Указ Президента України має специфічне конкретно-цільове призначення. А саме він присвячений черговим крокам з подальшого просування адміністративної реформи, про що свідчить преамбула Указу: «На реалізацію основних положень Концепції адміністративної реформи в Україні...» Інакше кажучи, цей Указ — не звичайний регулятивний правовий акт, а, так би мовити, акт «ad hoc» — «для цього випадку» (маючи на увазі під «випадком» впровадження адміністративної реформи). Його видання можна пояснювати тим, що, незважаючи на об'єктивно існуючі потреби правового забезпечення адміністративної реформи, за час, що минув після офіційного оприлюднення у 1998 р. Концепції адміністративної реформи в Україні, не було прийнято жодного законодавчого акта (за винятком — у незначній частині — Закону України «Про місцеві державні адміністрації»), який би вирішував завдання реформування державного управління.

По-друге, зазначений Указ має переважно експериментальне навантаження. Йдеться про те, що деякі ідеї і положення адміністративної реформи потребують попередньої апробації у державно-правовій практиці. За результатами такої апробації мають прийматися остаточні реформаційні рішення. Невипадково, що частина аналізованого Указу (ст. 9) присвячена внесен-

ню досить важливих змін до попередніх указів Президента України з питань здійснення адміністративної реформи, а саме указів від 15 грудня 1999 р.: «Про систему центральних органів виконавчої влади», «Про склад Кабінету Міністрів України». Це надає Указу (принаймні його певній частині) якості своєрідного засобу юридичного забезпечення експериментів в державно-правовій сфері.

По-третє, аналізований Указ, на мій погляд, не має спрямованості на підміну законодавчого врегулювання відповідних суспільних відносин. Адже навіть теоретично це є дуже проблематичним, оскільки парламент в будь-який час може прийняти закони з відповідних питань, і тим самим дія будь-яких підзаконних актів, що не відповідають цим законам, буде припинена. Безпосереднім же підтвердженням відсутності згаданої спрямованості цього Указу є приписи його ст. 10, якими передбачено прискорення прийняття низки необхідних для юридичного супроводження адміністративної реформи законів, а також внесення змін до деяких чинних законів України.

Отже, аналізований Указ передбачає тимчасовість своєї дії, а саме до часу прийняття та набуття чинності відповідними законодавчими актами.

Проте наведений «позитивно-прагматичний» потенціал цього підзаконного акта не усуває потребу в забезпеченні його законодавчим підґрунтям, оскільки він фактично поширюється на суспільні відносини, пріоритет у правовому регулюванні котрих, дійсно, належить, за Конституцією України, виключно законам. У цій площині найбільш прийнятним варіантом вирішення даної проблеми було б, як мені здається, щонайшвидше прийняття Закону України «Про державно-правові експерименти з питань адміністративної реформи». В ньому слід було б унормувати умови, за яких Президент мав би можливість приймати трансформаційні рішення тимчасової дії у сфері виконавчої влади з обов'язковим наступним законодавчим врегулюванням відповідних питань. За таких умов подальша підзаконна нормотворча діяльність в принциповому плані узгоджувалась би з вимогами Конституції України щодо наявності законодавчої бази для вирішення питань «організації та діяльності» органів виконавчої влади, а також щодо обов'язку органів державної влади «діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб,

що передбачені Конституцією та законами України» (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

І, нарешті, не можна не звернути увагу на існування у багатьох фахівців небезпідставних побоювань, що державні секретарі поступово почнуть домінувати над міністрами. Щоб запобігти цьому, доцільно чітко усвідомлювати співвідношення інститутів «керівник органу» і «керівник апарату» органу.

Практична навантаженість цієї проблеми значно посилилась з прийняттям Указу Президента України від 29 травня 2001 р., де визначено (ч. 5 ст. 3), що «державні секретарі міністерств, їх перші заступники та заступники належать до *керівників відповідних міністерств*» (виділено автором).

Але хто такі «керівники міністерства»? І головне: чи належить до них власне міністр? Відповідь на останнє питання, як це не дивно, може і повинна бути негативною. Пояснюється це тим, що «керівник міністерства» — це науково некоректний термін, адже міністерство не є власне «органом».

До речі, слушно зауважити, що Конституція України взагалі не використовує термін «керівники міністерств». Натомість застосовуються або термін «члени Кабінету Міністрів» (п. 10 ст. 106, ч. 2 ст. 115, ч. 1 ст. 120), або терміни «міністри», «міністр» (ч. 4 ст. 106, ч. 3 ст. 131). Отже, наведена у згаданому Указі конструкція поняття «керівників міністерств» не має в Конституції України термінологічного аналогу.

Але справа навіть не в конституційних формулюваннях.

Питання треба розглядати ширше — чи є підстави взагалі говорити про керівника так званого «єдиначального органу»? Адже керівник в даному разі сам є органом. А те, що ми зараз зазвичай називаємо органом, це просто «апарат» органу. Якщо це зрозуміти, то все стає на свої місця. Зокрема, державний секретар — це керівник не органу, а «апарату» органу, а «органом» є власне міністр.

Певна річ, такий підхід потребує перш за все доктринального визнання і поширення, оскільки дотепер майже абсолютно переважає суттєво інше тлумачення розглянутого питання.

Грунтуючись саме на пропонованому науковому тлумаченні, треба намагатись утверджувати ставлення до міністра як до центральної постаті в міністерстві, на потреби політичного керівництва котрого має працювати персонал службовців на

чолі з державним секретарем. Разом з тим за стан роботи персоналу міністерства цілком відповідає саме державний секретар, який повинен мати усі необхідні важелі службового, включаючи і дисциплінарний, впливу на працівників.

Відтак, державні секретарі мають якомога скоріше позбавитися синдрому «перших заступників» міністра. Державний секретар зобов'язаний працювати на адміністративну підтримку міністра, але служить він державі в цілому як такий, і в цьому він цілком незалежний від міністра.

Тож на поточному етапі запровадження інституту державних секретарів важливо не допустити крайнощів: з одного боку, політизації посад державних секретарів, а з іншого — бюрократизації (тобто надмірної концентрації важелів адміністрування) посад міністрів.

Слід визнати, що введення посад державних секретарів — це лише перший крок на відносно тривалому шляху до оптимального розмежування політичних і адміністративних функцій в системі виконавчої влади і тому треба наполегливо створювати і розвивати науково-практичне підґрунтя успішного розв'язання розглянутої та інших нагальних проблем подальшого просування адміністративної реформи в Україні.

Надійшла до редколегії 28.03.02

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Кульчицький, член-кореспондент
АПрН України,
О. Мікула, аспірантка Львівського
національного університету

Органи самоврядування в Галичині за часів австрійського панування

Поряд з урядовими органами адміністративного управління в Галичині існували ще органи крайового і місцевого самоврядування. Антидемократичний принцип австрійського самоврядування полягав у розмежуванні завдань і функцій урядового управління і самоврядування.

У 1861 р. австрійський імператор Франц-Йосиф, щоб зміцнити свою владу в Галичині і дещо замаскувати пригноблення трудящих західноукраїнських земель, створив крайовий сейм, проголосивши «Крайовий статут і сеймову виборчу ординацію для королівства Галичини і Лодомерії з великим князівством Краківським»¹. Ці документи діяли в Галичині до початку Першої світової війни.

Вибори до Галицького крайового сейму² мали яскраво виражений класовий характер, були нерівними. Положення про вибори забезпечувало в сеймі повну перевагу буржуазії і поміщиків. До його складу за посадою входили так звані вірилісти — митрополити, єпископи і ректори університетів у Львові та Кракові. Всі виборці розділялися залежно від їх соціально-класової належності на чотири курії, кожна з яких окремо обирала депутатів до сейму строком на шість років.

¹ Див.: Zbior ustaw i rozporządzen administracyjnych. — Lwow, 1884. — Т. 1. — S. 120—151.

² З 1881 р. проводив свою роботу в будинку головного корпусу нинішнього Львівського університету, спорудженому за проектом І. Гохбергера в дусі віденського неоренесансу.

До першої курії входили великі землевласники, причому одного депутата обирали 52 поміщики.

Друга курія складалася з представників великої торгово-промислової буржуазії, об'єднаної в трьох (Львів, Краків, Броди) торгово-промислових палатах¹. Одного депутата обирали 39 виборців.

До третьої курії входила міська буржуазія великих міст, а також чиновники і представники вільних професій (адвокати, лікарі та ін.). Одного депутата обирали 2264 виборці цієї курії.

Якщо перші три курії обирали своїх депутатів безпосередньо, то вибори в четвертій, сільській курії були двоступеневі: на 500 так званих правиборців обирався один уповноважений, який мав право голосувати за того чи іншого кандидата в депутати. Одного депутата по суті обирали 8792 виборці. Проте через дію майнового цензу не всі селяни входили до четвертої курії, багато з них були позбавлені виборчого права. Помилково вважати, що сільська курія могла обирати депутатів-селян. По цій курії в переважній більшості обиралися представники шляхти, рідше — сільського духовенства та інтелігенції і дуже рідко — самі селяни. Шляхта не допускала до сейму депутатів-селян. Один з поміщицьких депутатів відверто заявляв: «Знаємо, що було б не добре, а шкідливо... коли б селяни самих селян обирали. Ми цього зовсім не бажаємо»². Так само заявляв з трибуни галицького сейму кардинал С. Сембратович, що для депутатів-селян «тут у палаті, хоч селянин платить податки і дає рекрута, місця немає»³.

Відкрите голосування давало надзвичайно великі можливості для зловживань шляхом підкупів і терору з боку державно-адміністративного апарату. «Не хочу говорити, — вказував з трибуни сейму один з депутатів, — що в нас є майже при всіх виборах так звані урядові кандидатури, про те всі знаємо і знаєте, панове, що жандарми в тих справах мають дуже великий вплив... Що стосується їх діяння при виборах, то скажу, наприклад, що в Турці (тепер Львівської області. — *Авт.*) били жандарми кольбами (прикладами. — *Авт.*) ви-

¹ В усій Австрії було 29 торгово-промислових палат і їх діяльність регулювалася законом від 29 червня 1868 р. з деякими змінами, внесеними в 1901 р.

² Stenograficzne sprawozdania Sejmu Krajowego z roku 1883. — S. 309.

³ Там же само з року 1914. — S. 188 (з виступу депутата Маркова).

борців, заводили їх до в'язниці на те тільки, щоб пізніше після виборів звільнити»¹.

Чималу роль у цій справі відігравала більша частина галицьких уніатських єпископів і митрополитів, які автоматично входили до складу сейму. Вони, явно чи приховано вислужуючись перед австрійським урядом, погоджували з ним кандидатури і через церкву морально впливали на маси віруючих. Траплялись навіть випадки, коли уніатські митрополити вживали репресивних заходів щодо священників-депутатів, які не хотіли додержуватися їх позицій у сеймі.

На початку ХХ ст. в умовах посилення боротьби за соціальне і національне визволення ставилося питання про реформу виборчого закону до галицького сейму, його демократизацію. Воно набрало особливої гостроти після 1907 р., коли під впливом першої російської революції відбулась «демократизація» виборчого права до віденського парламенту. Революційні події в Росії подавали надію широким народним масам Галичини на визволення їх від соціального і національного гніту. І. Франко, відбиваючи настрої народу, у статті «Одвертий лист до галицько-української молоді» писав: «Схід Європи, та в тім комплексі також наша Україна, переживає тепер весняну добу, коли тріскає крига абсолютизму та деспотизму, коли народні сили серед страшних катастроф шукають собі нових доріг...»² Проте боротьба за демократизацію галицького сейму була безуспішною. Консервативна поміщицька більшість сейму доклала всіх зусиль, щоб зберегти куріальну систему виборів до сейму. Водночас польська шовіністична преса закликала дати рішучу відсіч домаганням галицьких українців і не йти навіть на найменші поступки³.

Після тривалих дебатів 14 лютого 1914 р. галицький сейм прийняв новий виборчий закон, який запроваджував «загальне» і пряме при таємному голосуванні виборче право, однак нерівне. Воно спиралося на засади представництва інтересів з

¹ Stenograficzne sprawozdania Sejmu Krajowego z roku 1888. — S. 503.

² Літературно-науковий вісник. — Львів, 1905. — Річник 8. — Т. 30. — Розд. 3. — С. 11.

³ Див.: *Кульчицький В. С.* Про реформу виборчого закону до галицького сейму на початку 20 століття // Вісник Львівського університету. Сер. юрид. 1971. — С. 29.

поділом на шість курій (великої власності, торгових і промислових палат, промислових об'єднань, сільських громад і містечок, цензової міської, загальної міської). Крім того, чинником нерівності була так звана плуральність, яка надавала деяким виборцям два, а іноді навіть три голоси в одній або різних куріях. Засобами забезпечення національних інтересів були національний кадастр¹ і так звана виборча географія.

За новим виборчим законом до галицького сейму обиралось 228 депутатів, але тільки 62, тобто 27,2% з них, могли бути українцями². Отже, депутати-українці, як і до реформи, не могли впливати на рішення сейму.

Новий виборчий закон, на відміну від попереднього, скасовував у курії сільських громад і містечок багатоступеневі вибори і право голосу надав усім повнолітнім чоловікам. Але закон надав у цій курії право подвійного голосу для тих виборців, які сплачували найбільше податків або мали вищу освіту. До участі у виборах по цій курії не допускалися жінки.

В усіх куріях вводилося таємне голосування і надалі залишався інститут вірилістів, серед яких було передбачено місце для ректора майбутнього українського університету в Галичині³.

Пасивне виборче право надавалося всім, кому минуло 30 років і хто не менше трьох років був австрійським громадянином.

У жовтні 1914 р. намісник Галичини В. Коритовський таємним циркуляром дав відповідні вказівки всім повітовим старостам про підготовку виборів до сейму за новим виборчим законом⁴. Трохи раніше, в липні 1914 р., австрійський імператор Франц-Йосиф санкціонував виборчий закон, розпустив галицький сейм і призначив нові вибори⁵. Вони повинні були відбутися у жовтні 1914 р. Проте у зв'язку з початком Першої світової війни призначені вибори не відбулися, і новий виборчий закон до галицького сейму не був втілений у життя.

Склад галицького сейму, визначений крайовим статутом і положенням про вибори від 26 лютого 1861 р., проіснував з не-

¹ Національний кадастр — виборча система, за якою всі виборці поділялися за національністю і голосували виключно за кандидатів своєї національності.

² Див.: *Кульчицький В. С.* Вказ. праця. — С. 30.

³ У зв'язку з існуванням у Львові фактично польського університету його заснування планувалося в Коломиї (тепер Івано-Франківської області).

⁴ Див.: ЛЦДІА. — Ф. 146. Оп. 4. Спр. 4771. Арк. 1—5.

⁵ Див.: Там само. — Арк. 29.

значними змінами аж до 1914 р. Кількість депутатів сейму було визначено 150, а під кінець існування сейму — до 161.

У національному відношенні переважну більшість депутатів галицького сейму склали представники польської буржуазії. Представництво українців становило в середньому всього 10% депутатів і українська буржуазія була представлена трьома основними політичними партіями: націонал-демократичною¹, радикальною² та опортуністичною соціал-демократичною³. Всі вони були наскрізь просякнуті австрофільством і тісно зв'язували свої програмні вимоги і всю практичну діяльність з інтересами Австро-Угорської монархії, будучи слухняним зрядом у руках уряду.

Вся діяльність сейму підпорядковувалась центральній владі. Він був частиною колоніального апарату Австро-Угорщини. Його постанови, хоч і мали характер дрібних актів, були фактично актами імперської волі і вимагали в обов'язковому порядку санкції імператора. Контроль за діяльністю сейму здійснював намісник. Він сам або призначені ним комісари брали участь у роботі сейму.

Питання компетенції та порядку роботи галицького сейму нормували крайовий статут 1861 р. і тимчасовий регламент 1865 р.⁴, які пізніше частково змінювались.

Головним у законодавчій діяльності сейму були дрібні господарські справи. Крім того, ст. 19 крайового статуту надавала сейму право законодавчої ініціативи в усіх справах, зв'язок яких

¹ Українська національно-демократична партія (спочатку «народовці») — буржуазно-демократична партія, заснована в 1899 р. Є. Левицьким і В. Охримовичем за участю М. Грушевського. В 1919 р. була перейменована на Українську трудову партію, а в 1925 р. — на Українське національно-демократичне об'єднання (УНДО).

² Українська радикальна партія (пізніше Українська соціалістична радикальна партія) була заснована в 1890 р. М. Павликом, І. Франком та іншими представниками революційно-демократичного напрямку для організації та об'єднання дрібного селянства. На початку ХХ ст. перетворилася на дрібнобуржуазну партію.

³ Українська соціал-демократична партія — опортуністична дрібнобуржуазна партія Східної Галичини, остаточно оформилася в 1899 р. внаслідок розчленування австрійської соціал-демократичної партії на шість національних партій: німецьку, чеську, польську, українську, італійську і південнослов'янську. У цій партії переважну більшість членів становили інтелігенти.

⁴ Назва «тимчасовий» зберігалася до 1907 р.

з потребами краю можна підтвердити. Це означало, що рейхсрат зобов'язаний включити до порядку денного своєї роботи висловлену пропозицію. Проте ця постанова не могла змінити загального характеру безсилля крайового сейму. Цим правом галицький сейм фактично не користувався.

Бюджетні права галицького сейму, що знаходився у повній фінансовій залежності від віденського рейхсрату, були дуже мізерні і зводилися до накладення додатків до безпосередніх державних податків¹, що були майже єдиним джерелом прибутків, якими розпоряджався сейм. Нерідко ці додаткові податки перевищували основну податкову суму². Крайові бюджети, які всім своїм тягарем лягали на трудящих і обумовили щораз більше зубожіння мас, збільшувалися з року в рік. Крім того, що поміщики і буржуазія дбали про забезпечення своїх класових інтересів шляхом перекидання податкових обов'язків на плечі трудящих, цей режим, стоячи на сторожі інтересів командної нації, намагався перенести фінансові обов'язки на українську частину Галичини для полегшення її західної частини. Так, Східна Галичина з населенням понад 4 млн чоловік повинна була у 1887 р. сплатити 2 037 532 крони, тоді як Західна з населенням 3 млн — лише 932 347 крон³.

У галузі місцевого самоврядування сейм здійснював вищий нагляд за органами повітів, міст і сіл, рішення яких здебільшого вимагали затвердження сейму. Весь безпосередній нагляд за ними здійснював крайовий виділ (комітет), що був виконавчим і розпорядчим органом сейму і його постійною мандатною комісією⁴. Він створювався під головуванням маршалка (він же і голова сейму)⁵ з шести членів, обраних з числа депутатів на 6 років. До складу комітету входили польські поміщики і представники

¹ Звільнялися від їх сплати всі крайові чиновники, професори університетів, учителі, служителі культів і слідчо-прокурорські працівники.

² Див.: *Daszynska-Golinska Z. Wlasnosc rolna w Galicji*. — Warszawa, 1900. — С. 7.

³ Див.: *Starzynski St. Sesja sejmowa 1886/7*. — Lwow, 1887. — С. 18.

⁴ Всіх комісій у сеймі було 12 (адміністративна, банкова, бюджетна, гірнична, гмінна, крайового господарства, петиційна, промислова, санітарна, шкільна, шляхова та юридична).

⁵ Маршалок сейму призначався імператором за пропозицією намісника, як правило, з числа польських магнатів, його заступником був звичайно львівський уніатський митрополит. За весь період існування галицького сейму змінилося 12 маршалків.

великої польської буржуазії, як «поступка» обирався один українець, зрозуміло, багатий. Члени Крайового комітету стояли на чолі шести департаментів і за допомогою численного бюрократичного апарату керували роботою відділів, бюро і комісій.

Створення крайового сейму і крайового комітету розглядалося як встановлення самоврядування у масштабі всього краю. В 1862 р. був виданий загальнодержавний закон про місцеве самоврядування, і на його підставі в 1866 р. був опублікований галицький крайовий закон про громади. Цим були створені правові основи самоврядування в Галичині¹. Органи крайового і місцевого самоврядування в Галичині служили, як і урядові органи, інтересам буржуазії і поміщиків. Якщо ж це самоврядування і було більш демократичним, ніж урядові органи, то воно такою ж мірою захищало існуючі порядки і всіма способами підтримувало інтереси заможних класів.

Органи урядової адміністрації (намісник у Галичині, крайовий президент у Буковині, повітові старости, бурмістри у містах і війти в селах) та органи самоврядування (галицький і буковинський крайові сейми, повітові, міські та сільські ради) мали яскраво виражений класовий характер, перебували в повній залежності від австрійського уряду, були зняряддям колоніального управління західноукраїнськими землями.

Надійшла до редколегії 12.02.02

¹ Див.: История государства и права Украинской ССР: В 3 т. – К., 1987. – Т. 1 – С. 232.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

В. Борисова, доцент НЮА України

До проблем створення юридичних осіб

Виникнення юридичної особи — це одне з питань, що бентежило науковців з самого початку її появи, бо треба було визначитись у головному: чи достатньо для цього волі засновників або необхідно ще втручання держави в особі відповідних органів, які б дали на це згоду? Згідно з цим в теорії права склалися дві точки зору, одну з яких відстоювали представники теорії фікції, а іншу — представники теорії реальності юридичної особи. Прихильники першої вважали, що саме держава і тільки вона повинна визнати нову організацію юридичною особою і тим самим захистити і себе, і інших учасників цивільного обороту від появи юридичних осіб, правовий статус яких не відповідав вимогам закону. Прихильники ж другої наполягали на тому, що правоздатність юридичної особи, як і правоздатність фізичної, виникає незалежно від волі держави. Остання повинна лише визнати межі тієї діяльності, якою може займатися та чи інша юридична особа. З огляду на це склалися дві різні практичні системи створення юридичних осіб: концесійна (дозвільна) і система вільного створення¹.

Майже до 60-х років XIX ст. законодавство надавало перевагу концесійній системі, але в подальшому почав відбуватися поступовий перехід до явочної, або системи «Normativbestimmung». За цієї системи закон встановлював певні умови, додержання яких дозволяло вносити організацію до реєстру, що давало їй право виступати в діловому обороті вже як юридична особа без будь-якого особливого акта з боку тих чи інших органів державної влади². Слід наголосити, що в процесі переходу

¹ Див.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 148–150.

² Див.: Там само. — С. 149.

до зазначеної системи активну роль відіграли і правники, в тому числі й відомі російські вчені, які наполегливо відстоювали впровадження цієї системи, особливо стосовно виникнення акціонерних товариств. І. Тарасов виходив з того, що значення юридичної особи, притаманне кожній акціонерній компанії, зовсім не обумовлюється необхідністю одержання дозволу від відповідних державних органів на це визнання, бо, визнаючи необхідність такої умови, треба було б ставитися до значення юридичної особи як до властивості, що дарується або присвоюється самовільно урядом будь-якому об'єднанню людей, тоді як насправді ця властивість не може бути надана ніякому об'єднанню державною владою, якщо це об'єднання не має цієї властивості за своєю сутністю, за своєю організацією¹. Цю точку зору поділяв і Пахман, вважаючи, що юридична особа акціонерного товариства не створюється державою, значення юридичної особи належить йому незалежно від визнання суспільної влади. Але цього недостатньо, коли йдеться про зовнішні відносини компанії, про зіткнення її з публікою і з судовою або іншою владою. Як абстраговане поняття юридична особистість не має дійсного буття, як і особа фізична, без зовнішнього визнання: замкнена в самій собі, вона в цьому не має потреби; але виступаючи назовні, вступаючи у відносини з зовнішнім світом, вона, без сумніву, потребує визнання суспільної влади, в протилежному випадку і органи судової влади мали б право ігнорувати безособистісний суб'єкт права². І. Покровський вважав, що навіть тоді, коли для виникнення юридичної особи обов'язково вимагається реєстрація (явочна система), юридична особа приходить до цієї реєстрації вже маючи право на своє існування, а не з проханням про дарування їй життя³.

Питання виникнення юридичної особи, тобто встановлення самого моменту її появи, і на сьогодні залишається дискусійним. Для того щоб відповісти на нього, треба визнати, що з формально-юридичної точки зору виникнення юридичної особи — це спосіб, який закріплюється чинним законодавством і

¹ Див.: Покровский И. А. Учение об акционерных компаниях. — М., 2000. — С. 161.

² Див.: Покровский И. А. О задачах предстоящей реформы акционерного законодательства. — Харьков. 1861.

³ Див. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — СПб., 1917. — С. 133.

становить систему певних як фактичних, так і юридичних дій засновників (учасників) та державних органів. Встановити один спосіб створення для всієї розмаїтості юридичних осіб неможливо. По-перше, слід розрізняти ті способи, що застосовуються при створенні публічних і юридичних осіб. По-друге, відрізняються способи, що застосовуються при створенні первісної юридичної особи, і ті, що мають місце при створенні похідної, тобто такої, що виникає, наприклад, в процесі реорганізації вже існуючої юридичної особи.

Ми не згодні з тими правниками, що ототожнюють такі поняття, як спосіб і порядок створення юридичної особи¹. Спосіб — це дія або система дій, що застосовуються при здійсненні будь-чого², а порядок — це правила, за якими здійснюється будь-що³, в даному разі дії, спрямовані на створення організації, яка відповідає законним умовам, тобто має низку ознак: зовнішню відокремленість, персоніфікованість як здатність виступати зовні у вигляді єдиної особи, здатність виробляти, висловлювати і здійснювати персоніфіковану волю⁴.

На сьогодні в науці цивільного права більшість учених традиційно виділяють такі способи створення первісних юридичних осіб: розпорядчий, дозвільний, нормативно-явочний⁵, хоча, безумовно, існують й інші точки зору, на аналізі яких ми зупинимося пізніше.

Сутність розпорядчого способу полягає в тому, що рішення про створення юридичної особи приймається одним або кількома власниками майна, що закріплюється за юридичною особою або уповноваженими на це органами. Моментом виникнення юридичної особи і стає момент прийняття такого рішення. В Україні у такий спосіб на підставі публічно-правового акта створюються державні установи та підприємства, казенні підприємства, тобто публічні юридичні особи. Цю норму

¹ Див.: *Никифорова М.* Возникновение юридического лица. Учредительные документы. Регистрация юридического лица // Субъекты гражданского права. — М., 2000. — С. 19.

² Див.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1984. — С. 674.

³ Див.: Там само. — С. 502.

⁴ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М., 1981. — Т. 2. — С. 139.

⁵ Див.: *Гражданское право: В 2-х т. — 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е. А. Суханов.* — М., 1998. — Т. 1. — С. 197; *Гражданское право / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева.* — СПб, 1996. — Ч. 1. — С. 118–119.

закріплено в новому Цивільному кодексі України (далі — новий ЦК), що відповідає практиці законодавства багатьох країн світу. Наприклад, такий спосіб застосовується при створенні урядових корпорацій у США, публічних корпорацій в Англії, торгових товариств, засновниками яких є іноземці — у Франції¹, господарських союзів і союзів, засновниками яких є іноземці, сільськогосподарських установ, а також підприємств ядерної енергетики — у Німеччині².

Нормативно-явочний спосіб виникнення юридичної особи означає, що остання створюється на тих умовах і за тими правилами, які передбачені в законі, а реєструючий орган зобов'язується зареєструвати організацію як юридичну особу за наявності виконання засновниками цих умов і додержання певних правил. Держава, застосовуючи таку форму, як реєстрація, визнає організацію суб'єктом права, а рішення відповідного органу і видача свідоцтва мають розглядатися як підтвердження виникнення юридичної особи. Слід констатувати, що на сьогодні в Україні немає єдиного реєстраційного органу і державна реєстрація здійснюється низкою державних органів — місцевими органами самоврядування, органами статистики, органами юстиції, податковими органами, Національним банком України, Державною комісією з цінних паперів і фондового ринку тощо. При цьому не створено і Єдиний державний реєстр юридичних осіб, а це один з найважливіших фундаментальних елементів правової інфраструктури ринкової економіки.

Деякі з правників називають нормативно-явочний спосіб реєстраційним³. Вважаємо, що з цим погодитись не можна, бо реєстрація — лише одна із стадій виникнення в сучасних умовах будь-якого виду юридичних осіб незалежно від того, яким способом вони будуть створені. Засновники повинні ще юридично оформити виникнення нового суб'єкта права, для чого і передбачається його реєстрація. Причому сам факт подання засновником (засновниками) відповідних документів до органів

¹ Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. — М., 1993. — С. 85.

² Див.: § 22, 23, 80 Німецького цивільного уложення, § 13 Закону «Про атом».

³ Див.: Гражданское право / Под ред З. И. Цыбуленко. — М., 1999. — Т. 1. — С. 80; Жабреев М. В. Публичные образования и их органы: гражданско-правовой статус и участие в гражданских правоотношениях // Цивилистические записки. Межвуз. сборник науч. трудов. — М., 2001. — С. 193.

реєстрації треба розцінювати лише як намір останнього (останніх) реалізувати суб'єктивне право, наприклад, на заняття підприємницькою діяльністю у формі юридичної особи, на створення релігійного об'єднання тощо, тобто бажання одержати визнання державою нового суб'єкта права, який відрізнятиметься від засновника (засновників) і зможе стати учасником цивільного обороту. А звідси введення такого «універсального» способу ніби нівелює інші способи виникнення юридичних осіб. Безумовно, засновники можуть і не звертатися за легалізацією організації, створюючи, наприклад, клуб любителів авангардного мистецтва, але в такому разі ця організація не стає юридичною особою, а тому і не зможе брати участі в цивільному обороті.

Дозвільний порядок передбачає наявність обов'язкового попереднього одержання дозволу (згоди) від уповноваженого на це органу на створення юридичної особи. Щодо цього способу в літературі існують різні точки зору. Так, Є. Суханов вважає, що у такий спосіб повинно виникати обмежене коло юридичних осіб: ті, що бажають займатися лише специфічною підприємницькою діяльністю, наприклад, комерційні банки і страхові компанії, а також ті, що можуть посісти монополіне становище на ринку. Оскільки перші надають фінансові послуги необмеженому колу осіб і акумулюють значні кошти, то одержання попереднього дозволу слугуватиме загальним інтересам усіх учасників обороту. Що ж стосується другого виду юридичних осіб, то мета одержання ними попереднього дозволу — збереження в інтересах споживачів конкуренції між існуючими товаровиробниками¹. Таку ж точку зору поділяє і М. Нікіфорова². Вважаємо, що слід погодитись із тими правниками, які не вважають дозвільний спосіб за самостійний спосіб створення юридичної особи, мотивуючи це тим, що дозвіл не є підставою виникнення в організації статусу юридичної особи. Це лише обов'язкова попередня умова, яку необхідно виконати для законного створення певного виду юридичної особи, тобто додержуватися встановленого порядку. В подальшому створення юридичних осіб може здійснюватися одним з трьох способів, передбачених правовою системою (мається на увазі реєстраційний, розпоряд-

¹ Див.: Гражданское право: В 2 т: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 197–198.

² Див.: Нікіфорова М. Вказ. праця. — С. 21.

чий, явочний (повідомлюючий). — В. Б.)¹. Це дійсно так. Навіть коли відповідно до ст. 21 Закону України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність» попередній дозвіл на створення банку з іноземним капіталом його засновники одержують у Нацбанку України, цей банк як юридична особа виникає лише в момент державної реєстрації. Тобто йдеться не про дозвільний, а про нормативно-явочний спосіб. Але слід підкреслити, що в даному разі хоча і йдеться про вказаний спосіб, обсяг дій засновників зростає, бо встановлюється дещо інший порядок їх здійснення.

В науковій літературі називають ще один спосіб виникнення юридичних осіб — договірно-правовий, відносячи його до добровільного способу². Але чи варто виділяти такий спосіб? Якщо витоки цього лежать у договірній теорії сутності акціонерного товариства (далі — АТ) як юридичної особи, котра виходила з того, що в основі діяльності будь-якого АТ лежить згода засновників про об'єднання своїх зусиль заради досягнення спільної мети³, то вже сьогодні сутність АТ почали пояснювати з позицій і «неодоговірної» теорії, і теорії «інституціоналізму», і теорії «приєднання»⁴.

Вважаємо, що про яку б теорію юридичної особи не йшлося, підставою створення будь-якої первісної юридичної особи приватного права є волевиявлення інших суб'єктів цивільного права, яке, за словами Г. Шершеневича, своєю підставою має прагнення «уособити» спільні для них інтереси та майно, а також юридичні засоби їх досягнення⁵. Волевиявлення може за винятком, наприклад, створення товариства однієї особи, проявитися і в формі договору, хоча це не звільняє засновників (учасників) від обов'язку пройти державну реєстрацію організації. В зв'язку з цим недоцільно надавати договірно-правово-

¹ Див.: *Жабреев М. В.* Вказ. праця. — С. 194.

² Див.: *Гражданское право* // В 2-х томах / Под ред В. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 1. — С. 83.

³ Див.: *Морандьер Л.* *Гражданское право Франции.* — М., 1992. — Т. 2. — С. 254–255.

⁴ Більш докладно про це див.: *Борисова В. І.* Теорії юридичної особи: історія та сучасність // *Вісник Академії правових наук України.* — 2001. — № 4. — С. 117–130.

⁵ Див.: *Шершеневич Г. Ф.* *Учебник русского гражданского права.* — М., 1995. — С. 90.

му порядку самостійного значення. Ця точка зору поділяється й іншими правниками¹.

Не можна погодитись і з А. Довгертом, коли він пише, що на сьогодні є лише один спосіб виникнення юридичних осіб — відокремлення майна, яке може відбуватися як разом з об'єднанням осіб, так і без такого². Скоріше за все і тут йдеться не про спосіб виникнення юридичної особи, а про її сутність, про теорію цільового майна, яку поділяє автор.

На наш погляд, недоцільно виділяти сьогодні і такі способи створення юридичних осіб, як ознаковий, нормативний та статутний, тим більше, що всі вони, за висновком М. Жабреєва, можуть мати місце лише при відсутності явочного або реєстраційного способу, а ознаковий та нормативний взагалі не передбачають наявності будь-якої спеціальної процедури створення юридичних осіб³. Безумовно, ця класифікація цікава з точки зору історії розвитку самих способів виникнення юридичних осіб та їх трансформації залежно від зміни суспільно-економічних відносин. Але викликає подив сам підхід, яким при цьому користується М. Жабреєв. Вважаємо некоректним його посилення на таких цивілістів, як С. Братусь, О. Пушкін, М. Брагинський, В. Якушев, Д. Генкін, для підтвердження факту існування зазначених способів, бо сам М. Жабреєв вказує, що ці вчені хоча і не називали і спеціально не розглядали дані способи, але нібито поділяли таку ж точку зору, що й він⁴. Більш докладний аналіз зазначених способів дозволяє дійти висновку, що в сучасних умовах усі вони є складовими того чи іншого традиційного способу виникнення юридичних осіб. Так, М. Жабреєв вважає, що ознаковий спосіб — це спосіб, відповідно до якого статус юридичної особи визначається тільки з огляду наявності у конкретної організації ознак, характерних для юридичної особи. Безспірно, однією з умов, як ми вже вказували раніше, є відповідність створюваної особи законним умовам. Але це лише складова всіх традиційних способів виникнення

¹ Див.: Гражданское право Украины: В 2 ч. / Под ред. проф. А. А. Пушкіна. — Х., 1996. — Ч. 1. — С. 141.

² Див.: Довгерт А. С. Концепція та види юридичних осіб у проекті цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред проф. А. Довгерта. — К., 2000. — С. 132.

³ Див.: Жабреєв М. В. Вказ. праця. — С. 202, 201.

⁴ Див.: Там само. — С. 195–201.

юридичної особи. Нормативний спосіб, на думку М. Жабреєва, — це спосіб, відповідно до якого статус юридичної особи в організації визнається наявністю зазначення про нього в нормативно-правових актах (актах законодавства і локальних актах організацій). Але чи достатньо лише такого зазначення, тим більше в локальних актах організації? Хіба юридична особа виникає на основі законодавства автоматично без наявності волевиявлення певних осіб і контролю з боку держави? Відповідь може бути тільки заперечною. Безумовно, дозволом на створення юридичних осіб є нормативний акт загального характеру, але він обов'язково передуює волевиявленню засновників (учасників), а також державній реєстрації, тобто з нормативного він одразу ж перетворюється на нормативно-явочний. Автор стверджує, що статутний спосіб — це спосіб, при якому статус юридичної особи в організації з'являється з моменту затвердження уповноваженим на це органом або особою статуту даної організації. З цим теж важко погодитися, бо незрозуміло, що мається на увазі під уповноваженим органом або особою.

Аналіз нового ЦК дозволяє дійти висновку, що законодавець встановлює два способи виникнення юридичних осіб — розпорядчий для юридичних осіб публічного права і нормативно-явочний — для юридичних осіб приватного права. Тим часом на перший погляд складається враження, що він так до кінця і не визначився, коли ж вважати юридичну особу створеною. З одного боку, передбачивши, що саме юридична особа — життєздатний для цивільного обороту суб'єкт, а не утворення, яке тільки прагне одержати можливість стати таким суб'єктом, — підлягає державній реєстрації, він ніби поділяє точку зору тих правників, які вважають, що юридична особа не створюється державою, значення юридичної особи належить утворенню незалежно від визнання суспільною владою, а з іншого — вказуючи, що юридична особа вважається створеною з моменту її державної реєстрації, ніби перекреслює те, що це вже відбулося.

Насправді ж ця суперечність зникає, якщо виходити з того, що створення будь-якої юридичної особи приватного права — це багатостадійний процес, котрий охоплює як фактичні дії засновників (розробка установчих документів, створення статутного капіталу тощо) і держави в особі певних органів (перевірка дій засновників тощо), так і юридичні дії зазначених осіб. Дер-

жавна реєстрація — остання стадія, що завершує процес створення юридичної особи, яка до цього існувала фактично, а з моменту державної реєстрації виникає юридично.

Порушення встановленого законом порядку створення юридичної особи або невідповідність її установчих документів закону є підставою для відмови у державній реєстрації цієї юридичної особи. Відмова з інших мотивів не допускається.

Державна реєстрація призначена гарантувати відповідність тих вимог, які ставляться до юридичних осіб певного виду, їх реальним можливостям. Тим часом звертає на себе увагу відсутність у новому законодавстві характеристики обсягу перевірок дій щодо встановлення відповідності установчих документів закону. Чи повинен представник реєструючого органу, що здійснює по суті превентивний контроль, обмежитися тільки перевіркою відповідності положень установчих документів чинному законодавству, чи він ще зобов'язаний стежити за повнотою врегулювання внутрішніх і зовнішніх відносин створюваного суб'єкта? Важливість цього питання полягає в тому, що згідно зі ст. 110 нового ЦК юридична особа ліквідується з визнанням судом недійсною державної реєстрації юридичної особи у зв'язку з допущеними при її створенні порушеннями, які не можна усунути. До речі, ця норма відповідає і законодавству інших країн, наприклад, ст. 61 ЦК РФ, ст. 57 ЦК Казахстану. При цьому законодавством як України, так і РФ вводиться процедура ліквідації юридичної особи за рішенням її учасників або органу юридичної особи, уповноваженого на це установчими документами, при визнанні реєстрації цієї юридичної особи недійсною. Вважаємо, що такий підхід викликає сумнів. Якщо суд уже прийняв рішення про недійсність державної реєстрації, то яку роль відіграє рішення учасників юридичної особи? Вони що, можуть з цим не погодитись? Але це нісенітниця, бо йдеться саме про неусувні порушення. До того ж здається, що законодавець відійшов тут від принципів приватного права, зокрема вільного волевиявлення, диспозитивності. На наш погляд, правильніше було б покласти на учасників юридичної особи обов'язки з проведення ліквідації такої юридичної особи. До того ж, якщо юридична особа може існувати і після анулювання державної реєстрації, а законодавець фактично визнає це, покладаючи на учасників обов'язок прийняття

рішення, що можливо лише за наявності життєздатного суб'єкта права, то тим самим вільно чи невільно заперечується її конститутивне значення.

Тим часом при визнанні реєстрації юридичної особи недійсною можуть виникнути ще питання, зокрема про те, яка доля тих правочинів, що були нею укладені. На нашу думку, це не стосується дійсності укладених нею до цього правочинів, бо рішення суду тягне за собою лише ліквідацію юридичної особи на майбутнє, а не в минулому.

Безумовно, викладеним проблеми створення юридичних осіб не вичерпуються.

Надійшла до редколегії 15.02.02

І. Пучковська, доцент НЮА України

Проблеми розвитку іпотеки в Україні

Іпотека — застава нерухомого майна є одним з найважливіших елементів фінансово-господарського механізму країн з розвинутою ринковою економікою. Криза економіки в Україні, скорочення обсягів бюджетного фінансування капітальних вкладень, поява недержавних підприємств, земельна реформа обумовлюють попит як юридичних осіб, так і громадян-підприємців на довгострокові кредити. Для громадян, які не займаються підприємницькою діяльністю, інтерес становить насамперед житлова іпотека, тобто надання кредитів на будівництво або купівлю жилого будинку (квартири) під заставу цього будинку (квартири) або іншого нерухомого майна, що перебуває в їх власності. Отже, в одержанні іпотечних кредитів зацікавлені як суб'єкти підприємницької діяльності так і громадяни. Громадяни України в процесі так званої перебудови втратили грошові заощадження, але мають нерухоме майно (будинки, квартири), заставивши яке вони могли б одержати необхідні їм кредити для покриття насущних потреб. Іпотека, будучи речовим засобом забезпечення виконання зобов'язань, приваблює потенційних кредиторів своєю надійністю. Тут кредитор, надаючи кредит, «вірить» не боржнику, а майну боржника.

Іпотека — це реальна можливість одержати довгострокові (понад три роки) банківські кредити юридичними та фізичними особами. Іпотечний механізм діє в інших країнах, де надання кредитів під заставу нерухомого майна — звичайне явище, однак там іпотека пов'язана з трьома умовами:

- 1) наявністю так званих «довгих грошей», які банки можуть надавати у вигляді кредитів позичальникам;
- 2) реальною платоспроможністю позичальників (заробітна плата, інші доходи);
- 3) працюючим механізмом звернення стягнення на заставлене майно позичальника у разі неповернення кредиту.

В Україні ж не виконується жодна з перелічених вище умов і тому, незважаючи на те що після прийняття Закону України «Про заставу»¹, розділ II якого присвячено іпотеці, пройшло десять років, кількість іпотечних договорів, що укладаються, незначна, хоча цей вид застави в країнах з розвинутою економікою вважається надійним засобом забезпечення наданих кредитів, яких так потребують українські громадяни.

Уявляється, що проблему створення працюючого механізму звернення стягнення на заставлене майно, яка гальмує становлення іпотечних відносин, заважає розвиткові іпотечного кредитування, вирішенню житлового питання в країні, можна розв'язати на законодавчому рівні.

Основним правом заставодержателя за договором іпотеки, яке виражає сутність застави, є передбачене ст. 1 Закону України «Про заставу» право кредитора (заставодержателя) одержати задоволення з вартості заставленого майна переважно перед іншими кредиторами у разі невиконання боржником (заставодавцем) забезпеченого заставою зобов'язання.

Крім невиконання чи неналежного виконання боржником основного зобов'язання п. 1 ст. 36 Закону України «Про заставу» передбачає ще один випадок, який стосується застави нерухомості, пов'язаний зі зверненням стягнення, — порушення заставодавцем обов'язків щодо вжиття заходів, необхідних для збереження предмета іпотеки. Це зобов'язання впливає з договору іпотеки і звернення стягнення тут — наслідок невиконання сторонами договору про іпотеку. Уявляється, що зако-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 47. — Ст. 642.

нодавцю необхідно об'єднати всі випадки дострокового звернення стягнення на іпотечне майно і передбачити, крім зазначеного випадку, дострокове звернення стягнення, якщо заставодавцем порушено правила про наступну іпотеку; про розпорядження іпотечним майном; зобов'язання зі страхування іпотечного майна, а також у випадках, коли заставодавець визнаний банкрутом.

Отже, за загальним правилом заставодержатель-кредитор має право звернути стягнення на предмет іпотеки у випадках невиконання або неналежного виконання заставодавцем-боржником основного зобов'язання, забезпеченого договором про іпотеку. Право на дострокове звернення стягнення у заставодержателя повинно виникати у згаданих випадках невиконання заставодавцем вимог договору про іпотеку.

При частковому виконанні боржником забезпеченого заставою зобов'язання застава зберігається в початковому обсязі.

Звернення стягнення на заставлене майно здійснюється за рішенням суду (господарського або третейського), а також на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Постановою Кабінету міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 затверджено Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів¹. Відповідно до цього Переліку в безспірному порядку заборгованість стягується за нотаріально посвідченими договорами, які передбачають сплату грошових сум, передачу або повернення майна, а також право звернення стягнення на заставлене майно.

Договір іпотеки підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню згідно зі ст. 32 Закону України «Про заставу». Отже, для одержання виконавчого напису заставодержателю необхідно надати:

- а) оригінал нотаріально посвідченого договору про іпотеку;
- б) документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання за кредитним договором.

Загалом судовий розгляд питання про звернення стягнення на заставлене майно викликає подив. Незрозуміло, чому звернення стягнення на заставлене майно не може бути зроблено автоматично згідно з договором іпотеки. Навіщо потрібні

¹ Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – С. 69.

такі ускладнення з огляду на строки розгляду справ у судах, їх завантаженість? Та й яким має бути предмет спору, розглянутого в суді? Адже договір іпотеки укладається за взаємною згодою сторін, і для того, щоб виконуватися. Відповідно до договору про іпотеку власник-заставадавець дає свою згоду на звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання ним основного зобов'язання (наприклад, кредитного договору).

Іпотека — речевий засіб забезпечення виконання зобов'язань, покликаний стимулювати боржника до виконання прийнятого зобов'язання. Сутність іпотеки і полягає в задоволенні вимог кредитора з вартості заставленого майна боржника у разі невиконання ним свого зобов'язання. Судовий же порядок звернення стягнення на заставлене майно істотно знижує ефективність забезпечувальної сили застави, відкладаючи одержання задоволення кредитором своїх вимог на невизначений строк, ставлячи його в залежність від судового розгляду.

Видається за доцільне як основний спосіб звернення стягнення на заставлене майно виділити в Законі України «Про заставу» звернення стягнення на заставлене майно на підставі виконавчого напису нотаріуса, і лише у разі спору між сторонами про виконання основного, наприклад, кредитного, договору надати сторонам право звертатися в суд для вирішення питання по суті.

Особливу проблему становить звернення стягнення на таке іпотечне майно як жилий будинок або квартира. Хоча на перший погляд згідно з Переліком видів майна громадян, на яке не може бути звернено стягнення за виконавчими документами, жилий будинок (квартира) не є таким майном. Тобто Закон України від 21 квітня 1999 р. «Про виконавче провадження»¹ дозволяє звернути стягнення на жилий будинок (квартиру) за договором іпотеки.

Відповідно до ст. 3 цього Закону Державною виконавчою службою підлягають виконанню виконавчі написи нотаріусів. Крім того, постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 1997 р. № 1448 було затверджено Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна², яке передбачає процедуру продажу іпотечного майна.

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 24. — Ст. 207.

² Офіційний вісник України. — 1998. — № 2. — С. 42.

Здавалося б, є всі необхідні передумови для вирішення цієї проблеми, але практично звернути стягнення на заставлений будинок або квартиру, в якій проживають заставодавець і члени його сім'ї, неможливо. Тут право громадян на житло суперечить праву власності нового власника будинку (квартири). Хто буде зацікавлений придбати на аукціоні або публічних торгах будинок (квартиру) разом із проживаючими в ньому громадянами?

Заставодавець, втративши право власності на будинок (квартиру), що знаходиться в іпотечі, зберігає право на проживання в ньому в разі відсутності в нього іншого житла. Для осіб же, які проживають на умовах договору найму або оренди жилого приміщення, договір зберігає силу і при зміні власника будинку (квартири). Умови розірвання таких договорів визначаються нормами Цивільного і Житлового кодексів України.

З досвіду Російської Федерації¹, а Закон РФ «Про іпотеку» діє з 1998 року, видно, що проблема виселення колишнього власника будинку (квартири) — заставодавця, членів його сім'ї, а також інших осіб, які проживають у цьому будинку (квартирі) є найбільш наболілою і важковирішуваною. Стаття 78 Закону РФ «Про іпотеку» надає право виселити позичальника-заставодавця і членів його сім'ї тільки у разі, якщо вони «дали до укладення договору про іпотеку, а якщо вони були вселені в заставлений будинок чи квартиру пізніше — до їх вселення — нотаріально посвідчене зобов'язання звільнити заставлений жилий будинок чи квартиру в разі звернення на нього стягнення».

Загальне ж правило, закріплене в цій статті Закону РФ «Про іпотеку», полягає в тому, що «звернення заставодержателем стягнення на заставлений жилий будинок чи квартиру і реалізація цього майна не є підставою для виселення набувачем жилого будинку чи квартири спільно проживаючих у цьому приміщенні заставодавця і членів його сім'ї, якщо воно є для них єдиним придатним для постійного проживання приміщенням».

Досвід Росії у вирішенні цієї проблеми показує, що українському законодавцю потрібний інший підхід, інший погляд. Щоб розвивалися іпотечні відносини, щоб надання іпотечних кредитів, зацікавленість в яких очевидна, стало реальністю, необхідний також реальний механізм повернення таких кредитів. Укладаючи іпотечний договір, власник нерухомості дає

¹ Див.: Эксперт. — 2000. — № 12. — С. 18–21.

свою згоду на реалізацію іпотечного майна при неповерненні боргу. Уявляється, що для додаткової гарантії з питання звернення стягнення на таке іпотечне майно, як жилий будинок чи квартира, де проживають громадяни, потрібно як умову укладення іпотечного договору передбачити необхідність надання довідки (виписки з домової книги), щоб мати відомості про осіб, які проживають у такому будинку. Договір іпотеки може бути укладений, а в цьому зацікавлений заставодавець-боржник, тільки у разі подання всіма проживаючими в квартирі (будинку) особами нотаріально посвідчених заяв про негайне звільнення займаного жилого приміщення при зверненні на нього стягнення по боргах власника-заставодавця. При цьому відповідно до ст. 26 Закону України «Про заставу» будь-яка особа може припинити в будь-який момент звернення стягнення на заставлене майно виконанням основного зобов'язання, тобто сплатою грошової суми за кредитним договором. Одночасно з посвідченням іпотечного договору нотаріус повинен накладати заборону не тільки на відчуження даного жилого будинку, а й на вселення в нього для проживання осіб до моменту виконання основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою цього жилого будинку (квартири). У такій пропозиції немає ніяких обмежень прав проживаючих у приміщенні осіб. Адже кредитний договір укладається для того, щоб бути виконаним, тобто кредити одержують на умовах повернення їх у встановлений строк. Інакше хто ж буде надавати кредити, якщо проблематичне їх повернення? Власник будинку (квартири) зацікавлений одержати кредит, а банк-позикодавець — надати йому такий кредит на умовах повернення та платності. Право на проживання пов'язане з правом власності заставодавця на даний будинок (квартиру), право ж інших осіб похідне від цього права. Тому, якщо потенційний заставодавець бажає одержати кредит, забезпечений заставою нерухомого майна, то він повинен у разі неповернення грошової суми за кредитним договором, звільнити негайно займане ним приміщення після звернення стягнення на цей будинок (квартиру).

До моменту реалізації жилого будинку (квартири) зацікавлені особи можуть призупинити звернення стягнення, виплативши суму боргу за кредитним договором. До них у цьому разі перейде право вимоги боргу згідно з ч. 5 ст. 20 Закону України

«Про заставу»: «До третьої особи, яка задовольнила в повному обсязі вимоги заставодержателя, переходить разом з правом вимоги забезпечена нею застава в установленому законодавством порядку».

Що ж стосується прав колишнього власника будинку (квартири) та інших проживаючих у ньому осіб, то може йтися тільки про безспірне виселення із займаного жилого приміщення, проданого на аукціоні, без надання іншого жилого приміщення. Уявляється, що позбавити громадянина-власника жилого будинку (квартири), який є єдиним придатним для проживання приміщенням, можливості заставити такий будинок у забезпечення виконання кредитного договору є неправомірним. Адже в нього може не бути іншого нерухомого майна, яке можна заставити за іпотечним договором. У такому разі буде обмежено право цього громадянина на одержання кредиту порівняно з іншими особами, а це недопустимо.

З огляду на досвід РФ український законодавець повинен зробити правильні висновки при вирішенні цього питання і розв'язати проблему, яка може бути знята законодавчим шляхом — втручанням законодавця.

Якщо механізм звернення стягнення на заставлені житлові будинки (квартири) буде реальним, то цілком можливо, що в Україні з'являться позичальники, які мають так звані «довгі» гроші, але поки що не проявили себе.

Надійшла до редколегії 20.05.02

Р. Денисова, доцент НЮА України

Інтернет і авторське право: актуальні проблеми правового регулювання

Завдяки стрімким темпам нагромадження та поширення цифрової інформації Інтернет, надаючи ефективний доступ до постійно зростаючих її джерел, здійснює революційні перетворення майже в усіх суспільних сферах — економічній, соціальній, освітній, культурній. Більшість вміщених в Інтернеті джерел

надають інформацію для суто законних комерційних і приватних інтересів. Однак можливості Інтернету можуть використовуватися як засіб для протизаконних дій. У контексті розглянутих питань маються на увазі порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, а саме — авторських прав у мережі Інтернет. Хоча переваги Інтернету перевищують його потенційні недоліки, ігнорувати зазначені проблеми не можна. З огляду на глобальний характер Інтернету перед світовою спільнотою постають гострі проблеми суспільного, політичного, комерційного і юридичного значення.

Чинні правові режими не в змозі захистити авторське право у кіберпросторі такою ж мірою, як у матеріальному світі. Існують декілька чинників, що ускладнюють застосування авторсько-правового механізму в цій сфері. Головні з них такі: широке розповсюдження технологій швидкого і дешевого копіювання інформації; глобальний характер існуючих цифрових мереж, які не знають державних кордонів, дають змогу поширити твір (копії твору) серед мільйонів користувачів у всьому світі; існування серед широкого загалу думки, що некомерційне копіювання інформації в особистих цілях не є і не може бути протизаконним.

З метою пристосувати правові механізми для дії у цифровому просторі здійснено численні міжнародні ініціативи.

У 1996 р. представниками 160 країн у рамках Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) було розроблено Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (далі — ДАП), який набрав чинності 6 березня 2002 р. 20 вересня 2001 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право»¹. ДАП, з оглядом на специфіку використання авторських прав у нових цифрових технологіях, модернізує і доповнює головний з наявних нині документів у сфері авторського права — Бернську конвенцію з охорони літературних і художніх творів (далі — Бернська конвенція, що сьогодні означає Паризький акт від 24 липня 1971 р.)².

Слід коротко сказати про роль цієї конвенції у гармонізації законодавства з авторського права, оскільки вона вимагає від

¹ Див.: Інтелектуальна власність. — 2001. — № 11. — С. 81–85.

² Див.: Международные конвенции об авторском праве / Под ред. Э. П. Гаврилова. — М., 1982.

країн-учасниць ДАП прийняття мінімуму стандартів щодо внутрішнього регулювання авторських правовідносин, навіть якщо це певною мірою суперечить національним традиціям. Між цими традиціями існують іноді досить істотні розбіжності. В одних країнах охорону можуть одержати так звані «результати працелюбності» (твори, на які автор витратив час, кошти, зусилля), тоді як в інших необхідно, щоб твір було визнано результатом творчої праці. В деяких країнах дозволяється некомерційне копіювання в особистих цілях, в інших — це заборонено. Одні країни розглядають ефірне мовлення, звукозапис в одному правовому просторі з літературними творами, в інших — вони відокремлені і регулюються як об'єкти суміжних прав. Принциповий внесок Бернської конвенції у міжнародне авторське право полягає також у тому, що держави-учасниці ДАП повинні додержуватися принципу національного режиму, а відтак, надавати творах авторів-іноземців той же рівень правої охорони, який надається творах їх громадян¹.

Країни-учасниці ДАП повинні створити систему основних прав, які дозволяють суб'єктам авторського права контролювати і одержувати компенсацію за використання їх творів у цифровому середовищі. ДАП пояснює, що традиційне право на відтворення і винятки, що допускаються з цього права, повністю застосовуються у цифровому середовищі, зокрема щодо використання (в тому числі зберігання) твору в цифровій формі (ст. 1 (4)). Слід відзначити позитивний ефект цієї норми для судової практики України, пов'язаної із захистом авторських прав в Інтернеті. Так, Вищий господарський суд України у оглядовому листі від 14 січня 2002 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про інтелектуальну власність» зауважив, що розміщення в мережі Інтернет твору у вигляді, доступному для публічного використання, є його відтворенням і потребує дозволу особи, яка має авторське право. Редакція газети звернулася до суду з позовом про припинення порушення товариством з обмеженою відповідальністю майнових прав суб'єкта авторського права шляхом

¹ Певний внесок у врегулювання проблеми захисту прав авторів зробила Угода з аспектів прав інтелектуальної власності, пов'язаних з торгівлею (ТРИПВ), але вона теж фактично не спроможна скоротити перелік істотних розбіжностей в авторсько-правовому регулюванні різних країн.

розміщення в мережі Інтернет на сайті відповідача статті, опублікованої в газеті. Рішенням суду першої інстанції було відмовлено у задоволенні позовних вимог, постановою апеляційної інстанції рішення у справі залишено без зміни з посиланням на те, що розміщення матеріалу на сайті у мережі Інтернет не є використанням твору, оскільки воно не належить ні до відтворення, ні до публічного показу чи сповіщення твору, у зв'язку з чим не потребує дозволу особи, яка має авторське право. Не погоджуючись із судовими актами, редакція газети просила Вищий арбітражний суд України скасувати їх та задовольнити позовні вимоги з посиланням на те, що розміщення матеріалу (статті) в мережі Інтернет є його відтворенням у розумінні ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (в редакції Закону від 11 липня 2001 р., далі — Закон)¹, де сказано, що «відтворенням творів є виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер», а протизаконно відтворений відповідачем матеріал є статтею — літературним письмовим твором белетристичного характеру, який підлягає охороні згідно з преамбулою того ж Закону. Вищий арбітражний суд України дійшов висновку, що розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є їх відтворенням у розумінні ст. 1 Закону, в зв'язку з чим на таке розміщення творів поширюється дія ст. 15 Закону. Вчинення будь-якою особою дій, які порушують майнові права суб'єкта авторського права, визначені ст. 15 Закону, є порушенням авторського права, що дає підстави для судового захисту (п. «а» ст. 50 Закону).

Окремо судовою колегією Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов розглядалося питання (з цієї ж справи) про доведення факту неправомірного використання особою, до якої висуваються претензії. Суд встановив, що спірна публікація була розміщена не тільки на сайті відповідача, а ще й на декількох інших сайтах, тобто в численних загальнодоступних джерелах. При цьому не вказувалася особа, яка має авторські права. За таких умов суд дійшов висновку про відсутність безпосереднього зв'язку між публікацією спірної

¹ Див.: Інтелектуальна власність. — 2001. — № 8. — С. 64—81.

статті у газеті позивача та її розміщенням на сайті відповідача. Отже, як зазначено у постанові Вищого арбітражного суду України від 05 червня 2000 р. «Про питання захисту авторських прав в Інтернеті», порушення авторських прав саме відповідачем не є доведеним¹.

У коментарі з цієї справи зазначалось, що тут фактично йдеться про несанкціоноване використання інформації, яка належала певній особі, кількома іншими особами. Відсутність посилань на автора та інших вихідних даних під час відтворення цієї інформації відразу кількома особами на різних сайтах Інтернету вкрай ускладнює встановлення винного у порушенні авторських прав. Кожна з таких осіб могла посилатися на сайт іншої особи, яка раніше розмістила спірну статтю. За відсутності даних про автора це робить неможливим посилання на охорону авторських прав².

У зазначених фактах простежується наявність ще однієї проблеми використання об'єктів авторського права в Інтернеті — неможливість у значній кількості випадків ідентифікувати твір, автора твору, власника будь-якого права на твір або інформацію про умови використання твору. Всі вказані відомості, а також будь-які цифри або коди, в яких подана така інформація, якщо будь-яка з цих складових інформації додана до примірника твору або фігурує у зв'язку із розповсюдженням твору серед широкої публіки, складають поняття «інформація про управління правами». Цю проблему покликана вирішити ст. 12 ДАП, яка передбачає зобов'язання країн-учасниць розробити відповідні ефективні засоби юридичної відповідальності щодо будь-якої особи, яка свідомо чинить будь-які з таких дій: недозволене усунення або зміну будь-якої інформації про управління правами; недозволене поширення, імпортування для розповсюдження, передачу в ефір або розповсюдження серед широкої публіки творів чи примірників твору, знаючи, що в них без дозволу була усунена або змінена електронна інформація про управління правами. При цьому судовий орган повинен встановити, що особа, яка свідомо чинить зазначені вище дії, знала або мала належні підстави знати, що така дія буде спонукати, дозволяти, сприяти або приховувати порушення будь-якого права, перед-

¹ Див.: Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 2.

² Див.: Там само.

баченого ДАП або Бернською конвенцією. Вже зараз можна передбачити певні труднощі реалізації цієї норми. Оскільки дані про управління правами можуть змінюватися (наприклад, при переході прав від однієї особи до іншої), то через деякий час вони не відповідатимуть дійсному стану речей¹.

ДАП містить норму, що є новелою в авторсько-правових актах, яка передбачає відповідну правову охорону та ефективні засоби правового захисту від обходу існуючих технічних засобів, які вживаються авторами у зв'язку із застосуванням їх прав² (ст. 11). Це положення відоме під назвою «захист від обходу діючих технічних засобів» і вирішує проблему хакерського злону. Взагалі тема розробки і вжиття заходів технологічного характеру для захисту творів від протиправного використання і для знаходження порушників стає все більш актуальною. Діюча у США Біла книга авторського права пропонує на законодавчому рівні закріпити заборону виготовлення і продаж засобів і надання послуг, що виключно призначені для одержання доступу до авторських творів в обхід технологічних систем їх охорони.

Європа з багатьох напрямів вивчення і надання пропозицій щодо вирішення цих проблем займає провідне становище. Комісія Європейського співтовариства прийняла у травні 1995 р. «Зелену книгу авторського і суміжних прав у інформаційному суспільстві». Цим же органом були розроблені Директиви ЄС від 22 травня 2001 р. стосовно гармонізації авторських прав у мережі Інтернет. На думку європейських фахівців, українське законодавство з авторських і суміжних прав в цілому відповідає нормам цієї Директиви ЄС³, але перелік випадків вільного використання об'єктів авторського права без виплати винагороди автору в Україні більш широкий, ніж це передбачено Директивами ЄС, тому, на їх погляд, для досягнення мети гармонізації

¹ Якщо внести зміни до інформації про управління правами при зберіганні твору в цифровій формі у електронному засобі доволі легко, то об'єктивність поставленої інформації на кожному конкретному примірнику твору (тобто матеріальному об'єкті), на думку багатьох спеціалістів, є досить проблематичною.

² Такими технічними засобами є: шифрування сигналів, цифрові конверти, системи обліку передачі даних, цифрові «водяні знаки», а також інформація про управління правами з можливістю ліцензування творів у режимі он-лайн.

³ Див.: *Бондаренко А.* Интеллектуальная собственность — двигатель прогресса // *Юридическая практика.* — 2001. — № 39.

законодавстві у цій сфері бажано було б внести зміни до законодавства України. Ця вимога базується на статтях 50 і 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС (УПС), які зобов'язують Україну забезпечити захист прав інтелектуальної власності на рівні, аналогічному існуючому в ЄС, шляхом приведення національного законодавства в цій сфері у відповідність до законодавства країн-членів ЄС.

Вище вже говорилося про простоту здійснення користувачем Інтернету будь-яких операцій з інформацією, що охороняється авторським правом. Одним з наслідків цього є підвищення ролі окремих процесів, які раніше не мали якогось істотного значення. Так, за правилом п. 1 ст. 25 Закону дозволяється без дозволу автора (чи іншої особи, яка має авторське право) і без виплати авторської винагороди відтворювати виключно в особистих цілях або для звичайного кола сім'ї попередньо правомірно оприлюднені твори. Виняток зроблено лише для окремих груп творів, зокрема, не допускається репрографічне відтворення книг (повністю). Однак у сучасних умовах користування Інтернетом є можливим копіювання і використання в особистих цілях будь-якого твору (в повному обсязі) практично необмеженою кількістю відвідувачів сайтів без згоди автора (правовласника) і без виплати авторської винагороди¹. Як результат має місце порушення інтересів суб'єктів авторського права. Заходами щодо поліпшення ситуації є відповідне попередження відвідувачів сайту про умови використання інформації та відповідальність за їх порушення; створення стандартних договірних умов контрактів між користувачами і провайдерами Інтернету. Останнє відображає тенденцію «управління не через копіювання, а через відносини з клієнтом». Першим кроком на шляху реалізації цієї моделі мають стати ідентифікація і облік усіх потенційних користувачів Інтернету таким чином, щоб вони мали змогу працювати у режимі он-лайн тільки після укладення відповідних контрактів з оператором мережі та провайдером послуг².

Поряд з явними позитивними моментами наведеної моделі існує низка труднощів, головною з яких є тенденція у законо-

¹ Такі дії щодо приватного використання твору з точки зору навіть добросовісних користувачів видаються цілком природними.

² Див.: *Мережко А.* Международные деликты и киберпространство // Юридическая практика. — 2001. — № 43. — С. 7.

давстві різних країн звільнення провайдерів інтернет-послуг від відповідальності за порушення авторського права у кіберпросторі користувачами Інтернету (наприклад, у Німеччині).

Численні і різноманітні можливості Інтернету, його глобальний характер можуть використовуватися міжнародною комп'ютерною злочинністю, тож актуальним є питання про кримінальну відповідальність за порушення авторських прав у комп'ютерних мережах, її нормативну базу. Дії, спрямовані на припинення світової комп'ютерної злочинності, вже одержали конкретний результат. Комітетом експертів зі злочинності у кіберпросторі Ради Європи розроблено проект Конвенції про кіберзлочинність, який передано до Кабінету міністрів. Для визнання порушення авторських прав кримінальним злочином воно повинно бути здійснено свідомо, у комерційному розмірі та при застосуванні комп'ютерної системи.

З огляду на вищесказане слід підкреслити, що, всупереч висловлюваним іноді твердженням, Інтернет не існує в юридичному вакуумі. Поряд з юридичними засобам захисту об'єктів інтелектуальної власності в Інтернеті є також економічні і соціальні, проте вони так чи інакше спираються на юридичну основу, фундамент якої створюється нормами міжнародних договорів. Отже, приведення у відповідність з міжнародними актами національного законодавства України дозволить їй максимально зміцнити свої позиції у світовому співтоваристві інтелектуальної власності.

Надійшла до редколегії 10.04.02

*В. Тертишніков, член-кореспондент
АПрН України*

Деякі питання вдосконалення загальної частини проекту Цивільного процесуального кодексу України

Зміни у цивільному процесуальному законодавстві, які відбулися за «малою судовою реформою», безумовно, не знімають

завдання подальшого його вдосконалення. Тому увага практичних працівників і вчених прикута до проекту нового ЦПК України. В цілому проект ЦПК відображає зміни, що відбулися у законодавстві про судоустрій, цивільному, сімейному та інших галузях законодавства. Однак складність розробки ЦПК полягає в тому, що він повинен регулювати порядок захисту суб'єктивних прав, встановлених Цивільним, Сімейним, Кодексом законів про працю та іншими «матеріальними» кодексами, але у матеріальних галузях права ще не скрізь завершено процеси їх оновлення та вдосконалення. Тому й сталося так, що деякі положення проекту ЦПК є спірними або невдалими.

1. Положення проекту ЦПК про законодавство, що регулює цивільне судочинство

Стаття 1 проекту ЦПК встановлює, що порядок провадження в цивільних справах у судах України визначається Конституцією України, Законом України «Про судоустрій України», цим Кодексом та іншими законами України. У цьому переліку законів незрозумілою є пряма вказівка на Закон «Про судоустрій України», оскільки завданням його норм є регулювання організаційних, а не процесуальних відносин. Окремі правила цього Закону, які стосуються порядку процесуального провадження, не дають йому переваг у цьому плані перед іншими законами. Ще більш незрозумілим є положення цієї статті проекту ЦПК про те, що норми цивільного процесуального права, які містяться в інших законах, повинні відповідати положенням цього Кодексу. З цим не можна погодитися, оскільки особливе місце в ієрархії законів належить Конституції України та конституційним законам, а не окремо взятому галузевому закону. Тому слід виходити з того постулату, що цивільні процесуальні норми, в якому б законі вони не містилися, мають однакову юридичну силу, а тому повинні відповідати Конституції України, а не ЦПК України,

Проект ЦПК України (ст. 2) по-новому вирішує питання про завдання цивільного судочинства, визначивши їх через завдання законодавства про цивільне судочинство. Редакція цієї статті, як видається, потребує вдосконалення. По-перше, завданням законодавства має бути встановлення порядку розгляду і вирішення справ, а не його врегулювання, оскільки порядок якраз і є врегульованою нормами права діяльністю. По-дру-

ге, і це більш істотно, метою розгляду і вирішення справ має бути не забезпечення захисту, а захист порушених або оспоруваних прав і свобод. Викликає сумнів і редакція ч. 4 ст. 4 проекту, оскільки і у тих випадках, якщо певні органи користуються правом звертатися до суду на захист прав і свобод іншої особи, невизначеного кола осіб чи громадських інтересів, зазначене право є їх правом, а не засобом звертатися до суду тих осіб, про захист прав яких йдеться. До речі, невдалим є визначення способів судового захисту права (ст. 5 проекту), оскільки це завжди було завданням цивільного, а не процесуального права. Крім того, у цій статті допущена плутанина понять способів і шляхів захисту права та неповно визначені види проваджень, що, як видається, не відповідає Закону «Про судоустрій України», оскільки його ст. 22 передбачає таке повноваження загальних судів, як розгляд справ про адміністративні правопорушення.

2. Положення проекту ЦПК про принципи цивільного процесуального права

Проект ЦПК значною мірою відображає нові погляди і підходи вчених та практичних працівників (особливо суддів) щодо принципів об'єктивної істини та змагальності. В юридичній літературі все частіше зазначають, що раніше суд був зобов'язаний встановлювати дійсні обставини справи, а зараз такий обов'язок законом не передбачений, а тому в сучасних умовах принцип об'єктивної істини в цивільному судочинстві втратив своє значення. Такі погляди не безпідставні, оскільки ст. 15 чинного ЦПК та ст. 10 проекту ЦПК зобов'язують суд лише створювати необхідні умови для всебічного і повного з'ясування обставин справи, а ст. 15¹ чинного ЦПК та ст. 11 проекту ЦПК передбачають, що цивільна справа розглядається в межах заявлених вимог і *на підставі доказів, наданих особами, які беруть участь у справі* (виділено мною. — В. Т.). Однак в інших статтях проекту ЦПК прямо вказано про витребування судом доказів (ст. 93, ч. 3 ст. 135 та ін.). Як видається, останні із зазначених положень проекту ЦПК є більш правильними, оскільки не зводять дію принципів об'єктивної істини та змагальності лише до обставин і доказів, на які посилаються і надають суду особи, що беруть участь у справі.

Викликають сумнів деякі положення проекту ЦПК стосовно доказів і засобів доказування. В проекті цілком обґрунтованим є визначення доказів як будь-яких фактичних даних, але у

ч. 2 ст. 56 проект ЦПК відмовляється від таких засобів доказування, як пояснення сторін, третіх осіб, їх представників, а вони якраз і містять найбільшу кількість фактичних даних по справі, оскільки зазначені учасники справи більше ніж інші поінформовані про її обставини. Крім цього, в судовій практиці особливо цінним засобом доказування є визнання сторони. Тому ч. 1 ст. 59 проекту ЦПК вказує; що обставини (факти), котрі визнаються сторонами та іншими особами, які беруть, участь у справі, не доводяться. Проект ЦПК все ж визнає у статтях 56, 60 (в останній вони помилково названі доказами) пояснення сторін, третіх осіб, їх представників засобами доказування, але тільки в тому разі, коли вони допитані як свідки. Як видається, допит сторін, третіх осіб, їх представників як свідків суперечить головній zasadі цивільного судочинства — його диспозитивності.

Викликають деякі зауваження положення проекту ЦПК про принцип поєднання одноособового і колегіального розгляду цивільних справ. Так, ст. 14 проекту ЦПК стосовно розгляду справ по першій інстанції і в судах апеляційної інстанції не відповідає редакції ст. 13 Закону «Про судоустрій України». Значно знизилась тепер значення окремої думки судді при колегіальному розгляді справи: вона відіграє певну роль лише у разі оскарження колегіального рішення суду.

3. Положення проекту ЦПК про підвідомчість

Глава 3 проекту ЦПК України практично не визначає правил підвідомчості, але ці правила є конче потрібними судовій практиці, оскільки саме ці питання викликають великі труднощі. Правила, які містить ч. 1 ст. 22 проекту, практично ніяких критеріїв визначення підвідомчості конкретної справи не містять. Вельми спірним є і правило ст. 23 проекту, яке з незрозумілих причин не допускає об'єднання в одне провадження кількох пов'язаних між собою вимог, що підлягають розгляду в порядку різного судочинства. Це суперечить як принципу процесуальної економії, так і принципу доступності та оперативності судового захисту. Хоча господарські суди і входять зараз до системи судів загальної юрисдикції, але вони є спеціалізованими судами, а тому закон повинен встановлювати пріоритет підвідомчості загальних судів над підвідомчістю спеціалізованих.

4. Положення проекту ЦПК про осіб, які беруть участь у справі

Викликає зауваження перелік осіб, які беруть участь у справі. З незрозумілих причин ст. 25 проекту ЦПК не відносить до кола цих осіб прокурора. Це не є правильним ні з формальної точки зору (ст. 44 про участь прокурора у цивільному процесі включена до глави 4 ЦПК), ні з фактичної, оскільки підстави та форми його участі у цивільному судочинстві унеможливають невключення його до осіб, які беруть участь у справі. Певні недоліки притаманні ст. 30 проекту ЦПК про процесуальні права та обов'язки сторін. По-перше, вона містить нову і не зовсім прийнятну категорію: умови, з якими законодавство пов'язує можливість задоволення позову. По-друге, обов'язок виконати рішення, ухвалу суду покладається лише на відповідача. А як же бути з виконанням ухвали суду, якою затверджено мирову угоду сторін?

Проект ЦПК у ст. 32 з незрозумілих причин не передбачає заміну неналежного позивача, що є порушенням засад як диспозитивності, так і процесуальної економії та оперативності захисту прав. Незрозумілою є також заборона третім особам, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, вступати у справу пізніше ніж за десять днів до розгляду справи по суті, оскільки участь третіх осіб даного виду запобігає винесенню суперечливих рішень по різних справах, робить зручнішим розгляд кількох пов'язаних вимог в одній справі, дозволяє концентрувати доказовий матеріал в одному процесі. Не зовсім коректним є застосування проектом ЦПК поняття «законні представники». Інших представників не можна вважати незаконними.

Не зовсім вдалою є ч. 1 ст. 44 проекту ЦПК про участь у процесі прокурора, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та осіб, яким за законом надано право захищати права та свободи інших осіб. Зрозуміло, що право виступати у судовому судочинстві у двох формах (порушити справу і вступити в порушену іншою особою справу) має належати лише прокурору, органам державної влади та органам місцевого самоврядування.

Проект ЦПК України передбачає нову процесуальну фігуру — адвоката. Взагалі-то поняття «адвокат» є організаційним, а не процесуальним. У цивільному судочинстві він звичайно виступає представником сторін та третіх осіб, яким і потрібна правова допомога у здійсненні ними своїх прав. Цього представни-

ка процесуальне законодавство відносить до осіб, які беруть участь у справі. Адвокат, якого передбачає ст. 49 проекту ЦПК, навпаки, до осіб, які беруть участь у справі, не належить, але наділений правами, яким можуть позаздрити деякі з осіб, котрі беруть участь у справі.

Крім зазначеного, проект ЦПК у Загальній частині потребує в деяких випадках узгодження статей. Так, порівняння статей 126 та 127 свідчить про те, що підстави повернення заяви (ч. 2 ст. 126 проекту ЦПК) у ряді випадків є і підставами відмови у порушенні справи (ч. 2 от. 127 проекту ЦПК).

Наведене, як видається, є свідченням того, що проект ЦПК України потребує значних зусиль юридичної науки, судових органів, усіх юристів щодо його вдосконалення.

Надійшла до редколегії 15.03.02

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

М. Кучерявенко, доктор юридичних наук (НЮА України)

Правове регулювання податкового контролю

Податковий контроль, як і контроль узагалі, є спеціальним способом забезпечення законності. При цьому податковий контроль характеризується деякими особливостями. По-перше, це контроль не просто за сплатою податків і зборів, а й за додержанням фінансової дисципліни, пов'язаної зі сплатою податків і зборів. Адже до сфери діяльності контролюючих органів у цій галузі входять також аналіз правильності ведення податкового обліку, своєчасність податкової звітності. По-друге, для здійснення цього контролю створено систему спеціальних податкових органів і деякі з них наділені компетенцією, пов'язаною виключно з податковим контролем. По-третє, в основі податкового контролю лежать відносини влади і підпорядкування, що базуються на фіскальних функціях держави, особливістю яких є чітко виражений імперативний характер. По-четверте, податковий контроль є спеціальним контролем, в основі якого лежить не просто перевірка діяльності юридичних і фізичних осіб, а й виконання ними податкових обов'язків, і в цьому зв'язку може зачіпатися й аналіз їх діяльності. По-п'яте, податковому контролю притаманний активний характер і він не зв'язаний пасивною поведінкою контролюючих суб'єктів.

Податковим контролем є спеціальний державний контроль, який становить собою діяльність податкових органів та їх посадових осіб з перевірки виконання вимог податкового законодавства особами, що реалізують податкові обов'язки або забезпечують цю реалізацію.

Завданням податкового контролю є забезпечення економічної безпеки держави при формуванні централізованих державних грошових фондів за рахунок податкових надходжень.

Зміст податкового контролю включає¹: 1) спостереження за діяльністю контролюючих суб'єктів; 2) аналіз одержаної інформації, тенденцій, що намітилися, вироблення прогнозів; 3) вживання заходів щодо попередження порушень законності та дисципліни; 4) облік конкретних правопорушень, аналіз їх причин і обставин; 5) припинення протиправної діяльності; 6) виявлення винних у вчиненні податкових правопорушень (як платників податків, так і працівників податкових органів) і притягнення їх до відповідальності.

Види податкового контролю класифікуються за декількома підставами.

I. За суб'єктами, що здійснюють контрольні функції:

1) державний — податковий контроль, здійснюваний державними органами. В цьому випадку органи, що здійснюють податковий контроль, поділяються на:

— органи загальної компетенції (такі, що здійснюють податковий контроль поряд зі своєю основною діяльністю);

— органи спеціальної компетенції (створені спеціально для здійснення податкового контролю — податкові адміністрації (інспекції), податкова міліція);

2) незалежний — податковий контроль, здійснюваний аудиторськими чи громадськими організаціями.

II. За строками здійснення контролю:

1) оперативний — податковий контроль, здійснюваний у межах звітного періоду на підставі кількісних і якісних показників контрольованої операції;

2) періодичний — податковий контроль, здійснюваний після закінчення звітного періоду на підставі аналізу документів звітності та інших джерел.

III. За джерелами контролю:

1) документальний — податковий контроль, здійснюваний на підставі аналізу документів, що відображають показники контрольованого об'єкта або діяльності суб'єктів. Періодичність проведення планових документальних перевірок, як правило, не частіше одного разу на рік, перевірка здійснюється комплексно. Документальні перевірки за вимогою правоохо-

¹ Див. докладніше: Коментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. А. В. Брызгалина. — М., 1999. — С. 232–233.

ронних органів, зустрічні перевірки, перевірки з питань своєчасності сплати платежів до бюджету або відшкодування з бюджету проводяться в міру необхідності (листи Державної податкової адміністрації України «Про проведення документальних перевірок» від 3 лютого 1998 р. № 10-10/10123-122 та «Про проведення документальних перевірок суб'єктів підприємницької діяльності» від 10 лютого 1998 р. № 1228/11/23-1215);

2) фактичний — податковий контроль, здійснюваний на підставі фактичного аналізу контрольованого об'єкта або діяльності контрольованих суб'єктів (наприклад, обстеження, обмірювання, перерахування, зважування контрольної закупівлі і т. д.).

Податковий контроль припускає кілька методів.

А. Здійснення обліку платників податків (ці питання порушені при характеристиці правового становища платника податків).

Б. Здійснення податкової перевірки.

В. Обстеження територій і приміщень, де можуть знаходитися об'єкти, що підлягають оподаткуванню або використовуються для одержання об'єктів оподаткування.

Основним методом податкового контролю є податкова перевірка. Серед основних прав Державної податкової служби виділено права податкових органів на здійснення перевірки грошових документів, бухгалтерських книг, звітів, кошторисів, декларацій та інших документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою податкових платежів.

Податкова перевірка становить собою діяльність податкових органів (або, у деяких випадках, аудиторських, громадських організацій) з аналізу і дослідження первинної облікової та звітної документації, пов'язаної зі сплатою податкових платежів, з метою перевірки своєчасної та повної сплати податків і зборів, правильного ведення податкового обліку, обчислення сум податкових платежів, здійснення податкової звітності.

Проведення податкових перевірок регулюється Законом України від 14 грудня 1990 р. «Про Державну податкову службу в Україні» (зі змінами і доповненнями); Інструкцією про порядок застосування і стягнення сум штрафних (фінансових) санкцій органами Державної податкової служби, затвердженою наказом ДПАУ від 17 березня 2001 р. № 110; Інструкцією про порядок нарахування і погашення пені, затвердженою наказом

ДПАУ від 1 березня 2001 р. № 77; листами Державної податкової адміністрації України «Про проведення перевірок» від 28 березня 1996 р. № 16-111/10-2153, «Про перелік платежів і розмір пені» від 14 березня 1997 р. № 19-0211/10-1862, «Про проведення документальних перевірок» від 3 лютого 1998 р. № 10-10/10123-122, «Про проведення документальних перевірок суб'єктів підприємницької діяльності» від 10 лютого 1998 р. № 1228/11/23-1215 та іншими нормативними актами.

Податкова перевірка може бути проведена на одній з таких підстав: 1) за наявності відомостей, які дозволяють припустити, що платник податку приховує об'єкт оподаткування; 2) за наявності факту невідповідності декларованих платником податку доходів і витрат з його фактичними доходами і витратами; 3) за наявності відомостей про приріст об'єкта оподаткування, якщо це не має документального підтвердження; 4) у разі неподання у відповідний строк податкової декларації або інших документів, необхідних для визначення податкового обов'язку; 5) за наявності порушень під час останньої податкової перевірки; 6) в разі реорганізації або ліквідації підприємств чи організацій.

Об'єктом податкової перевірки є грошові документи, бухгалтерські книги, звіти, кошториси, декларації, товарно-касові книги, показники електронно-касових апаратів і комп'ютерних систем, що використовуються для розрахунків за готівку з споживачами, та інші документи, незалежно від способу надання інформації, пов'язані з обчисленням і сплатою податків і зборів, свідоцтво про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, спеціальні дозволи на її здійснення.

Суб'єктами податкових перевірок є підприємства, установи, організації будь-якої форми власності, спільні підприємства (як такі, що здійснюють підприємницьку діяльність, так і такі, що не здійснюють її), фізичні особи (громадяни України, іноземці та особи без громадянства).

Видами податкових перевірок є такі.

1. Камеральна — податкова перевірка, проведена за місцем знаходження податкового органу в момент здавання платником податків звітних документів і податкових розрахунків на підставі відомостей, що містяться в них, а також відомостей, що є в документах, які знаходяться в податкових органах і відображають відомості про діяльність і майно платників податків і зборів.

При здійсненні камеральних перевірок в основному перевіряються правильність заповнення декларацій і звітів, правомірність використання податкових пільг, відповідність звітних показників. За підсумками проведення камеральної перевірки можуть бути застосовані санкції або здійснено донарахування податку. Платник податків чи податковий агент зобов'язаний давати пояснення, надавати додаткові відомості і документи в ході камеральної перевірки, але тільки такі, які містять відомості, що підтверджують правильність і своєчасність обчислення і сплати податків і зборів.

2. Виїзна — податкова перевірка, здійснювана за місцем знаходження платника податків або об'єкта податкового контролю на підставі даних податкових декларацій та існуючих у податкових органах документів і відомостей про діяльність і майно платника податків і зборів, а також одержаних у нього документів і відомостей.

Підставою для проведення виїзної податкової перевірки є рішення керівника податкового органу. Проводиться вона в основному за місцем здійснення платником податків діяльності, результати якої (або вона сама) служать підставою для виникнення податкового обов'язку. Виїзна податкова перевірка може проводитися не частіше одного разу на рік.

Працівники податкових інспекцій, починаючи перевірку, повинні пред'явити свої службові посвідчення керівникам платників податків, що перевіряються, посвідчення на перевірку кожного працівника, який бере участь в оперативних перевірках суб'єктів підприємницької діяльності. Працівники без належно оформленого посвідчення на перевірку не мають права брати участь у перевірках. Посвідчення на перевірку є дійсним на час, зазначений у ньому. У випадках, коли перевірка проводиться за межами свого району, працівники податкових інспекцій додатково мусять пред'являти посвідчення на перевірку платників податків із зазначенням найменування району (області), де здійснюватиметься перевірка (лист Державної податкової адміністрації України «Про проведення перевірок» від 28 березня 1996 р. № 16-111/10-2153; розпорядження Державної податкової адміністрації України «Про посвідчення на перевірку» від 20 травня 1997 р. № 89-р).

3. Комплексна — податкова перевірка, здійснювана стосовно додержання податкового законодавства в цілому. У цьому

разі перевіряються всі документи і бухгалтерські записи від дати попередньої перевірки до поточного моменту, а за необхідності — і за більш тривалий період.

4. Тематична — податкова перевірка, здійснювана стосовно додержання окремих норм податкового законодавства. При такій перевірці аналізується частина первинних документів за певний проміжок часу (місяць чи більше). Якщо в ході тематичної перевірки будуть виявлені серйозні порушення податкового законодавства, то це може послужити причиною проведення комплексної податкової перевірки.

5. Зустрічна — податкова перевірка, що здійснюється як частина камеральної або виїзної і полягає в зіставленні відомостей, підтверджених документально, про діяльність контролюваної особи і наявних в інших осіб з відомостями, відображеними в документах самого платника податків.

6. Повторна — вторинна перевірка податковим органом обов'язків платника податків, що впливають зі сплати податків і зборів. Повторна податкова перевірка допускається при реорганізації або ліквідації організації — платника податків, а також у порядку контролю вищестоящого податкового органу за податковим органом, що проводив податкову перевірку.

7. Формальна — податкова перевірка, здійснювана з метою аналізу правильності заповнення реквізитів у документах (відсутність виправлень, підчищень, дописок, дійсність підписів).

8. Арифметична — податкова перевірка, здійснювана з метою аналізу правильності підрахунків і обчислень в облікових і звітних документах платників податків.

За підсумками податкової перевірки посадова особа податкового органу складає акти встановленої форми. У разі виявлення ознак податкового правопорушення, передбаченого податковим законодавством, складається протокол установленої форми про податкове правопорушення. Акт податкової перевірки підписується особами, що брали участь у проведенні перевірки. У разі незгоди з фактами, викладеними в акті податкової перевірки, платник податків може підписати акт із зазначенням заперечень або не підписувати його. Якщо платник податків відмовляється підписувати акт податкової перевірки, то про це робиться відповідна відмітка в акті.

Виявлені порушення відображаються в акті по кожному виду порушень з відповідними розрахунками і, у разі потреби,

документами. Завершується акт звичайно пропозиціями щодо усунення виявлених порушень і зазначенням строків щодо сплати донарахованих податків. Акт, як правило, складається в двох примірниках з усіма додатками. Перший примірник залишається в податковій інспекції, другий вручається керівнику і головному бухгалтеру підприємства.

В разі відсутності порушень податкового законодавства в ході податкової перевірки складається довідка із зазначенням необхідних відомостей (найменування підприємства, дата перевірки, період перевірки, положення, що перевіряються, тощо). Довідка підписується посадовою особою податкової інспекції, керівником і головним бухгалтером підприємства.

Рішення про застосування фінансових санкцій приймається не пізніше 10 днів із дня складання акта перевірки (ст. 11 Закону України «Про Державну податкову службу в Україні»). При цьому фінансові санкції за результатами документальних перевірок застосовуються в розмірах, передбачених законодавчими актами, що діють на дату завершення таких перевірок або ревізій.

Надійшла до редколегії 15.12.01

М. Орлов, доцент Таврійського
національного університету

Проблеми захисту природних прав людини і юридичних осіб у сфері екології

В Україні права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля закріплено в ст. 50 Конституції, згідно з якою кожен має право на відшкодування заподіяної порушенням цього права шкоди. Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. За змістом даної статті в ній закріплено декілька видів суб'єктивних прав: право на безпечне для життя і здоров'я довкілля; право на відшкодування заподіяної порушенням цього права шкоди; право на достовірну екологічну інформацію про стан навколишнього середовища; право на екологічно безпечні харчові продукти і предмети побуту. Всі вказані права належать до природно-невід'ємних суб'єктивних прав. Між цими правами існує тісний взаємозв'язок, зокрема для здійснення права на безпечне довкілля потрібно знати його якісний стан, а це в свою чергу зумовлює необхідність одержання інформації про стан довкілля, якість продуктів харчування, предметів побуту. В сукупності реалізація цих прав сприяє здійсненню права на життя і тому вони є природними правами, невід'ємними від життєдіяльності громадян незалежно від правового закріплення.

Крім природно-невід'ємних суб'єктивних прав є й інші, закріплені в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» (ст. 9) у вигляді екологічних прав громадян України.

За цим Законом громадяни мають право, крім прав, зазначених у Конституції, брати участь в обговоренні проектів законодавчих актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва і ре-

конструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан довкілля, і вносити відповідні пропозиції в державні і господарські органи; брати участь у розробці і здійсненні заходів щодо охорони довкілля, раціонального і комплексного використання природних ресурсів; здійснювати загальне і спеціальне використання природних ресурсів та ін.

Слід відзначити, що в деяких підручниках з теорії держави і права дається неповне визначення екологічних прав. Під ними розуміють можливості (свободи) людини користуватися довкіллям як природним середовищем проживання. На наш погляд, у такому визначенні екологічних прав людини не враховані положення ст. 66 Конституції України, де відзначається, що кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, відшкодовувати завдані ним збитки. Це пов'язане з тим, що людина, реалізуючи деякі свої екологічні права, неминуче впливає на стан природних геосистем, особливо при спеціальному використанні природних ресурсів. Якщо такий вплив є результатом ігнорування законів природи і чинного законодавства, то це неминуче заподіює шкоду довкіллю, майновим інтересам інших суб'єктів права (громадянам, юридичним особам, суспільству або державі), яка підлягає відшкодуванню. При застосуванні принципу верховенства права зазначені особливості повинні враховуватися в процесі реалізації громадянами своїх екологічних прав.

Загальні положення про верховенство права повною мірою застосовуються і в рамках чинності Закону України від 16 жовтня 1992 р. «Про охорону атмосферного повітря», яким встановлено, що за порушення прав громадян на екологічний безпечний стан атмосферного повітря застосовуються відповідні санкції (ст. 44). Тим часом у самому Законі це право не передбачено. Важко припустити, чим це зумовлено: редакційними погрішностями чи тим, що в Законі «Про охорону навколишнього природного середовища» закріплено право громадян на безпечне для їх життя і здоров'я навколишнє природне середовище (ст. 9). Але навіть якщо припустити, що в жодному законі не закріплено право громадян на екологічно безпечний стан атмосферного повітря, все одно в реальному житті таке право існує, бо воно є природним і невід'ємним правом громадян. Атмосферне повітря як найважливіший елемент єдиної екологічної системи забезпечує життєдіяльність людини. Фахівці визначили, що

людина без атмосферного повітря може існувати 5–7 хвилин. Тому принцип верховенства права має життєво важливе значення для захисту екологічних прав громадян, юридичних осіб, що чітко не зазначені в законі або взагалі будуть відсутні в ньому, але фактично існують. Правовою основою такого захисту є ст. 8 Конституції, оскільки вона є нормою прямої дії.

Право громадян на безпечне атмосферне повітря і взагалі на безпечне довкілля певною мірою забезпечує реалізацію громадянами невід'ємного права на життя (ст. 27 Конституції). Таке право можна реалізувати за наявності існування сукупності об'єктивних і суб'єктивних умов. До таких умов можна віднести нормальний екологічний стан довкілля. Доведено, що життя і здоров'я людей передусім залежать від стану довкілля¹. Поза всяким сумнівом, реалізація права на життя залежить і від інших умов життєдіяльності людини: охорони здоров'я, якісного харчування, житлових умов, пенсії, допомоги, нормальних комунально-побутових умов. Іншими словами, це широкоаспектне природне, невід'ємне суб'єктивне право, і в усіх випадках воно пов'язане з довкіллям.

Важливе значення для визнання верховенства права в сфері екології мають поняття «якісний стан довкілля» і «екологічні нормативи викидів забруднюючих речовин у довкілля». В законодавстві, хоча й дуже рідко, вживається поняття «якість довкілля». Визнається необхідність його існування і в літературі. В Законі «Про охорону навколишнього природного середовища» це поняття не вживається, хоча саме в ньому слід було його закріпити хоча б у загальних рисах, дати зразкове диференціювання цього поняття, що стимулювало б усіх соціальних суб'єктів до належного додержання екологічних вимог. У статтях 36–43 Закону України від 9 лютого 1995 р. «Про екологічну експертизу» все ж вживається поняття якості стану навколишнього середовища. В Основних напрямках державної екологічної політики також застосовується поняття нормативів якісного стану природних ресурсів (п. 33). Видається, що проблема якісного стану довкілля зараз набуває особливої актуальності. Невипадково в Основних напрямках екологічна ситуація в Україні визнається кризовою (п. 1). У літературі цілком обґрунтовано стверджуєть-

¹ Див.: Перестройка: гласность, демократия, социализм, экологическая альтернатива. – М., 1990. – С. 759.

ся про існування поняття якості стану довкілля¹. Отже, можна говорити, що поняття якості стану довкілля має право на існування, тому виникла потреба в законодавчому закріпленні цього поняття і основних різновидів цієї якості. Можна запропонувати таку класифікацію якості довкілля: чисте; сприятливе; безпечне для життя і здоров'я людей; забруднююче понад екологічні нормативи; небезпечне для життя і здоров'я людей і природи. Зрозуміло, це примірний перелік різновидів якісного стану довкілля. Можливі й інші види його якості з іншою назвою.

Зараз існують розроблені компетентними державними органами нормативи викидів, що забруднюють довкілля. Вони розраховані на те, що викид забруднюючих речовин у навколишнє середовище має бути допустимим у певних межах, встановлених екологічними нормативами, а їх викиди (скиди) не повинні становити небезпеки для життя і здоров'я людей і природи. Фахівці дійшли висновку, що саме довкілля об'єктивно самоочищується за законами природи, якщо його забруднення відбувається в допустимих межах, визначених у нормативах, з урахуванням характеристики кожного природного об'єкта, ступеня шкідливості та іншого характеру. Екологічні нормативи викидів у навколишнє середовище набувають юридичного значення після затвердження їх компетентними державними органами і можуть використовуватися правозастосовними органами для вирішення виникаючих конфліктів (спорів). У процесі їх вирішення визначається ступінь вини сторін конфлікту і захищаються порушені права громадян та юридичних осіб. Форми захисту їх прав визначено законодавством.

Недоліки їх застосування полягають у тому, що, ніким не відзначені, вони іноді відстають від реального життя. Наприклад, екологічною експертизою встановлено, що існуючі нормативи підлягають зміні з урахуванням нових досягнень вітчизняної і зарубіжної практики. У цьому разі ми маємо справу з відставанням законодавства від наукових досягнень. Закріплені норми права стають несправедливими, тим часом закон має бути справедливим і прагнути до досягнення істинної, а не формальної

¹ Див.: *Петров В. В.* Экология и право. — М., 1981. — С. 23—40; *його ж.* Экологическое право России. — М., 1996. — С. 196—215; Государственно-правовое управление качеством прибрежных вод морей / Под ред. А. В. Сурилова. — Київ; Одеса, 1986 та ін.

правди. В екологічному законодавстві правильно встановлюється періодичність оновлення нормативних викидів (скидів) забруднюючих речовин у навколишнє середовище. На практиці нерідко трапляються випадки відставання такого оновлення. Звичайно право в такому разі ніби поспіває за життєвою дійсністю і у цьому разі воно прогресивніше за позитивне право. В таких випадках має визнаватися і діяти принцип верховенства права, застосування ж чинного законодавства було б несправедливим стосовно соціальних суб'єктів права. Певно, цей принцип повинен діяти тільки тоді, коли є всі підстави для висновку про те, що законодавство в якійсь своїй частині відстало, застаріло або взагалі не передбачає захисту прав соціального суб'єкта.

При розгляді конфліктів у суді або іншому правозастосовному органі принцип верховенства права має бути достатньо обґрунтованим з урахуванням усієї сукупності життєвих умов і змісту екологічних нормативів, заснованих на останніх досягненнях науки, технології конкретного виробництва. Тільки після точного з'ясування того, в чому проявляється недосконалість законодавства, слід застосовувати принцип верховенства права. Поспішність його застосування може призвести до дискредитації цього принципу, покликаною забезпечувати досягнення справедливості у вирішенні спору. Зараз принцип верховенства права набув особливої значущості, бо дуже багато приймається законів і підзаконних нормативних актів, що регулюють різноманітні види екологічних відносин, дефективність яких проявляється в процесі правозастосування. Тому важливо використовувати всю систему засобів, що забезпечують прийняття нормативно-правових актів, які враховують досягнення науки і техніки, їх обґрунтованість має бути підтверджено висновками екологічної експертизи і контролюючих органів, результатами аудиторської перевірки, даними екологічного моніторингу, ліцензійними документами тощо. Такий підхід до законодавства дозволить користуватися принципом верховенства права і різко зменшити вплив на нього вольової ознаки, що ґрунтується в основному тільки на світогляді соціальних суб'єктів без урахування інших об'єктивних і суб'єктивних чинників. Екологічні правовідносини в сфері охорони довкілля є особливо складними за своїм змістом. Об'єктами їх наукових досліджень має виступати саме зв'язок між окремими

правовими явищами, а також між ними і тими суспільними відносинами, з якими вони взаємодіють. Мета таких досліджень — виявлення ступеня розбіжності права з реальною дійсністю, що підлягає регулюванню, встановлення причин існуючих суперечностей, визначення оптимальних правових засобів розв'язання останніх. Тільки після цього компетентним органам слід вносити зміни і доповнення до чинного екологічного законодавства з використанням принципу верховенства права.

З огляду на викладене можна зробити такі висновки: право на здорове і безпечне довкілля слід використовувати як верховенство права при розв'язанні суперечностей між вимогами чинного закону і природними екологічними правами людини, з яких право на здорове і безпечне довкілля «інтегрує в собі риси індивідуальних і колективних прав людини в тому сенсі, що носіями соціальної активності в охороні довкілля є громадяни. Інтерес кожного з них окремо і всіх разом до власного екологічного благополуччя очевидний, але свої права на це благополуччя громадяни можуть реалізувати здебільшого в складі суспільних екологічних об'єднань»¹.

Природні права людини у сфері екології не зафіксовані як самостійні норми в Загальній декларації прав людини, проголошеній в 1948 р. Генеральною Асамблеєю ООН. Їх закріплення в міжнародному праві, по суті, здійснюється тільки в останні три десятиріччя. Особливу роль у цьому зіграли конференції ООН у галузі охорони довкілля 1972 і 1992 років, а також Всесвітня хартія природи 1982 р., схвалена Генеральною Асамблеєю ООН. Цими міжнародними документами закріплюється право кожної людини на здорове плідне життя в гармонії з природою і передбачається пріоритет екологічних прав та інтересів людини в процесі безперервного соціально-економічного розвитку. Завдяки цьому підкреслюється, що подальший розвиток людства можливий при постійній увазі до проблеми прав людини як індивіда і як члена людського суспільства, а екологічні права людини розглядаються водночас як індивідуальні й колективні в їх взаємозв'язку.

Звідси випливає важливий висновок: кожний член суспільства або окремі його колективи для реалізації своїх екологічних

¹ Балащенко С. А., Макарова Т. И. Международно-правовая охрана окружающей среды и права человека. — Минск, 1999. — С. 23.

прав повинні мати право знати про стан довкілля, в якому вони здійснюють свою життєдіяльність. Одержати такі відомості можна тільки за наявності доступу до екологічно значущої інформації та участі громадськості в прийнятті рішень, що торкаються проблеми довкілля.

Право громадян на екологічну інформацію закріплено Конвенцією про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя в питаннях, що стосуються довкілля. Конвенція була прийнята під егідою Економічної та Соціальної Ради ООН на IV Конференції Комітету екологічної політики Європейської економічної комісії 23–25 червня 1998 р. у м. Оргус (Данія). Україна її ратифікувала в 1999 р.

Мета Конвенції — сприяти захисту прав кожної людини нинішніх і майбутніх поколінь жити в довкіллі, сприятливому для здоров'я і благополуччя. Держави, які підписали Конвенцію, гарантують право на доступ до інформації, участь громадськості в прийнятті рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (ст. 1).

Для досягнення мети Конвенції кожна з держав, які підписали її, повинна прагнути до забезпечення умов, за яких службові особи та державні органи зобов'язані надавати громадянам і громадськості не тільки необхідну екологічно значущу інформацію, а й допомагати їм орієнтуватися в ній, а також сприяти залученню їх до процесу прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля (п. 2 ст. 3).

В Конвенції розроблено значущі для екологічних прав громадян поняття, такі як «екологічна інформація», «доступ до екологічної інформації», врегульовано умови доступу до екологічної інформації. Так, згідно з п. 3 ст. 2 Конвенції екологічна інформація означає будь-яку інформацію в письмовій, аудіовізуальній, електронній або будь-якій іншій матеріальній формі про:

а) стан елементів довкілля, таких як повітря і атмосфера, вода, ґрунт, ландшафт і природні об'єкти, біологічні різновиди та їх компоненти, включаючи генетичні видозміннені організми і взаємодію між названими складовими;

б) фактори, такі як речовини, енергія, шум і випромінювання, а також дії та заходи, включаючи адміністративні заходи у сфері довкілля, політиці, законодавстві, планах і програмах, що справляють або можуть справити вплив на стан елементів дов-

кілля, зазначених в п. а, аналіз витрат, результатів і будь-який інший економічний аналіз, використаний в процесі прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля;

с) стан здоров'я і безпеки людей, умови життя людей, стан культурних об'єктів і споруд в тій мірі, в якій на них впливає або може впливати стан елементів довкілля, або через ці елементи, чинники, діяльність або заходи, зазначені в п. б.

Статті 4, 5 Конвенції регулюють умови збирання і поширення екологічної інформації: державні органи у відповідь на запитання про екологічну інформацію надають громадськості таку інформацію в рамках національного законодавства, включаючи копії фактичних документів, що містять або охоплюють цю інформацію.

В Конвенції також врегульовано участь громадськості в прийнятті рішень, що стосуються окремих видів діяльності; в питаннях розробки планів, програм і політичних документів, що стосуються довкілля, в підготовці виконавчих положень та (або) нормативних актів, обов'язкових до виконання (статті 6–8 Конвенції).

Згідно зі ст. 9 Конвенції держави, які підписали Конвенцію, гарантують доступ до процедури розгляду рішення про відмову в екологічній інформації в суді або іншому незалежному органі відповідно до закону.

Законодавством України про доступ громадян до екологічної інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя в питаннях, що стосуються довкілля, перебуває в стадії формування і вимагає приведення його у відповідність з положеннями Конвенції. Це викликано тим, що відсутня чітка правова регламентація одержання, оброблення, зберігання і обміну інформацією між зацікавленими державними відомствами. Державні органи, не маючи повної інформації про стан довкілля, не можуть відповідно довести її до громадян і громадськості. В свою чергу останні, не маючи доступу до архіву державних відомств і джерел державної статистичної інформації, змушені задовольнятися тією інформацією про стан довкілля конкретної місцевості або регіону, яку їм надають державні органи. Практично це лише короткі звіти про заяви службових осіб, зроблені ними публічно і передані засобами масової інформації.

В різних законодавчих актах України право громадян на одержання екологічної інформації визначено неоднозначно.

Якщо ст. 50 Конституції гарантується кожному право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення, то за ст. 25 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» така інформація може бути надана зацікавленим органам і громадянам. При цьому порядок їх інформування покладено на Кабінет Міністрів України, який зобов'язаний своєю постановою його визначити.

Досить значним кроком уперед у розв'язанні проблеми правового регулювання доступу громадян до екологічно значущої інформації є частини третя і четверта ст. 6 Закону України «Про державну таємницю». Ними забороняється замовчувати не тільки таку інформацію, а й таку, яка впливає із смислу закону, а також таку, яка стосується державних органів, органів місцевого і регіонального самоврядування і службових осіб, що неправомірно закрили її від громадськості. Разом з тим поки що практично не існує нормативних актів, що зобов'язують певних службових осіб і державні органи, не говорячи вже про громадян, надавати громадськості необхідну екологічну інформацію. В свою чергу адміністративні, кримінальні або дисциплінарні покарання можуть застосовуватися тільки в тому разі, якщо закон ясно і неоднозначно накладе обов'язки щодо видачі екологічної інформації на конкретних службових осіб та (або) на певні державні органи.

Захист громадянами своїх екологічних прав у судовому порядку за законодавством України формально визначений. В реальній же дійсності їх реалізація пов'язана з труднощами збирання процесуально визнаних доказів порушення цих прав і пред'явлення по них позовних заяв у суд. Як показує практика інших країн, такі позовні заяви подають в основному громадські організації, оскільки складні питання доказування забруднення довкілля і виявлення винних вимагають спеціальних знань і об'єднання зусиль експертів, включаючи правознавців. Складність доказування позовних вимог посилюється тією обставиною, що громадські організації не завжди володіють надійними даними приладних замірів про концентрацію шкідливих речовин або про рівень шуму і вібрації тощо, державні наглядові органи часто легко доводять, що подані позивачами вимоги одержані або інтерпретовані не за правилами. Щоб подолати таке становище, необхідно мати в країні незалежну екологічну експертизу і експертів з титулом екологічних аудиторів. У цивільному проце-

суальному плані це означає, що висновок такої експертизи і застосовувані нею засоби дослідження приймаються за вірогідні, доки інша сторона не доведе зворотного¹.

У зв'язку з цим велике значення має п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». Згідно з ним у разі, якщо сторони не в змозі зібрати додаткові докази, а без них правильно вирішити справу неможливо, суд за клопотанням сторін сам може витребувати такі докази.

Закон України від 2 жовтня 1996 р. «Про звернення громадян» дозволяє громадянам (групі громадян) відстоювати свої права і законні інтереси, в тому числі екологічні, минаючи судові інстанції, шляхом подання скарги на дії або рішення органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, об'єднання громадян, засобів масової інформації, службової особи.

Громадянин може подати скаргу особисто або через уповноважену на це особу і має право: знайомитися з матеріалами перевірки, користуватися послугами адвокатів або представника трудового колективу, організації, що здійснюють правозахисну функцію, оформивши на це повноваження у встановленому законом порядку, вимагати відшкодування шкоди, якщо вона стала результатом порушень встановленого порядку розгляду звернень, та ін.

Закон забороняє надсилати скарги громадян на розгляд тим органам чи службовим особам, дії або рішення яких оскаржуються (ч. 4 ст. 7). Забороняється переслідування громадян і членів їх сімей за подання в органи державної влади, органи місцевого самоврядування, на підприємства, в установи, організації, незалежно від форм власності, об'єднання громадян, службовим особам за критику в зверненнях їх діяльності і рішень (ст. 9). Не допускається розголошення одержаних із повідомлень відомостей про особисте життя громадян без їх згоди (ст. 10).

Якщо незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень громадянам завдана шкода, то вона відшкодовується за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування.

¹ Див.: Ларионов Г. А. Общественный экологический контроль // Государство и право. — 1986. — № 2. — С. 71.

Незважаючи на такі широкі права громадян, встановлені чинним законодавством України, по захисту ними своїх екологічних інтересів, реалізувати їх все ж таки важко через відсутність у більшості з них достатніх правових знань. Громадянам доводиться звертатися за допомогою або до громадських екологічних формувань, або до адвокатів. Але тоді виникає питання: хто буде нести судові витрати? В умовах низького рівня життя населення України навряд чи громадяни спроможні оплатити їх з власних коштів. У цьому разі державі доведеться брати на себе розв'язання цієї проблеми, використовуючи досвід інших країн.

Так, у США інформацію про стан довкілля може одержати будь-який громадянин, і відмовити йому можуть тільки в тому разі, якщо відомості становлять державну таємницю. Якщо ж підприємство забарилося з доповіддю про шкідливий вплив на довкілля, то за кожний день прострочення на нього накладається штраф у розмірі 25 тис. доларів. Громадянин, який виявив порушення, що завдало шкоди довкіллю, одержує від держави до 10 тис. доларів, а у разі задоволення заявленого ним до суду позову на захист природи, одержує до 20% суми позову. Причому приблизно одна третя частина грошей виплачується адвокату, який виграв справу. Шкода стягується судом із заподіювача шкоди в трикратному розмірі. Якщо позов на захист довкілля подає громадська організація, то держава сплачує їй послуги адвоката, а якщо громадськість виграє справу, то судові витрати стягуються з винної сторони¹.

На закінчення слід відмітити, що в статті викладено в найзагальніших рисах деякі елементи верховенства права. Відомо, що загальні положення верховенства права розробляються загальною теорією права. Для розв'язання зазначених проблем, пов'язаних з визначенням змісту верховенства права при захисті екологічних прав громадян, потрібні спеціальні дослідження на рівні монографій і дисертацій. Певно, в майбутньому це буде зроблене. Нами ж вони розглядаються в тій їх частині, яка дозволяє відповісти на питання: як реалізація принципу верховенства права може забезпечити юридичну гарантію захисту прав громадян і юридичних осіб в галузі охорони довкілля?

Надійшла до редколегії 10.01.02

¹ Див.: Веселов А. Когда человек срубит последнее дерево // Зеленый мир. – 1997. – № 4. – С. 7; Ричард А. Строул, Джейн С. Шоу. Частное предпринимательство и окружающая среда // Там само. – 1992. – № 17–18. – С. 10–11.

ПРОБЛЕМИ ФІЛОСОФІЇ І ЛОГІКИ ПРАВА

С. Максимов, доцент НЮА України

Структура правової реальності: феноменологічний аналіз

Право є складним багатогранним феноменом, що має різноманітні аспекти, форми свого буття. Ще на початку ХХ ст. І. Ільїн писав про те, що «право саме по собі є деякою найвищою мірою складне і багатобічне утворення, що володіє цілою низкою окремих сторін і форм «буття»¹. Відповідно до цих сторін він виділяє кілька аспектів розгляду права, розбиваючи їх на два ряди правопізнання: «юридичне» (нормативне і логічне) і «реальне» (історичне, соціологічне, політичне і психологічне), що різнобічно описують феномен права².

Питання про форми «буття» права в радянському правознавстві ставилося Г. Мановим, щоправда аксіоматично, без спроб співвіднести його з різними поглядами на сутність права: «В процесі правотворчості право реалізується в трьох формах: нормативні акти, правовідносини, правосвідомість, четвертого не дано³. В пострадянській філософії права В. Нерсесянц як форми існування права розглядає всі правові феномени, що тлумачаться як форми вираження сутності права — принципу формальної рівності⁴.

У цій статті зроблено спробу феноменологічного дослідження форм буття права або різних рівнів, сторін цілісної правової реальності. Це означає, що ці форми розглядаються не в

¹ *Ильин И. А. Понятие права и силы (Опыт методологического анализа) // Ильин И. А. Сочинения: В 2 т. — Т. 1. Философия права. Нравственная философия. — М., 1993. — С. 13.*

² Див.: Там само. — С. 14–29.

³ *Манов Г. В. Аксиомы в советской теории права // Сов. государство и право. — 1986. — № 9. — С. 30.*

⁴ Див.: *Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 1997. — С. 49–50.*

їх емпіричній конкретності, а в узагальненому смисловому виразі. Таке дослідження спирається в основному на досвід феноменологічного аналізу права, що здійснювався філософами права першої третини ХХ ст. І. Ільїним, М. Алексєєвим, Г. Нанейшвілі, а також німецьким філософом права другої половини ХХ ст. А. Кауфманом. Разом з тим феноменологічний метод застосовується в єдності з діалектичним, який є методом осягнення будь-якого об'єкта, включаючи й право, у його динамічному становленні через вирішення внутрішніх суперечностей.

Зазначені методологічні підстави дозволяють уявити правову реальність у динаміці як процес становлення права і його теоретичного відтворення в розгортанні філософсько-правових категорій від абстрактних визначень сутності права до все більш конкретних і змістовних визначень форм його існування. При цьому можна виділити такі шари, або рівні правової реальності (форми «буття» права): а) світ ідей: ідея права; б) світ знакових форм: правові норми і закони; в) світ взаємодій між соціальними суб'єктами: правове життя. Єдність цих шарів і являє собою право або правову реальність. Кожний з них рефлексивно проєктується на інші. Вони відносно автономні — нетотожні і в той же час пов'язані між собою.

Вся ця багатошарова реальність просякнута такою собі єдиною (ейдетичною) структурою свідомості, що і задає якість «правового» усім формам правового буття. Кожний з цих шарів знаходить своє відображення у відповідних філософсько-правових концепціях: ідея права в класичних теоріях природного права, особливо деонтологічного напрямку, норми права — в аналітичній юриспруденції (правовому позитивізмі). Що ж стосується третього рівня, рівня взаємодії між соціальними суб'єктами, то в ньому, в свою чергу, можуть бути виділені такі два шари: а) світ (мікросвіт) ідеального смислу соціальних взаємодій, що виявляється в центрі уваги феноменологічних і герменевтичних підходів; б) світ (макросвіт) соціальної предметності, що знаходиться в центрі уваги соціологічних підходів. Останній рівень — світ соціальної предметності — це межовий шар, у якому право ніби «загасає», переходячи у світ соціальної реальності. Одночасно цей світ бере участь у формуванні права, наділенні його матеріальним змістом.

Що ж являє собою право? Один з цих шарів чи їх сукупність? Якщо сукупність шарів, то чи зводиться буття права до простої

їх суми, чи передбачається наявність якогось інтегрального моменту? Завчасне рішення полягає в такому: кожний з рівнів або форм «буття» права являє собою більш конкретну за змістом форму, більш повне його буття. Розглянемо зміст кожного з них.

1. *Ідея права* є вихідним, логічно першим (хоча аж ніяк не онтологічно) компонентом правової реальності, що містить масштаб істинності права. У різних концепціях цей рівень має різні позначення: «абстрактно-загальні принципи справедливості», «природне право», «ціннісно-сміслові ядро правосвідомості», «правовий логос», «проект» і т. ін.

Ідея права як допозитивний масштаб для законодавства і судових рішень являє собою найбільш загальне, абстрактне (тобто бідне в змістовному плані) вираження сутності права, його «проект», або завдання. Вона являє собою ідеальний аспект буття права, його форму (в аристотелівському сенсі), те, що власне і робить його правом.

У структурному плані ідея права припускає наявність:

а) суб'єктної (антропологічної) компоненти (містить інформацію про те, хто здатний бути суб'єктом права, на кого воно орієнтується; таким суб'єктом є той, хто вміє відрізнити цінне від нецінного і диференціювати цінності);

б) аксіологічної компоненти (являє собою систему цінностей, що реалізуються в праві, виражається інтегрально в понятті «справедливість»);

в) деонтологічної компоненти (як ідея повинності, що виражає єдність прав і обов'язків)¹.

Кожний з цих елементів відображає в собі інші сторони правової ідеї, «нерозривен і незлитен» з ними.

Правова ідея є даність нашої свідомості, що виражає в найбільш загальному плані момент повинності. Призначення ідеї права полягає в тому, щоб служити підставою і критерієм оцінки існуючого правопорядку. Однак своє призначення вона може виконати лише в тому разі, якщо є дійсною. Хоча дійсність права відрізняється від дійсності фактичного буття, проте вона підпадає під визначення: «дійсне все те, що дано як певна значущість, і те, що одночасно діє»². Ідея права не має якості дії

¹ Див.: *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. – Прага, 1924. – С. 76–78.

² *Нанейшвили Г. А.* Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. – Тбилиси, 1987. – С. 14.

актуально, а лише потенційно, як «претензія на здійснення», тобто прагне здійснитися в суцюзому, фактичному бутті. Таке здійснення означає, що право, досягнувши своєї мети, набуваючи найбільш розвинутої і конкретної форми свого буття, переходить в іншу реальність — реальність соціального життя.

У той же час ця потенційність настільки істотна, що задає дійсність, а, отже, нормативну силу позитивному праву, що являє собою опредмечування, реалізацію ідеї права.

Значущість ідеї права і у кінцевому результаті дійсність праву додає операція логічного визнання, що виражає укладену в повинності логічну необхідність через виявлення смислу права. «Норму ми визнаємо логічно, — пише Г. Нанейшвілі, — в акті її осмислення, оскільки за допомогою цього акту ми осягаємо смисл і зміст норми»¹. Таке визнання здійснюється або інтуїтивно, або на основі теоретичного (світоглядно-філософського) обґрунтування ідеї права, що є центральним завданням філософії права. Слід підкреслити, що не може бути виявлено початок буття ідеї права в часі. Це позачасове буття ідеального плану. Тому твердження про те, що ідея передує праву, слід розуміти виключно в логічному, а не історичному смислі. Зобов'язуюча сила такої ідеї носить виключно ідеальний (моральний, логічний) характер. Ідея не є правом у власному смислі, а тільки засновком, умовою його дійсності. Звичайно, тенденція до здійснення, що виражає істотний момент у природі права, — не якась містична закономірність, а прояв включення людини, суб'єкта в структуру права і процес його розгортання.

2. Необхідною сходинкою на шляху до здійснення ідеї права виступає *позитивне право* — система санкціонованих державою норм, узагальненим вираженням яких виступає поняття «закон». Позитивне право являє собою реалізацію ідеї права, завдяки чому вона набуває якості діючої ідеї, а закон — чинності. Втілення ідеї права в позитивному праві відображається у феноменологічній структурі самих норм права, що містять такі елементи, як суб'єкт (той, кому адресовано норму), момент цінності (в ім'я чого вона діє, що захищає) і належний об'єкт (що має бути здійснено — права і обов'язки).

Якщо ідея права не має часових параметрів, то норма позитивного права має початок у часі, про неї можна сказати таке:

¹ Нанейшвили Г. А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. — С. 20.

«Сталося так, що було прийнято ту чи іншу норму права, і в той чи інший проміжок часу її може бути скасовано»¹.

Подібно тому, як у картині естетична ідея знаходить своє втілення, так і ідея права в позитивному праві набуває діючого правового змісту. Хоча позитивне право постає насамперед у формі закону, воно не зводиться до нього. Закон являє собою конкретно-загальні, формально-позитивні правові норми. Він є актуалізацією і конкретизацією принципів права, кроком на шляху до конкретного права, але він не є ще правом у всій його повноті. Це свого роду «застигле право», право на певному етапі його становлення. Закон є загальною нормою для безлічі можливих випадків. Він існує як судження про належне.

Опосередкованою ланкою при переході від ідеї права до позитивного права є процес правотворчості. Смысл правотворчості полягає в тому, щоб дати початок позитивному праву, здійснити акт, який би виступив джерелом цього права. Однак втілення волі влади — лише результуючий фактор нормоутворення, що посередньо з'єднує форму і матерію права (в аристотелівському смислі цих понять), тобто ідею права (принципи справедливості) і реальні фактичні суспільні умови (які виражаються через категорію «інтерес»). Рівнодіюча принципів справедливості і фактичних умов, що визначають можливість реалізації справедливості в даних історичних умовах, і формує зміст позитивного права. Тому процес правоутворення не є чисто дедуктивним процесом конкретизації ідеї права, це різноспрямований дедуктивно-індуктивний процес. Законодавець приймає закон на основі ціннісного рішення, у якому переплітаються вимоги справедливості і доцільності.

Вимога врахування реальних життєвих умов указує на тісний зв'язок права з життям. У той же час життя не є право, право за своєю структурою відрізняється від життя — емпіричної соціальної реальності. Ця відмінність проявляється вже в тому, що умови місця, часу, соціального середовища не стільки досягають-

¹ У цьому відношенні вираз «природжені права», звичайно ж, є метафорою. Ці права не можна тлумачити як «права, надані людині при її народженні». А слід розуміти як допозитивні права, що існують до будь-якого позитивного права та до і незалежно від такого юридичного факту, як народження людини. Пов'язування виникнення прав людини з якоюсь часовою подією — це установка буденної свідомості осмислювати право виключно в категоріях позитивного права.

ся в праві раціонально, скільки виражаються як цінності. Логічне визнання цих цінностей формує життєвий етос, що забезпечує добровільне виконання права.

Таке поєднання справедливості і доцільності є дуже складним як у суто технічному сенсі, так і в сенсі впливу наявних соціальних умов. Тому завжди виникає проблема зв'язку природного і позитивного права як проблема розбіжності сутності та існування права.

3. Наступний аспект правової реальності — *світ соціальних взаємодій*. Це, мабуть, найбільш складний світ, найменше досліджений з позицій філософії права рівень правової реальності. Процес соціальних взаємодій виражає таку стадію в здійсненні права, як правореалізація. Центральною фігурою цього процесу виявляється суб'єкт як виконавець норми в його ставленні до інших людей. Це ставлення виявляється можливим за наявності певних його здібностей, якостей. Г. Нанейшвілі підкреслював: «Зобов'язуючий характер норми сам указує на того, до кого вона звернена, тобто того, хто у взаємодії здатний зрозуміти, що він має правомочність, а розуміння того, що я маю право, означає, що я осяг зміст суб'єктивного права, але таке осягнення можливе лише в результаті логічного визнання норми права»¹. Основною якістю суб'єкта права є, отже, здатність визнання: здатність логічного визнання норми, що здійснюється в акті визнання ідеї права і здатність психічно-вольового визнання норми, коли норма розглядається як бажана чи небажана для даного суб'єкта. В останньому випадку виникає конфлікт суб'єкта і норми.

Можуть бути виділені три основних рівні психічно-вольового ставлення суб'єкта до норми: а) нижчий — бажання порушити норму; б) середній — бажання підкоритися нормі (з міркувань корисності чи з страху покарання, тобто в цілому — нейтральна мотивація); в) вищий — повне визнання вираженої в нормі цінності.

Саме соціальні суб'єкти — люди і соціальні об'єднання, є тими «архімедовими важелями», завдяки яким ідея права знаходить своє втілення і впливає на життя. Формою такого втілення виявляється правомірна поведінка. Здійснення права — це результуюча його характеристика, яку може бути виражено категорією правопорядку. На цьому рівні право як належне переходить у суще, правове життя стає моментом соціального життя.

¹ Нанейшвили Г. А. Вказ. праця — С. 29.

Цей рівень буття права є найбільш конкретним вираженням його змісту, коли всі його окремі моменти, окремі визначення представлені в єдності в конкретному порядку співіснування людей. Тут право найбільш тісно пов'язане із суб'єктом, що задає йому основу, життя і рух. А. Кауфман писав, що «право — це не те, що міститься в нормах, не абстрактна схема для правильної дії, воно саме є правильною дією і правильним рішенням у конкретній ситуації»¹. Тому найбільш конкретною (розвинутою) формою буття права є правильні дії і рішення в конкретній ситуації самого суб'єкта права. У них смисл права і предметна форма втілення подані в єдності. Не випадково ще Ф. Аквінський відзначав, що у своїй сутності право означає насамперед «власне справедлива справа».

Однак для того щоб право могло здійснитися в правильній поведінці, необхідні певні психологічні і соціальні умови (шанси здійснення норми), які не є самим правом, але внаслідок особливої значущості для здійснення права включені в структуру правової реальності. Це особливі засоби, їх необхідність демонструє те, що в середовищі права як сфери належного діє закономірність іншої, не причинної, природи. До таких чинників належать:

а) психічно-вольове визнання норми суб'єктом, її бажаності чи небажаності для нього (умовою можливості такого визнання виступає попереднє логічне визнання права, котре припускає філософське обґрунтування смислу норми);

б) примус як гарант визнання і виконання права іншими;

в) влада як сила, що забезпечує здійснення права, з якими б перешкодами воно не зіткнулося².

Всі ці засоби виражають особливість права у його конкретному бутті, основу якого становить міжсуб'єктна взаємодія, — його інтерсуб'єктивний характер. Саме цей рівень структури права робить правовідносини тим моментом, що перетворює дійсність права на фактичну дійсність.

На інтерсуб'єктивний характер права звертає увагу М. Алексєєв, коли підкреслює, що двосторонній характер правового зв'язку (як єдності і протилежності прав і обов'язків) може реалізовуватися виключно через спілкування, взаємодію суб'єктів. Правова реальність буде відсутня до тих пір, доки сторона-

¹ Kaufmann A. Rechtsphilosophie im Wandel. Stationeneines Weges. — Frankfurt a. M., 1972. — S. 131.

² Див.: Нанейшвили Г. А. Вказ. праця. — С. 32–34.

ми подібних відносин не стануть реальні особи, або принаймні, доки реальні особи не визнають для себе значення подібних правових відносин. «Уявне право, — писав він, — не є право реальне, реальне право ми спостерігаємо тільки тоді, коли ідеальна структура права одержує якесь соціальне втілення»¹.

Право реалізується не відособленим суб'єктом, а в комунікативному процесі його взаємин з іншими суб'єктами. Конкретні рішення здійснюються як суб'єктами права, так і органами права для забезпечення здійснення права. Центральним моментом, найбільш інтегральним вираженням таких рішень у ситуації, коли має місце конфлікт — між суб'єктом і нормою, а також між самими суб'єктами, — виступає суд. Саме суд є тим місцем, де право існує у всій його повноті.

Аналіз структури правової реальності дозволяє стверджувати, що закон не є найбільш повною формою вираження права. Право не знаходиться в готовому вигляді в законі, з якого може бути безпосередньо взято. Але чи означає це, що закон є лише необов'язковою рекомендацією для судді? Аж ніяк ні. Суддя пов'язаний чинним законом. Але закон повинен бути співвіднесений і з визнаними в даному суспільстві принципами справедливості, і з природою речей, тобто справедливістю в конкретній ситуації. Тому методи конкретного правового рішення, так само як і методи позитивного законодавства, також дедуктивно-індуктивні. Тут відбувається як процес інтерпретації норми, так і процес конструювання конкретних обставин. При цьому якщо законодавством враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям — певні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом суцього і збагачення суцього належним.

Правосуддя — це творча робота, а не просте застосування закону на основі силіогізму, субсумції. Право є те, що виникає з закону в процесі правосуддя, а не тільки те, на основі чого приймається закон.

Ідея права виступає логічно первинним елементом, дійсною підставою права, однак онтологічно первинним виступає право в конкретній ситуації. З ідеально поданої ситуації («життєвого світу») береться ідея справедливості шляхом феноменологічного охоплення смислу права. Ці два моменти права — момент свободи (ідея права) і момент рівноваги, порядку (право-

¹ Алексеев Н. Н. Основы философии права.— С. 239.

відношення) знаходяться у відношенні взаємного покладання, виступають умовою можливості один для одного.

Право з різним ступенем конкретності реалізується й у принципах справедливості (ідеї права), і в законі, і в конкретних правовідносинах, і в судовому рішенні. При цьому кожне правове рішення (тобто правильне, істинне) є успіхом не одного законодавця чи навіть судді. Це творче рішення, в якому беруть участь усі — і законодавець, і суддя, і представник виконавчої влади (чиновник), і звичайний громадянин. Всі учасники правової комунікації об'єднані єдиним правовим етосом, який виник на основі образу права, праворозуміння, що сформувались у цих соціо-культурних умовах. Правильне рішення є одночасно «підвищенням кваліфікації» всіх, хто бере у ньому участь, підвищенням правової культури. У цьому відношенні публікація найбільш вдалих рішень, за типом прецедентів в англо-американській системі, значною мірою підвищила б рівень правосвідомості і правової культури не тільки представників органів правосуддя, а й усіх громадян.

У сучасній правовій державі всі гілки влади повинні співпрацювати, щоб право здійснилося. Саме здійснення права має бути смислом їх діяльності, щоб оформлення права в суспільстві дозволяло кожній галузі державної влади виконувати свої власні завдання і функції. Тому питання про співпрацю галузей влади розуміється нами не тільки в політичному смислі — як орієнтація на певні цілі, а й у правовому. Головним об'єктом такої співпраці має бути насамперед здійснення права. На підґрунті права можливе забезпечення не тільки єдності різних гілок влади, а й єдності влади і громадянина.

Надійшла до редколегії 24.03.02

В. Титов, професор НЮА України

Судова логіка в контексті гіпотези правового поля у Фелікса Коена*

Як відомо, однією із програмних вимог позитивізму з часів О. Конта була уніфікація дослідницьких підходів у природо-

* Матеріали для цієї статті зібрано під час стажування автора в США в 1997 р. за підтримки Міжнародної Ради обмінів і наукових досліджень (IREX).

знавстві і суспільних науках¹. Хоча аналог цієї вимоги загалом можна було знайти й у марксистській філософії², його реалізація радянськими, а потім і пострадянськими авторами не пов'язувалася і не пов'язується з правовим позитивізмом, який звичайно зводять до аналітичної юриспруденції. Наприклад, В. Нерсесянц пише: «Позитивістський (і неопозитивістський) напрямок філософії права розвивався в XIX–XX ст. у вигляді загальної теорії права в основному з позицій аналітичної юриспруденції. Ідеї та установки аналітичної юриспруденції знайшли своє обґрунтування і розвиток в утилітаристському вченні про право І. Бенґама, у «філософії позитивного права» Дж. Остіна, «чистому вченні про право» Г. Кельзена, вченні Г. Харта про первинні і вторинні правові правила, «пізнавально-критичній теорії права» О. Вайнбергера та ін. До цього напрямку належать й філософсько-правові погляди російських представників юридичного позитивізму (Г. Шершеневич) і неопозитивізму (В. Катков)»³. Приблизно таке ж розуміння правового позитивізму поділяють і багато теоретиків на Заході. Зокрема, Р. Дворкін зазначає: «Правовий позитивізм має багато різних форм, але всі вони мають ту загальну ідею, що право існує тільки у формі деяких людських дій чи рішень... . Таким чином, ми можемо встановити підхід позитивізму, як правової теорії певного типу, в такий спосіб. Якщо «р» представляє правове судження, і «L(p)» виражає той факт, що якась особа чи якась група діє таким чином, що (р) стає істинним, тоді ... (р) не може бути істинним доти, доки L(p) не стане істинним»⁴. Як бачимо, і тут акцент робиться на логіко-аналітичному напрямку позитивізму.

¹ Див., напр., *Конт О.* Общий обзор позитивизма // Родоначальники позитивизма. Вып 5. – СПб., 1913. – С. 10–17; *Carnap R.* Logical Foundations of the Unity of Science // R. Carnap, M. R. Cohen (eds). The International Encyclopedia of Unified Science. – Chicago, 1938. – Vol. 1.

² «Я дивлюсь на розвиток економічної суспільної формації як на природно-історичний процес» (*Маркс К.* Передмова до першого видання першого тому «Капіталу») // *К. Маркс, Ф. Енгельс.* Твори. – Вид. 2. – Т. 23. – С. 12.

³ *Нерсесянц В. С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. – М., 1998. – С. 111.

⁴ *Dworkin R.* No right answer? // *New York University Law Review.* – 1978. – Vol. 53. – No 1. – P. 16.

Більш того, багато вітчизняних (і не тільки вітчизняних)¹ дослідників давно «поставили хрест» на позитивізмі, який вважається ними методологічно і теоретично безперспективним. Тим часом уявляється, що принаймні деякі з його ідей при відповідній модернізації і корекції можуть бути корисними для подальшої розробки в філософії і загальній теорії права. Зокрема, це стосується можливості якщо не прямого використання в юриспруденції мови фізичного опису (це дійсно безперспективно), то хоча б використання деяких фізикалістських метафор, здатних стимулювати «лабораторний» пошук адекватних теоретичних моделей правової дійсності.

Вражаючі успіхи фізики ХХ ст. привели наприкінці 1940-х — на початку 1950-х років до спроб екстраполяції її теоретичних і методологічних знахідок на інші галузі знання. Наскільки мені відомо, американський юрист Фелікс Сем'юел Коен був першим, хто в есе «Теорія поля і судова логіка» (1950)² запропонував свій варіант такої екстраполяції.

Сьогодні вже став звичним інтуїтивно зрозумілий вираз «правове поле», який, однак, ще не набув статусу теоретично артикульованого конструкта³. Дана стаття присвячена розгляду гіпотези правового поля Коена, яка стала хрестоматійною в американській літературі з юриспруденції. Не претендуючи на оригінальність, сподіваюсь, що виклад висунутих Ф. Коеном тез може стати цікавим як для філософів, істориків і теоретиків права, так і для юристів інших спеціалізацій, особливо для адвокатів і суддів.

* * *

Епіграфом до своєї статті Коен вибрав констатацію Альбертом Ейнштейном і Леопольдом Інфельдом того факту, що найбільш важливим поняттям, яке з'явилося у фізиці з часів Ньютона, було поняття поля. «Знадобилася велика наукова уява, щоб

¹ Див., напр.: *Finnis J. Propter Honoris Respectum: On the Incoherence of Legal Positivism* // *Notre Dame Law Review*. — 2000. — Vol. 75. — P. 1597–1611.

² Див.: *Cohen F. Field Theory and Judicial Logic* // *Yale Law Journal*. — 1950. Це есе тут цитується за виданням: *The Legal Conscience, Selected Papers of Felix S. Cohen*. — New Haven, 1960. — P. 121–159 (далі скорочено — FTJL).

³ Наприклад, С. Сливка пише: «Розглянемо правову культуру юриста як суб'єкта права у двох полях — вищому і елементарному», але що таке «поле», не пояснює (див.: *Сливка С. Професійна культура юриста*. — Львів, 2000. — С. 52).

усвідомити собі, що не заряди і не частинки, а поле в просторі між зарядами і частинками є істотним для опису фізичних явищ»¹.

Спостереження за тим, з якою наполегливістю сторонами в суді нерідко на підставі одних і тих самих фактів відстоюється істинність прямо протилежних суджень, підводить Коена до думки про парадоксальність судової логіки. Ця парадоксальність серед непрофесійної публіки часто сприймається як прояв принципової облудності юристів. Адже в звичній формальній логіці два суперечливих твердження не можуть обидва бути істинними — принаймні одне має бути хибним, а то й обидва хибними. Візьмемо типовий приклад цивільного позову про відшкодування збитків після автомобільної аварії. Адвокат позивача говорить, що відповідач їхав зі швидкістю 60 миль на годину, а адвокат відповідача наполягає, що його клієнт їхав зі швидкістю 20 миль на годину, в той час як фактично вона була 40 миль на годину.

Звідси логік може дійти двох можливих висновків: або принаймні половина адвокатів завжди говорить неправду, або велика частина адвокатів говорить неправду в більшості випадків. «Як правосуддя може бути представлене в суді брехунами, і як можлива сама їх присутність там — один з тих парадоксів судової логіки, який людина з вулиці ніколи не вирішить»². Звичайно, продовжує Коен, справа тут не в принциповій облудності адвокатів, і розхожа суспільна думка про них неточна і несправедлива. Часто їм не залишається нічого іншого, як покладатися на ступінь істинності сторін, що клянуться в істинності суперечливих тверджень про одні й ті ж самі події. Але саме адвокати першими дійшли до розуміння того, чого багато логіків дотепер не визнає: істина в наших земних умовах — це питання не повної вірогідності чи її відсутності, а питання їх ступеня в кожному окремому випадку. Адже життя не таке просте. Навіть якщо ми переконані, що маємо справу з істинними пропозиціями, з цього ще не обов'язково випливає, що ми можемо їх фактично верифікувати. Так, ми можемо бути переконані, що

¹ *Einstein A., Infeld L. The Evolution of Physics The Growth of Ideas from Early Concepts to Relativity and Quanta. — N. Y, 1942. — P. 259 (див. російський переклад: А. Ейнштейн. Собрание научных трудов: В 4-х т. — М., 1967. — Т. 4. — С. 512.*

² FTJL. — P. 122.

десь живе найстаріша людина на Землі, не маючи фізичної можливості особисто впевнитися, хто ж це саме.

Дозволю собі зробити тут додаткове пояснення. Логіки можуть визначати ступінь сумісності істин в комплексі висловлювань, але не вони встановлюють ступінь істинності кожного з них. Це справа представників інших професій, у даному разі юристів. Коен цілком слушно наводить слова одного з найбільш видатних логіків ХХ ст. Альфреда Норта Вайтхеда, який любив повторювати: «Ми знаходимо [логічно точні] пропозиції (propositions) тільки на Небі», маючи на увазі, що в нашому земному житті думки надто нечіткі, щоб вони коли-небудь могли досягти абсолютної точності логічних формалізмів. Так що навіть у філософії логіки однозначність є скоріше теоретичний ідеал, ніж реально досяжний у природному міркуванні факт.

Кожне висловлювання для різних його слухачів і читачів має різні відтінки значення. Найбільш імовірно, що розмаїтість цих відтінків може досягти навіть ступеня суперечності тоді, коли різні його адресати матимуть на увазі різні контексти, що впливають на значення будь-якого слова з даного висловлювання. «У будь-якій такій ситуації пропозиція втілить не одне висловлювання, а кілька висловлювань, що можуть бути розрізнені лише в ідеалі. Деякі з цих висловлювань можуть бути істинними. Деякі можуть бути хибними. Відношення істинних значень до хибних, які впливають з єдиної пропозиції, взагалі передбачає складний кількісний стандарт дистрибуції. Але на практиці традиційна дихотомія істинно / хибно часто зовсім зайва»¹.

Коен пояснює своє твердження прикладом. Нехай це буде висловлювання з 23 псалма (у Синодальному перекладі 22 псалом), яке протягом вже 3000 років повторюється сотнями мільйонів людей багатьох рас, на багатьох мовах і навіть у контексті декількох релігій:

Господь — мій настир.

Чи має сенс питання, є ця пропозиція істинною чи хибною? Це залежить від того, хто його адресати і як ці адресати його сприймають. Є буквалістськи налаштовані шанувальники Біблії, які вважатимуть, що пропозиція має тільки одне «правильне» значення, що і є істинним, а будь-яке інше тлумачення буде хибним. Є й догматики, які доводитимуть, що дана пропозиція

¹ FTJL. – P. 122–123.

хибна. Атеїсти взагалі скажуть, що немає ніякого Бога і тому Він не може бути пастирем. Ну, а пастихи із штату Монтана можуть додати, що жоден з тих, хто пасе овець, не заслуговує називатися Богом. Хтось із віруючих всерйоз не уявляє Бога в образі людини, але все ж повторює ці слова з повною повагою до їх істинності, вважаючи їх простою і ємною метафорою. Йому буде досить того, що для нього ці слова мають істину.

«Ця залежність значення від особистої системи співвіднесення (а personal frame of reference) — є щось таке, що багато хто з нас вважають саме собою зрозумілим, коли ми відмовляємося сперечатися з питань релігійного культу. Чи не може та ж залежність значення й істини від визначеного контексту бути знайденою і за межами релігії, навіть у тих мирських сферах, що цікавлять адвокатів та їх клієнтів? Чи не можемо ми навіть говорити, що право як сфера постійних суперечок є таке поле, в якому накладення різних значень на ту ж саму усну формулу є найбільш характерним і найбільш істотним атрибутом?»¹.

Коли хтось всерйоз ставить питання, чи є перша пропозиція цитованого Псалма істинною чи хибною, ми можемо з повною підставою вважати, що запитувачу бракує уяви і що він робить помилку недоречної конкретності. Адже пропозиція цього виду означає так багато різних речей для багатьох людей. Можливо навіть, що жодна пропозиція взагалі не має того самого значення для будь-яких двох людей. Адже ніякі дві людини не додають до змісту висловлювання одні й ті ж самі сприйняття, розуміння і тло попереднього та наявного досвіду. Більш того, Коен вважає сумнівним, щоб навіть для одного й того ж самого суб'єкта одна й та ж сама пропозиція означає точно ту ж саму річ при ознайомленні з нею у перший, десятий чи сотий раз. Звичайно, на практиці ми рідко звертаємо увагу на такий «мікроструктурний» дрейф суб'єктивного значення, оскільки орієнтуємося не тільки на індивідуальне сприйняття висловлювання, а й на якесь його загально визнане значення як на «соціальний факт, джерело багатьох тлумачень, матрицю багатьох висловлювань»². Згідно з Коеном ця матриця щоразу зазнає суб'єктивної інтерпретації залежно від кута зору і контексту, в якому зроблено і сприйнято висловлення. «Кут зору (чи перс-

¹ FTJL. — P. 123.

² Там само. — С. 124.

пектива) і контекст — частина значення будь-якого висловлювання, причому та частина, що є істинною або хибною»¹.

Крім того, подібно положенню об'єкта в полі фізичних сил, вже те місце, що слова обіймають у контексті, істотно впливає на їх значення та істинність. Тут ми спостерігаємо пряму аналогію принципу відносності, настільки ж доречного в юриспруденції, як і в некласичних геометріях, космології, ньютонівській і ейнштейновій фізиці. Наприклад, у судовому розгляді представник обвинувачення припускає, що поліцейські є точними і безпристрасними спостерігачами, і доходить до негативної оцінки поведінки відповідача, який перевищив швидкість руху. Адвокат відповідача, навпаки, припускає, що його клієнт — чесна людина, тоді як поліцейські при даванні свідчень звичайно перебільшують, і переконує в справедливості нейтральної чи навіть позитивної оцінки поведінки свого клієнта. «Якщо кожен [учасник процесу] чесно викладе свою точку зору, суд одержить перевагу синоптичного бачення казусу. Те величезне значення, що надається такому синоптичному баченню, і є відмінною рисою ліберальної цивілізації»².

Як бачимо, йдеться не просто про відносність істини в поданні фактів, а про її багатополюсність і багатовекторність. Коен закликає до «більш гуманного і соціального погляду на істину і значення, ніж той, що подано у більшості традиційних логічних книг. Це не означає, що традиційні логічні книги неправильні. Це означає тільки, що доки логіки, сконцентрувавши своє бачення на логічних небесах, де слова перебувають у спокої і раз і назавжди означають ту саму річ, узагалі ніяк не досліджували недосконалі зусилля людей в їх спілкуванні один з одним»³. Коен визнає, що логіки вже почали приділяти більше уваги реальному світові, де люди рідко здатні точно говорити про те, що саме вони мають на увазі, де ніякі дві людини ніколи сповна не розуміють одна одну, «де нагромадження різних уявлень про одні й ті ж самі події є єдиним засобом, що здатний попередити фанатизм, і де логіка художньої літератури має більший вплив на повсякденний дискурс, ніж логіка науки»⁴.

¹ FTJL. — P. 124.

² Там само. — P. 125.

³ Там само.

⁴ Там само. P. 126.

Юристи говорять неправду тільки у тому ж самому сенсі, що й поети, історики або картографи. Всі вони не просто відтворюють дійсність, а висвітлюють тільки один її аспект, удаючись до дуже сильної ідеалізації — що саме цей частковий аспект і є вся дійсність. Крім того, «кожний з нас діє в ціннісно-напруженому полі, що надає форму і колір усьому тому, що ми бачимо. Пропозиція, щоб жодна людина не була суддею в її власній справі, втілює ту давню мудрість, що тільки багатобічне уявлення про світ може позбавити нас від анархії одnobічного бачення»¹.

Саме у судовому процесі вже давно неявно малися на увазі деякі підходи до істини і дійсності, що тільки в ХХ ст. стали явними у фізичній науці. Так що значення теорії відносності для юриспруденції не в тому, що рух (та істина) відносні залежно від пункту спостереження — для юристів це проста банальність. Для них значення теорії Ейнштейна полягає у відкритті *відносності самої реальності*, бо залежно від точки спостереження пряма лінія нам цілком об'єктивно представлена як крива лінія, а крива — у вигляді прямої. Тоді й виникає питання: «Чи не можемо ми зробити в праві те ж саме, що математики і фізики зробили в їх більш точних науках?»². Поширивши методи цих наук на право, ми маємо можливість передбачувати послідовні «деформації», яких зазнає будь-який соціальний факт, що спостерігається, оскільки його «світова лінія» (тобто послідовність усіх фаз його становлення в просторі-часі) проходить через різні ціннісно-напружені поля.

Коен посилається на наведені Б. Расселом приклади оціночного трансформування однієї й тієї самої особистісної якості залежно від позиції та самооцінки спостерігача:

1. Я твердий (I am firm).
2. Ви вперті (You are obstinate).
3. Він — як баран упертий дурень (He is a pig-headed fool).

Те, що ми вважаємо стосовно себе достоїнством (твердість, сталість), нерідко нами ж оцінюється в інших людях як недолік (упертість, що доходить до дурості). Те, що суддя Х буде розглядати як «судовий захист фундаментальних конституційних прав», суддя Y розцінить як «федеральне втручання в конституційні права штатів, щоб експериментувати над рішеннями їх

¹ FTJL. — P. 126.

² Там само. — P. 128.

соціальних проблем». Фізичний факт ушкодження черепа в поліцейському клубі буде по-різному повідомлений у респектабельній газеті «New York Times» чи комуністичній «Дейлі Уоркер», юристом цього клубу, юристом жертви, нарешті, різними судьями, що розглядатимуть цю справу в судах першої та другої інстанцій. З огляду на повідомлення про подію, зареєстровані з кожної наведеної точки зору, і знаючи ціннісні поля для цих точок, ми здатні передбачувати зміст, форму, модальність і стиль повідомлення, що виходитимуть з будь-якої точки спостереження, ціннісне поле якої нам відоме. Ми всі маємо деякий, нехай і недосконалий і часто неусвідомлений, досвід пророкування і розрахунку шляхів проходження змісту через ціннісні поля, що впливають на сприйняття повідомлень про факти.

Ці загальні роз'яснення дозволяють Коену перейти до основного предмета його обговорення — місця і ролі логіки в судовій практиці. Природно, що як американський юрист він починає з аналізу місця і ролі логіки в прецедентному судочинстві.

У світлі попередніх міркувань перше запитання стосується можливості побудови «світової лінії» прецеденту. Тут Коен робить невеликий відступ в історію, вказуючи на те, що проблема судового прецеденту вже була в центрі філософсько-правових дискусій в Америці в 1910–1920-ті роки. Тоді чітко позначилися два підходи. Супротивники прецедентної системи критикували її як перешкоду прогресу, вважаючи, що суди приділяють прецедентам занадто багато уваги. Інші ж (зокрема О. Холмс) вважали, що судді, навпаки, приділяють занадто мало уваги прецедентам, і тому часто неправильно читають уроки минулого, ігноруючи у своїх рішеннях те, що багато суперечок, пов'язаних з начебто зовсім новими проблемами (регулювання заробітної плати, тривалості робочого дня і тижня, цін і контрактів трудового наймання і т. ін.) мали «довгі і респектабельні родоводи, що тягнуться у середньовічне і давнє право»¹.

У зв'язку з цим Коен посилається на думку О. Холмса, згідно з якою вивчення історії є для судді скоріше необхідністю, а не обов'язком. Розвиваючи цю тезу, Коен звертає увагу на такі альтернативи, що випливають з допущення безпрецедентних судових рішень.

¹ FTJL. – P. 128.

З твердження, що дане рішення не має прецедентів, випливає, що:

(1) ми не погоджуємося з використанням для нього прецедентів, чи

(2) ми не знаємо прецедентів, які могли б цитуватися на його підтримку.

Кожне з цих тверджень досить багато повідомляє нам про тих, хто робить твердження, але дуже мало — про природу рішення і його ставлення до минулого досвіду. У цьому розумінні заява, що рішення було безпрецедентним, дуже схожа на твердження, що деякі філософські чи літературні роботи «оригінальні»: такі твердження найчастіше тільки показують незнання їх авторами історії предмета. «Реальне питання полягає не в тому, чи мусять судді підкорятися прецедентові (чи логіці, чи закону гравітації, чи чому-небудь ще такому, чому вони не можуть не підкорятися), а в тому, знають вони про це чи ні. Питання полягає скоріше в тому, як вони повинні слідувати за прецедентом, тобто як вони повинні інтерпретувати минулі справи і як вони повинні провести лінії подоби, що з'єднують минулі і теперішні справи»¹.

Одним з найбільш поширених упереджень є переконання, що слідування прецедентам — чи то в інтересах суспільства, чи то проти них, — викликано впливом логіки. «[Заклики] «Більше логіки!» і «Геть логіку!» («Up with logic» and «Down with logic») стали гаслами бою в такому протистоянні, де логіка, по суті, настільки ж нейтральна, як і в усіх інших людських суперечках. Насправді логіка ніколи не може встановлювати, що один випадок повинен бути прецедентом для іншого випадку»².

Коен нагадує, що ніякі два випадки не можуть бути подібними в усіх мислимим відношеннях. (Якби вони були подібні у всіх відношеннях, тоді згідно з лейбницеvim принципом тотожності нерозрізнених вони були б одним випадком, а не двома.) З іншого боку, будь-які два довільно обраних випадки є подібними в деяких відношеннях (інакше вони взагалі не були б «випадками»). Наскільки важливі відношення, в яких два випадки є подібними, — це питання не логіки, а ціннісного вибору. В межах однієї структури цінностей, при орієнтації судді на абсолютну неупередженість, немає ніякого розходження незалежно від того, чи є відповідач у позові про відшкодування збит-

¹ FTJL. — P. 129.

² Там само.

ку безпомічною вдовою, могутньою сталеливарною корпорацією, особою японського походження під час війни з Японією, забіякуватим керівником профспілки чи високим урядовцем. При такому стандарті «неупередженості» врахування розходжень між сторонами можуть вважатися недоречними. Але для судді, адвоката чи спостерігача, які вважають, що таким розходженням повинна бути надана вага, розходження між сторонами в колишньому і розглянутому тепер випадку може серйозно змінювати чи навіть зруйнувати прецедентне значення попереднього випадку.

Для вибору і оцінки прецеденту має значення «часовий диференціал» між «прецедентним» випадком і випадком, в якому цей прецедент цитується. Тут питання про те, чому суддя поклався на колишнє рішення і як побудував своє, — це питання не логіки, а суб'єктивної оцінки суддею валідності притягнутого прецеденту. Коен пише: «Часто остання інтерпретація і застосування рішення могли б шокувати автора прецеденту. Але, на благо чи на зло, десятилітнє старе рішення має таку вагу і таку форму, яких не існувало при його народженні. Його вага і форма втілюють усі види наступних соціальних суджень. І світ навколо нас, скажімо, за десять років, став якщо і не мудрішим, то у будь-якому разі старшим, ніж той світ, в якому було прийнято попереднє рішення. Відчуваємо ми це чи ні, але змінилися форми контрактів, політичні сили і соціальні установи. Тут знов-таки не логіка буде визначити, чи є сьогоднішня справа подібною «на всі сто» («on all fours») до інших справ, вирішених десять чи сотню років тому. Те, наскільки вона буде визнаватися подібною «на всі сто», залежить від того, що ми думаємо про роки між ними і про їх вплив на справи і людські відносини»¹.

Використання прецеденту завжди має на увазі ціннісне судження про те, що подібності між прецедентом і наступним рішенням є важливими, а відмінності є відносно неважливими. Застосування прецеденту завжди припускає процес вибору чи принаймні розрізнення. Але критерії вибору завжди суб'єктивні та індивідуальні. Один суддя буде налаштований на користь профспілок, і тому, розглядаючи позови великих компаній проти них, не стане звертатися до прецедентів рішень у антимонопольних справах, що належать до великого капіталу, і розцінить

¹ FTJL. — P. 130.

таку вимогу як помилкову аналогію. Інший же суддя, який вважає вимоги профспілок надмірними, може звернутися саме до антимонопольних прецедентів, дорікаючи супротивникам своїх рішень у готовності підкорити закон і логіку соціальній демагогії. Посилання на логіку в такому виборі недоречні. «Логіка не є інспектором епохи (logic is no respecter of age). Логіка точно так само присутня у зміні, як і в стабільності, у відносному так само, як і в абсолютному. Але ... ми не повинні піддаватися імпресіонізму. Швидко прогресуюча логіка відносин і систем, що лежать в основі теорії поля, вказує на можливість більш наукового підходу до судового передбачення, ніж той, який пропонується деякими сучасними містичками від права (points to the possibility of a more scientific approach to judicial prediction than is offered by some contemporary mystics in the law)»¹.

Основні труднощі застосування логіки до судових рішень полягають не в тому, що якась одна з сторін чи вони обидві помиляються в логічних умовиводах, а в тому, що обидві сторони додають до розгляду питання різні комплекси ціннісних установок, причому звичайно ці установки явно не формулюються. Часто судді навіть не усвідомлюють їх, і сильно образилися б на докір, що їх ціннісні установки впливають на вирішення справ.

Надійшла до редколегії 10.04.02

¹ FTJL. – P. 13–131.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

О. Дудоров, доцент Запорізького державного університету

Порушення законодавства про бюджетну систему України: проблеми кваліфікації злочину

У ст. 210 КК 2001 р. встановлено відповідальність за використання службовою особою бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню або в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків, а так само за недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету чи пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів, як це встановлено чинним бюджетним законодавством, якщо предметом цих діянь були бюджетні кошти у великих або особливо великих розмірах.

Суспільна небезпека даного злочину полягає у заподіянні економічних збитків державі, порушенні бюджетного законодавства, бюджетної дисципліни і принципу розподілу влад, створенні передумов для корупції, розкрадань бюджетних коштів і масового незадоволення у суспільстві, посяганні на конституційні права і законні інтереси громадян. Як зазначає колишній голова Головного контрольно-ревізійного управління України М. Каленський, багатомільйонні порушення бюджетного законодавства призводять до заборгованості з виплати заробітної плати, недофінансування галузей народного господарства, а відтак до збільшення податкового тиску на тих суб'єктів підприємницької діяльності, які сумлінно сплачують податки¹.

Передбачивши у спеціальних кримінально-правових нормах (статті 210, 211 КК) відповідальність за найнебезпечніші, на його думку, види порушень законодавства про бюджетну систему України, законодавець має на меті забезпечити більш пред-

¹ Див.: *Каленський М. М.* Удосконалення фінансового контролю за витрачанням бюджетних коштів // *Фінанси України.* – 2001. – № 5. – С. 65.

метну боротьбу з ними з боку правоохоронних органів, прагне посилити загальнопревентивний вплив кримінального закону у сфері обігу бюджетних коштів. Значущість бюджетної системи як об'єкта кримінально-правової охорони зумовлена тим, що в сучасних умовах бюджет сприймається не просто як фінансовий план держави чи конкретної адміністративно-територіальної одиниці. Бюджет сьогодні — це основний інструмент, який найбільш повно характеризує параметри економіки (структуру доходів і витрат, динаміку макроекономічних показників тощо), визначає стан соціальної захищеності населення, дає змогу визначити концептуальні засади розвитку економіки та її складових.

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК, треба вважати встановлений законодавством порядок виконання державного і місцевих бюджетів, порядок використання бюджетних ресурсів, покликаних з фінансового боку забезпечувати виконання державними органами та органами місцевого самоврядування покладених на них завдань і функцій.

Предметом розглядуваного злочину виступають бюджетні кошти лише у великих або особливо великих розмірах. Згідно з приміткою до ст. 210 КК бюджетними є кошти, що включаються до бюджетів усіх рівнів незалежно від джерела їх формування. Великим розміром визнається сума, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а особливо великим розміром — яка у три тисячі і більше разів перевищує такий мінімум.

На підставі Закону від 15 листопада 2001 р. «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України» Кодекс України про адміністративні правопорушення доповнено статтею 164¹² («Порушення законодавства про бюджетну систему України»). Нею передбачено накладення на посадових осіб штрафу за використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню або недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами, як це встановлено чинним бюджетним законодавством. Отже, якщо використання службовою особою бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню вчинено не у великому або особливо великому розмірі, винний згідно зі

ст. 164¹² КпАП притягається до адміністративної відповідальності. Вважаю, що таким же чином має вирішуватись питання щодо використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені норми видатків, оскільки зазначене діяння дає підстави розглядати як передбачене статтею 164¹² КпАП недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами.

На думку П. Андрушка, у тих випадках, коли бюджетні кошти були предметом декількох різних за своїм змістом порушень законодавства про бюджетну систему, а великий розмір таких коштів утворюється лише «за сукупністю» цих порушень, розглядати останні як єдине порушення законодавства про бюджетну систему можна тільки за наявності ознак продовжуваного злочину, зокрема, єдиного умислу на вчинення декількох порушень бюджетного законодавства¹.

Згідно з ч. 2 ст. 32 КК продовжуваним визнається злочин, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Однак способи порушення бюджетного законодавства, перелічені у диспозиції ч. 1 ст. 210 КК, навряд чи можуть розцінюватись як тотожні. Якщо ж виходити з усталеного у кримінально-правовій доктрині положення про те, що продовжуваний злочин складається з декількох діянь, які містять ознаки одного і того ж складу злочину (діянь, які передбачені однією і тією ж кримінально-правовою нормою), то з міркуваннями П. Андрушка про можливість вчинення продовжуваного порушення законодавства про бюджетну систему України треба погодитись. У тому разі, коли намір на вчинення того чи іншого порушення законодавства про бюджетну систему щоразу виникає у винної особи заново, підстав для підсумовування показників незаконно використаних бюджетних коштів не вбачається. За наявності до цього підстав службовій особі може бути інкриміновано передбачену у ч. 2 ст. 210 КК повторність вчинення даного злочину.

Крім бюджетних коштів, фінансове законодавство виокремлює поняття позабюджетних коштів. Це кошти, які бюджетні установи отримують понад асигнування, що виділяються їм з державного та (або) місцевого бюджетів. За принципом походження та використання позабюджетні кошти поділяють-

¹ Див.: Андрушко П. Коментар до статті 210 Кримінального кодексу України // Юридичний вісник України. – 12–18 січня 2002. – № 2.

ся на: 1) спеціальні кошти (одержуються від надання платних послуг, виконання робіт, іншої діяльності); 2) суми за дорученням (одержуються від інших осіб для виконання певних доручень); 3) депозитні суми; 4) інші позабюджетні кошти. Вказані кошти мають використовуватись суворо за цільовим призначенням. Інструкція про порядок використання і обліку позабюджетних коштів бюджетних установ та звітності по них затверджена наказом Головного управління Державного казначейства України від 11 серпня 1998 р. № 63.

Якщо службова особа протиправно, з використанням наданої їй влади або службового становища розпоряджається позабюджетним коштами даної установи чи організації за умови, що ці кошти з тієї чи іншої причини не включені до складу певного бюджету (наприклад, здійснює їх використання всупереч цільовому призначенню), вона за наявності до цього підстав повинна притягатись до відповідальності не за ст. 210, а за ст. 364 («Зловживання владою або службовим становищем») або за ст. 365 КК («Перевищення влади або службових повноважень»). Така ж кримінально-правова оцінка має даватись випадкам передачі в оренду приміщень, які знаходяться у державній або комунальній власності, без справляння орендної плати та покриття витрат, пов'язаних з одержанням комунальних послуг, адже предметом аналізованого злочину є не відповідне майно, а саме бюджетні кошти.

З урахуванням викладених вище міркувань викликає сумнів правильність кваліфікації за ч. 2 ст. 80³ попереднього КК дій голови КСП ім. Чапаєва Ш., який частину дизельного пального, отриманого за регіональним контрактом, реалізував стороннім організаціям. За продаж понад 24 тонн пального КСП отримало 25 198 грн. 16 коп. У постанові про відмову в порушенні кримінальної справи внаслідок акту амністії (п. 4 ст. 6 КПК), винесеній 13 червня 2001 р. Першотравневим РВ УМВС у Донецькій області, стверджується, що Ш. використав виділені бюджетні кошти в особливо великих розмірах всупереч їх цільовому призначенню.

Вивчення матеріалів цієї кримінальної справи дозволяє дійти висновку про те, що у цьому разі мало місце нецільове використання не бюджетних коштів, як цього вимагала раніше і вимагає зараз диспозиція норми КК про порушення законодавства про

бюджетну систему України, а матеріально-технічних ресурсів, придбаних за рахунок виділених бюджетних коштів. Ці ресурси були придбані підприємством «Донецькоблагротехсервіс» і надалі поставлені останнім КСП ім. Чапаєва. Тому інкримінування Ш. ч. 2 ст. 80³ КК 1960 р. видається необґрунтованим.

Разом з тим незаконне використання бюджетних коштів шляхом безпідставного проведення взаємозаліків та розрахунків векселями, надання податкових пільг або товарних кредитів за наявності всіх ознак складу злочину може кваліфікуватись за ст. 210 КК.

Варто погодитись з В. Навроцьким, який не визнає предметом злочину, що розглядається, позабюджетні кошти, отримані державними підприємствами, установами, організаціями завдяки власній господарській діяльності, кошти, які лише підлягають передачі до бюджету, а також кошти, належні окремим юридичним особам на праві власності¹.

В цьому плані викликають інтерес матеріали кримінальної справи, порушеної за ч. 1 ст. 80³ попереднього КК стосовно головного бухгалтера фермерського господарства «Геліоніта» Щ., яка під час хвороби свого чоловіка Щ. — голови цього фермерського господарства одноособово здійснювала від його імені всі фінансово-господарські операції. У постанові про відмову в порушенні кримінальної справи внаслідок акту амністії (п. 4 ст. 6 КПК), винесеній 29 червня 2001 р. Першотравневим РВ УМВС у Донецькій області, зазначається, що Щ. умисно використала бюджетні кошти у сумі 3 077 грн. 60 коп. усупереч їх цільовому призначенню, а саме витратила їх на придбання автомобіля «ГАЗ-53», повернення бюджетної позики та погашення заборгованості господарства за скраплений газ. При цьому кошти, нараховані сільськогосподарським підприємством як ПДВ і перераховані згідно з чинним законодавством на спеціальний рахунок, мали використовуватись лише на придбання матеріально-технічних ресурсів виробничого призначення.

Вважаю, що дії Щ. кваліфіковані за ч. 1 ст. 80³ КК 1960 р. помилково. Відповідно до п. 11.29 ст. 11 Закону України від 3 квітня 1997 р. із змінами «Про податок на додану вартість» сільськогосподарські товаровиробники не сплачують до бюджету ПДВ

¹ Див.: *Навроцький В. О.* Кримінальне право. Особлива частина: Курс лекцій. — К., 2000. — С. 127.

щодо операцій з продажу товарів (робіт, послуг) власного виробництва. Зазначені кошти залишаються в їх розпорядженні, використовуються на придбання матеріально-технічних ресурсів виробничого призначення, а у разі нецільового використання стягуються до бюджету. Порядок акумуляції та використання вказаних коштів встановлюється КМУ.

Таким чином, Щ. вчинила нецільове використання коштів, належних фермерському господарству «Геліоніта» і поки що не зарахованих до державного бюджету, у зв'язку з чим обвинувачення даної службової особи у кримінально караному порушенні законодавства про бюджетну систему є, на мою думку, безпідставним. Характерно, що в акті контрольно-ревізійного відділу у Першотравневому районі Донецької області № 14-330 від 30 квітня 2001 р. вказувалось, що під час перевірки фермерського господарства «Геліоніта» випадків нецільового використання бюджетних коштів не встановлено, однак виявлено нецільове використання коштів ПДВ, який нараховується сільськогосподарськими товаровиробниками — платниками ПДВ і не підлягає сплаті до бюджету. У постанові про відмову в порушенні кримінальної справи ці різні об'єкти фінансово-правового регулювання з незрозумілих причин ототожнюються, що потягло за собою неправильну кваліфікацію дій Щ. Лише після зарахування до бюджету акумульованих раніше сум ПДВ вони визнаються бюджетними коштами, а посягання на них може кваліфікуватись за ст. 210 КК.

З об'єктивного боку вчинення злочину, описаного у ст. 210 КК, можливе у чотирьох формах, вказаних законодавцем альтернативно: 1) використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню; 2) використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків; 3) недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету; 4) недотримання вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів.

З урахуванням ст. 119 Бюджетного кодексу України від 21 червня 2001 р. під використанням бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню потрібно розуміти витрачання бюджетних коштів на цілі, що не відповідають бюджетним призначенням, встановленим для цих коштів законом про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет, виділеним

бюджетним асигнуванням чи кошторисам доходів і витрат. Це може бути, зокрема: 1) фінансування за рахунок бюджетних коштів тих видатків, які не передбачені видатковими статтями затвердженого бюджету відповідного рівня (наприклад, направлення бюджетних коштів на банківські депозити, придбання різноманітних активів — валюти, цінностей, іншого майна з метою отримання прибутків та (або) наступного продажу, здійснення за рахунок бюджетних коштів внесків до статутних фондів комерційних юридичних осіб або надання благодійної допомоги); 2) використання бюджетних коштів, що мали цільове спрямування, з іншою метою, тобто фінансування одних видатків за рахунок інших статей видатків (скажімо, фінансування виробництва за рахунок коштів, призначених для виплати заробітної плати; використання на утримання державних органів коштів, виділених на фінансування заходів у сфері освіти; витрачання бюджетних коштів, виділених для усунення аварії на шахті та надання допомоги сім'ям загиблих, на погашення банківських кредитів та заборгованості з виплати заробітної плати).

Працюючи головним бухгалтером санаторно-загальноосвітньої школи-інтернату, М. у період з 23 січня по 8 липня 1998 р. вчинила нецільове використання бюджетних коштів у розмірі 1991 грн. 76 коп., одержаних для потреб цієї установи від міського управління освіти. Бюджетні кошти, призначені для харчування дітей і фінансування матеріальної допомоги непрацюючим пенсіонерам, М. частково використала для виплати заробітної плати працівникам школи-інтернату, а з грошей, які мали бути повністю витрачені на виплату зарплати та нарахувань на неї, вона сплатила пеню, податок з власників транспортних засобів і придбала бухгалтерські бланки. Органами попереднього розслідування дії М. кваліфіковано за ч. 1 ст. 80³ попереднього КК як використання службовою особою бюджетних коштів у супереччя їх цільовому призначенню, вчинене у великих розмірах.

Поняттям нецільового використання бюджетних коштів у плані відповідальності за ст. 210 КК охоплюється також спрямування їх на такі видатки, фінансувати які за рахунок бюджетних коштів заборонено. Наприклад, законодавство забороняє використання бюджетних коштів для фінансування різноманітних позабюджетних фондів; крім випадків, передбачених зако-

ном про Державний бюджет України, бюджетні установи не мають права надавати за рахунок бюджетних коштів позички юридичним та фізичним особам (ч. 3 ст. 21 Бюджетного кодексу).

Порядок забезпечення органами державної контрольно-ревізійної служби повернення коштів державного і місцевих бюджетів та державних цільових фондів, використаних підприємствами, установами та організаціями не за цільовим призначенням, та/або не повернутих бюджетам чи фондам позик і кредитів затверджено наказом Міністерства фінансів України від 14 листопада 2000 р. № 275. У п. 3 цього нормативного акту різновидами нецільового використання бюджетних коштів визнаються витрачання таких коштів за відсутності первинних документів, які підтверджують здійснення господарських операцій, та використання бюджетних коштів понад установлені нормативи.

Думається, що непідтверджене документально витрачання бюджетних коштів саме по собі навряд чи може розцінюватись як використання таких коштів усупереч їх цільовому призначенню, чого вимагає диспозиція ст. 210 КК. Якщо не встановлено, що зазначені дії супроводжували та (або) приховували нецільове використання бюджетних коштів, вчинене ознак аналізованого складу злочину не містить, однак залежно від обставин справи має діставати адміністративно-правову (ст. 164¹² КпАП) або кримінально-правову (ст. ст. 191, 364, 365, 367 КК) оцінку. Стосовно ж використання бюджетних коштів понад установлені нормативи, то з точки зору відповідальності за ст. 210 КК таке правопорушення є використанням бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків.

З погляду відповідальності за ст. 210 КК використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків, — це фінансування видатків у сумах, які перевищують розміри, затверджені у відповідних бюджетах, кошторисах і планах асигнувань. Особа, яка має право розпоряджатись бюджетними коштами, перевищує або загальний обсяг затверджених видатків, або обсяг видатків на конкретні заходи, передбачені у встановленому порядку (наприклад, завищуються обсяг і вартість проведених робіт або товарно-матеріальні цінності придбаваються за завищеною ціною). Очевидно, інкримінування ст. 210 КК не повинне виключатись і у разі перевиконання доходної частини Державного бюджету (ст. 53 Бюджетного кодексу)

або загального фонду місцевого бюджету (ст. 78 Бюджетного кодексу) — коли службова особа фінансує видатки того чи іншого бюджету, перевищуючи при цьому параметри, затверджені у встановленому порядку.

Бюджетний кодекс передбачає порядок і умови скорочення видатків у ході виконання бюджетів. При цьому на відміну від ст. 33 Закону «Про бюджетну систему України» (в редакції Закону від 29 червня 1995 р. зі змінами) скорочення затверджених бюджетних видатків не обов'язково має бути пропорційним, тобто в цьому разі спостерігається неузгодженість між формулюваннями кримінального і бюджетного законодавства.

На мій погляд, кримінально каране недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету може виражатись, наприклад, у неприйнятті рішення про скорочення видатків бюджету у разі зменшення надходжень до нього, у прийнятті рішення здійснювати фінансування у попередньому обсязі, поширити скорочення на всі видаткові статті бюджету, у тому числі захищені, у неподанні керівником місцевого фінансового органу місцевій раді офіційного висновку про недодержання доходної частини загального фонду місцевого бюджету, у неприйнятті керівником бюджетної установи рішення про внесення змін до кошторису і плану асигнувань.

Під недотриманням вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів у плані відповідальності за ст. 210 КК слід розуміти, зокрема, фінансування у повному обсязі одних статей видатків при одночасному зменшенні фінансування за іншими статтями або при їх повному нефінансуванні, недодержання строків фінансування видатків за окремими статтями, що призводить до виникнення і зростання заборгованості з виплати пенсій, заробітних плат, соціальних допомог, перевищення або зменшення видатків бюджету в одному кварталі (місяці) за рахунок іншого періоду бюджетного року.

За особливістю конструкції об'єктивної сторони кримінально каране порушення законодавства про бюджетну систему належить до формальних складів. Обґрунтовуючи це положення стосовно перших двох форм аналізованого злочину, В. Кочерга та Є. Фесенко слушно зауважують, що використання (витрачання) бюджетних коштів — це одночасно і характеристика діяння, і наслідок, який презюмується законодавцем, і

полягає у дисбалансі доходів і видатків бюджету, а інших наслідків як обов'язкової ознаки складу злочину тут не встановлено¹.

Злочин визнається закінченим з моменту вчинення одного з чотирьох діянь, передбачених ст. 210 КК. При цьому потрібно мати на увазі те, що описані у диспозиції аналізованої статті форми порушення бюджетного законодавства пов'язані між собою, а також те, що розмір незаконно використаних або витрачених бюджетних коштів має бути не меншим за одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Якщо службовій особі не вдалося використати бюджетні кошти всупереч їх цільовому призначенню або в обсягах, які перевищують затверджені межі видатків, наприклад, через те, що орган Державного казначейства, перевіrivши платіжне доручення і підтверджувальні документи, відмовився оплатити рахунок розпорядника або одержувача бюджетних коштів, вчинене, на мою думку за спрямованістю умислу треба кваліфікувати за ст. 15, ст. 210 КК як замах на злочин.

З урахуванням того, що в Україні застосовується казначейська форма обслуговування Державного бюджету, видання керівником бюджетної установи, що фінансується з такого бюджету, наказу про використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню або в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків, не виходить за рамки умисного створення умов для вчинення злочинів, а тому має розглядатись не як замах, а як готування до злочину, передбаченого ст. 210 КК. Оскільки готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 14 КК), зазначені дії службової особи за наявності до цього підстав можуть кваліфікуватись за ст. 14, ч. 2 ст. 210 КК.

Шкідливі наслідки, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 210 КК, можуть бути враховані при призначенні покарання. За наявності до цього підстав спричинення внаслідок порушення бюджетного законодавства суспільно небезпечних наслідків має діставати самостійну кримінально-правову оцінку (наприклад, за статтями 191, 364, 365 КК).

Недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами, здійснене у формах, які у статтях 210, 211 КК прямо не

¹ Див.: *Кочерга В., Фесенко Є.* Законопроект, який став законом // *Право України.* – 1998. – № 7. – С. 93.

передбачені, повинне розцінюватись як адміністративний проступок (ст. 164¹² КпАП) або як відповідний злочин у сфері службової діяльності (наприклад, ст. 364, ст. 365 або ст. 367 КК). Зокрема, це стосується: неефективного використання державних капіталовкладень; закупівлі товарів (робіт, послуг) без проведення тендерних процедур у тих випадках, коли вони є обов'язковими; порушення заборони авансувати за рахунок бюджетних коштів оплату товарів, робіт, послуг більше як на один місяць. В останньому випадку фактично йдеться про приховане кредитування суб'єктів підприємництва, яке заборонене п. 1 наказу Міністерства фінансів України від 6 квітня 1998 р. № 83 із змінами «Про порядок укладення угод щодо надання послуг (виконання робіт) та придбання матеріальних цінностей у суб'єктів господарювання, оплата яких проводиться за рахунок бюджетних коштів».

Суб'єктивна сторона розглядуваного злочину характеризується умисною формою вини. Бажаною видається конкретизація форми вини безпосередньо у тексті аналізованої кримінально-правової норми, особливо з огляду на те, що деякі автори допускають можливість вчинення певних різновидів порушення законодавства про бюджетну систему з необережності¹.

Якщо службова особа порушує приписи бюджетного законодавства необережно — через несумлінне ставлення до своїх службових обов'язків, вчинене за наявності до цього підстав має кваліфікуватись за ст. 367 КК як службова недбалість.

Суб'єкт злочину, що розглядається, є спеціальним. Ним визнається службова особа, уповноважена на використання бюджетних коштів. Передусім це службова особа, на яку покладено виконання функцій розпорядника бюджетних коштів, але розпорядниками коло суб'єктів злочину не обмежується.

Відповідно до п. 36 ст. 2 БК розпорядники бюджетних коштів — це бюджетні установи в особі їх керівників, уповноважені на одержання бюджетних асигнувань, взяття бюджетних зобов'язань та здійснення видатків з бюджету.

Суб'єктом аналізованого злочину визнаються також: 1) службові особи місцевих фінансових органів, тобто установ, що відпо-

¹ Львов Б., Бенедесюк Й. Уголовная ответственность за нарушение бюджетного законодательства // Бизнес. — 12 января 1998 г. — № 1; Мельник Н., Хавронюк Н. Уголовная ответственность за нарушения бюджетного законодательства // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1997. — № 11. — С. 30.

відно до законодавства України здійснюють функції зі складання, виконання місцевих бюджетів, контролю за витрачанням коштів розпорядниками бюджетних коштів, а також інші функції, пов'язані з управлінням коштами місцевого бюджету; 2) керівники бюджетних установ та організацій, які розпоряджаються бюджетними коштами відповідно до затверджених кошторисів і планів асигнувань; 3) службові особи юридичних осіб небюджетної сфери, яким згідно з чинним законодавством делеговано право розпоряджатись бюджетними коштами; 4) службові особи підприємств, установ, організацій, які не мають статусу бюджетних, однак у встановленому порядку через розпорядників коштів отримують бюджетні кошти на певні програми, а також фінансову допомогу за рахунок бюджетних коштів у формі дотацій, субвенцій, субсидій. Останній із перелічених категорій службових осіб за наявності до цього підстав, крім ст. 210 КК, має додатково інкримінуватись ст. 222 КК, якою встановлено відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами, в тому числі за надання завідомо неправдивої інформації органам державної влади, органам влади АРК чи органам місцевого самоврядування з метою одержання субсидій, субвенцій або дотацій.

Якщо зловживання з бюджетними коштами вчинено службовою особою установи чи організації, яка не є розпорядником або одержувачем бюджетних коштів, дії винного, на мою думку, повинні розцінюватись як злочин у сфері службової діяльності і кваліфікуватись з урахуванням обставин справи за ст. 364 або ст. 365 КК. Така ж кримінально-правова оцінка має даватись (за наявності до цього підстав) діям службових осіб тих підприємств, установ, організацій, які відповідно до укладених угод виконують роботи, надають послуги тощо для бюджетних установ або одержувачів бюджетних коштів. Адже перераховані на банківські рахунки юридичних осіб — виконавців гроші втрачають статус бюджетних коштів як предмета злочину, що розглядається.

Вважаю, що за ст. 210 КК не повинні кваліфікуватись діяння службових осіб банків, з вини яких порушуються строки зарахування податків і зборів до бюджетів або державних цільових фондів або у інший спосіб не дотримується порядок своєчасного та повного внесення податкових платежів до бюджетів чи державних цільових фондів. Аналіз п. 16.5 ст. 16 Закону України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань

платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» дозволяє дійти висновку про те, що з моменту подання платником до банківської установи платіжного доручення на перерахування податку або збору та реєстрації цього документа, підтвердженої штампом банківської установи, сума сплаченого податкового платежу ще не набуває якості бюджетних коштів. Цей висновок підтверджується главою 18 БК, в якій на відміну від ст. 304 Бюджетного кодексу РФ від 31 липня 1998 р. («Несвоєчасне виконання платіжних документів на перерахування коштів, які підлягають зарахуванню на рахунки бюджетів») банки та інші кредитні організації серед суб'єктів бюджетних правопорушень не фігурують. До моменту виконання банком платіжного доручення платника продовжують тривати податкові правовідносини, поки що не трансформовані у бюджетні. Частина 5 ст. 50 БК України прямо передбачає, що податки, збори (обов'язкові платежі) та інші доходи державного бюджету визнаються зарахованими у доход державного бюджету з моменту зарахування їх на єдиний казначейський рахунок бюджету. Таким чином, зловживання службових осіб банківських установ з грошовими коштами, які надійшли від платників податків і мають бути зараховані до бюджетів чи державних цільових фондів, мають кваліфікуватись не за ст. 210 КК (відсутній предмет даного посягання), а, наприклад за ст. 364 або ст. 365 КК як той чи інший злочин у сфері службової діяльності.

Надійшла до редколегії 15.04.02

В. Зеленецький, член-кореспондент
АПрН України

Поняття і природа дослідчого кримінального процесу

В літературі неодноразово відзначалося, що кримінальний процес являє собою складну динамічну систему¹. Але при цьо-

¹ Див., напр.: *Чеканов В. Я.* Уголовное судопроизводство как целостная система // Вопросы уголовного процесса. – Саратов, 1979. – Вып. 2. – С. 26–35.

му не вказується, чим визначається його складність, реально існуючий динамізм і системний характер¹. Факторів, що обумовлюють зазначені властивості і стани системи кримінального процесу, багато. Стосовно теми нашого дослідження важливо зазначити, що складність цієї системи визначається великою кількістю і розмаїтістю елементів, її утворюючих, серед яких особливе місце посідає так званий людський фактор; особливим об'єктом пізнання, який за своїм характером найчастіше є латентним; специфікою засобів пізнання і здійснення різних видів процесуальної діяльності.

Динамізм процесу визначено наперед його публічністю, специфікою правовідносин, що реалізуються в загальній структурі процесуальної діяльності; динамікою зміни його станів у різні періоди провадження, що обумовлюються вирішенням системи як окремих, так і загальних завдань процесу; специфікою захисту інтересів одних осіб і прагненням інших до захисту своїх власних інтересів за рахунок перших; тією боротьбою, що виникає в кримінальному процесі в зв'язку зі здійсненням різних видів діяльності, особливо обвинувальної, спрямованої на забезпечення кримінальної відповідальності винної особи; розмаїтістю способів і засобів задоволення потреб держави, окремих колективів або громадян у кримінальному процесі.

Зрештою, системний характер кримінального процесу визначено системними якостями кримінально-процесуального права, його статичною і функціональною цілісністю, взаємозв'язком і взаємозумовленістю всіх його елементів, єдність, специфіка і закономірність зв'язку яких і утворює структуру кримінального процесу, в якому дослідча процесуальна діяльність є вихідною, первинною, створює умови виникнення і здійснення інших видів кримінально-процесуальної діяльності.

Дослідча діяльність також є цілісною і системною, як і весь кримінальний процес, частиною котрого вона є. При цьому ця частина виконує в цілому свою особливу специфічну функцію, без якої кримінальний процес не може існувати і функціонувати як завершене системне і специфічно цілісне утворення. Саме тому виникає необхідність у системному підході до розгляду як

¹ Про поняття складності системних об'єктів див.: *Бельгаєва Н. Н.* Сложность и сохранение качества системных объектов // *Вестник Ленинградского университета.* – 1974. – № 11; *Черняк Ю. И.* Простота сложного. – М., 1975.

кримінального процесу в цілому, так і різних видів діяльності, що входять до його структури¹.

Реалізація в дослідженні основних положень цього підходу припускає насамперед розгляд кримінального процесу як системи, а утворюючих його елементів — як особливих взаємозалежних підсистем. З цього випливає, що описати кримінальний процес як систему, а його структуроутворюючі елементи як специфічні підсистеми «означає охарактеризувати його з боку: 1) цілісності; 2) внутрішньої побудови, або закономірностей зв'язків, що існують між його елементами; 3) місця в загальній системі»².

При традиційному підході до характеристики структури кримінального процесу прийнято говорити про стадії, з яких він складається. При цьому виділяють стадії досудові і судові. До перших відносять: порушення кримінальної справи і попереднє (досудове) розслідування, а до других — попередній розгляд справи судом, судовий розгляд, виконання вироку, касаційне провадження, перегляд вироку в порядку судового нагляду і поновлення справ за нововиявленими обставинам. Визнаючи цілком правомірним поділ стадій на досудові і судові, не можна погодитися, по-перше, з підставами такого поділу; по-друге, з переліком тих стадій, що належать до досудових і судових. На цю обставину слід звернути увагу, оскільки й у досудових, і в судових стадіях процесу приймаються не тільки проміжні, а й кінцеві (підсумкові) рішення, що визначають як розвиток кримінально-процесуальної діяльності, так і результат процесу, рішення завдань, що стоять перед ним.

¹ Про поняття системи і системного підходу див.: *Садовский В. Н.* Методологические проблемы исследования объектов, представляющих собой системы // *Социология в СССР*. — М., 1966. — Т. 1. — С. 164–185; *його ж.* Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. — М., 1974; *Кузьмин В. П.* Принцип системности в теории и методологии К. Маркса. — М., 1976; *Коган М. С.* О системном подходе к системному подходу // *Философские науки*. — 1973. — № 6 — С. 37; *його ж.* Человеческая деятельность (опыт системного анализа). — М., 1974; *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. — М., 1973; *Аверьянов А. Н.* Система. Философская категория и реальность. — М., 1976; *Дружинин В. В., Конторов Д. С.* Проблемы системологии. — М., 1976; *Афанасьев В.* Динамика социальных систем // *Коммунист*. — 1980. — № 5. — С. 56–70.

² *Строгович М. С., Алексеева Л. Б., Ларин А. М.* Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. — М., 1979. — С. 99–100.

На думку О. Михайленка, поділ стадій процесу на досудові і судові провадиться щодо «суб'єктів (державних органів, що здійснюють кримінально-процесуальну діяльність)»¹. Але тоді позначення кожного класу стадій має відображати назву суб'єкта, який веде процес у відповідній процесуальній стадії (слідчого, дізнавача, прокурора тощо). Тим часом в основі позначення кожного класу стадій лежить спільний для них корінь «суд». Лише префікс «до», який застосовується для позначення першого досудового класу, вказує на межі включення в нього стадій, що передують усім іншим і мають назву судових стадій процесу.

Отже, поділ стадій на досудові і судові ґрунтується на їх відношенні щодо суду. Ті, які передують судовій діяльності, іменуються досудовими; всі інші — судовими.

Але й тут необхідно звернути увагу на одну істотну неточність. Оскільки йдеться про класифікації стадій, то до кожного класу, який виділяється на загальній підставі, повинні включатися стадії, що мають загальні ознаки. Тим часом О. Михайленко відносить до судових також стадію виконання вироку, яка у більшості випадків не може бути віднесена до числа таких, оскільки діяльність, що становить її зміст, як правило, виходить за межі судового процесу.

Те ж саме слід сказати і про діяльність прокурора, пов'язану з затвердженням обвинувального висновку. Цю діяльність О. Михайленко відносить до попереднього розслідування, але тоді і в самій класифікації стадій, і в їх позначенні має бути відображена участь у відповідній діяльності (у даному разі в розслідуванні) прокурора. І це дійсно так, оскільки йдеться про класифікації стадій за суб'єктом, але, як видно з позначення перелічених стадій, про прокурора в їх назві нічого не говориться². При всій суперечливості змісту пропонованої О. Михайленком класифікації стадій правильним є те, що автор цілком обґрунтовано включає розглядувану прокурорську діяльність до загальної системи процесуальних стадій, хоча і невірно визначає її місце в загальній структурі кримінального процесу.

¹ Михайленко А. Р. О сущности и значении стадий советского уголовного процесса // Вопросы уголовного процесса. — Саратов, 1977. — Вып. 1. — С. 119.

² Про сутність прокурорської діяльності та її місце в загальній системі стадій кримінального процесу див.: Зеленецкий В. С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. — Х., 1979.

Процесуальні стадії є тими частинами, єдність яких і утворює кримінальний процес¹. Але це твердження є вірним доти, доки аналізується процес, що складається із системи процесуальних стадій, тобто той, якому притаманна стадійність у його організаційній структурі. Якщо ж говорити про процеси, що не мають у своїй структурі зазначених стадій, то розглядуване твердження буде вірним лише частково, і тому має характеризуватися як одностороннє, таке, що потребує свого уточнення.

Для конкретизації зазначеного положення слід з'ясувати, чи існують у реальній дійсності процеси, структура яких не складається із системи загальновідомих процесуальних стадій, і яка специфіка здійснюваної в них діяльності.

При дослідженні цього питання будемо виходити з того, що кримінальний процес як специфічна соціальна система складається з кількох відносно самостійних, але об'єктивно взаємозалежних систем. Як такі виступають процеси меншого ступеня спільності (обсягу). Ці процеси відносяться так до загального, як відноситься будь-яка частина до свого цілого. З огляду на цей факт такого роду процеси слід називати окремими процесами загальної процесуальної системи. Інакше кажучи, будь-який процес меншого обсягу діяльності буде часткою відносно загального, тобто щодо всієї процесуальної системи.

При цьому кожна частина процесу реалізується до початку здійснення діяльності в іншій частині (наприклад, стадії) процесу. Якщо з цих позицій проаналізувати систему досудових стадій, то насамперед необхідно виділити в їх системі стадію попереднього розслідування або досудового слідства, що і утворить зміст слідчого кримінального процесу. Безсумнівно, що саме тут вирішуються найбільш важливі і складні завдання в

¹ Про сутність і значення стадій кримінального процесу див.: *Чеканов В. Я.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе. — Саратов, 1958. — С. 4; *Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела. — М., 1961. — С. 39; *Элькинд П. С.* Сущность советского уголовно-процессуального права. — Л., 1963. — С. 50–52; *Ципкин А. Л.* Право на защиту в кассационном и надзорном производстве и при исполнении приговора. — Саратов, 1965. — С.4; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. — М., 1968. — Т. 1. — С. 66; *Михайленко О.* Порухення кримінальної справи — самостійна стадія радянського судочинства // Радянське право. — 1970. — № 3. — С. 74; *його ж.* О сущности и значении стадий советского уголовного процесса. — С. 114–120; *Зеленецкий В. С.* Вказ. праця. — С. 7–42.

системі досудових стадій. Але до попереднього розслідування (досудового слідства) у зв'язку з інформацією про вчинений злочин, що надійшла, також здійснюється певна діяльність. За своїм характером вона теж є процесуальною. Такими ж є і правові відносини, що реалізуються в структурі зазначеної діяльності. Основними її суб'єктами є слідчий, дізнавач, прокурор, суддя, а також громадяни, установи, підприємства і організації, що надіслали особам, які ведуть процес, інформацію про вчинений або підготовлюваний злочин. У цьому сенсі розглядуваний процес є специфічним за своїм суб'єктним складом. У жодному іншому окремому процесі немає такого широкого кола осіб, правомочних вести даний процес і приймати рішення, що визначають можливості його подальшого розвитку або припинення.

Традиційно при характеристиці цієї частини процесу прийнято говорити про нього як про стадію порушення кримінальної справи. Але це неправильно. Така його характеристика є вузькою, однобічною, такою, що відбиває назву лише одного можливого рішення, яке тут приймається, а саме — рішення про порушення кримінальної справи.

Загальновідомо, однак, що за підсумками даного провадження можуть бути прийняті й інші рішення, зокрема, про відмову в порушенні кримінальної справи і про направлення заяви про вчинений або підготовлюваний злочин за підвідомчістю. Крім того, в цьому ж процесі приймається рішення про порушення протокольної форми досудової підготовки матеріалів. Якщо розглядати зазначені рішення в їх кількісному співвідношенні, то можна помітити, що серед них на практиці домінують рішення про відмову в порушенні кримінальної справи і про направлення заяв і повідомлень за належністю.

У зв'язку з цим виникає запитання: чи можна позначати даний процес найменуванням того рішення (про порушення кримінальної справи), яке тут приймається рідше за інші (про відмову в порушенні кримінальної справи і про направлення заяв, що надійшли, і повідомлень про злочин за належністю), і чиє найменування не відображається в назві процесу, що завершується його винесенням?

На це запитання слід відповісти негативно, оскільки жодна назва з усіх перелічених рішень не відображає природу процесу, в якому вони приймаються. Інакше кажучи, кожне із заз-

начених рішень відображає у своїй назві лише один з можливих результатів здійснюваної в даному процесі діяльності, у зв'язку з чим їх назву не може бути використано для позначення всієї діяльності і конкретного процесу, в якому вона здійснюється. Отже, цьому процесу необхідно дати таку назву (позначення), яке б правильно відображало як природу, так і його місце в загальній процесуальній системі.

Оскільки процес, що аналізується, передує слідчому, його необхідно розглядати як самостійний і називати «дослідчим кримінальним процесом».

З огляду на викладене кримінальний процес, що передує попередньому розслідуванню, в якому відбуваються прийом, реєстрація, дослідження заяв, повідомлень, іншої інформації щодо вчиненого або підготовлюваного злочину і приймається рішення про порушення кримінальної справи, відмову в цьому, початок протокольної форми досудової підготовки матеріалів або про направлення одержаних джерел інформації за належністю (підслідності або підсудності), іменується дослідчим кримінальним процесом.

Цей кримінальний процес має певну специфіку, свої завдання: його зміст утворює велика за обсягом і складна за своїм характером процесуальна діяльність, здійснювана спеціально уповноваженими на те суб'єктами.

Тут немає необхідності розглядати все розмаїття питань, що виникають у зв'язку з новим підходом до характеристики дослідчого кримінального процесу. Тим більше, що результати досліджень цього процесу при підході до нього з традиційних позицій, що визначають його як стадію порушення кримінальної справи, стосуються і характеристики різних сторін дослідчого кримінального процесу. Тому зупинимось лише на двох, мабуть, найбільш дискусійних і одночасно досить важливих у практичному відношенні питаннях: по-перше, про самостійність кримінального процесу і, по-друге, про його співвідношення з наступним процесом, іменованим слідчим.

Зазначимо, що властивість самостійності, притаманна будь-якому процесу, характеризує його якісну визначеність. Але найбільш повно і переконливо вона зовнішньо виражається у відповідних кількісних показниках. У цьому сенсі необхідно знову нагадувати про кількість тих рішень про відмову в пору-

шенні кримінальної справи, які поряд з рішеннями про порушення справи займають у загальній їх сукупності домінуюче становище. Якщо при цьому враховувати і кількість протокольних проваджень, що також порушуються в дослідчому кримінальному процесі, то самостійність цього процесу стає, безперечно, очевидною. Зрозуміло, що на самостійність дослідчого кримінального процесу накладають обмеження випадки порушення кримінальної справи і протокольного провадження. Але і вони не усувають її реального існування, а лише підкреслюють її відносний характер і нові форми прояву, а так само зв'язок дослідчого кримінального процесу зі слідчим і всією процесуальною системою. Цей зв'язок проявляється не тільки в організаційному механізмі двох зазначених процесів, а й у створенні в дослідчому кримінальному процесі умов для реалізації кримінальної відповідальності винної особи спочатку в слідчих, а потім і в судових процесах. У цьому плані особливий інтерес становить питання про співвідношення дослідчого і слідчого кримінальних процесів.

Відомо, що зараз великий обсяг роботи щодо встановлення всього комплексу обставин вчиненого злочину, які входять до предмета доказування, виконується в слідчому кримінальному процесі. У дослідчому процесі, що передує йому, проводиться незначна за обсягом і підготовка для попереднього слідства робота. Тим часом в інтересах боротьби зі злочинністю і з метою економії сил і засобів правоохоронних органів зазначене співвідношення має бути змінено у бік збільшення обсягу роботи в дослідчому кримінальному процесі. Мається на увазі, що саме в зазначеному процесі за допомогою всієї системи дослідчих пізнавальних дій повинні встановлюватися щодо одних справ усі, щодо інших — більшість обставин, що входять у предмет доказування. Що ж стосується слідства, то в цьому процесі мають виявлятися за допомогою слідчих дій лише ті обставини, доказування яких без провадження слідчих дій неможливе (наприклад, експертні дослідження, відтворення обстановки і обставин події тощо). При встановленні такого порядку слідчому необхідно буде виконати такі процесуальні дії, що забезпечують притягнення особи до кримінальної відповідальності, доказування з її участю тих обставин, що не встановлені в дослідчому кримінальному процесі, забезпечити реалізацію права обвинуваченого на захист, виконати всі інші дії, пов'язані з закінченням розсліду-

вання і направленням через прокурора справи в суд для її попереднього розслідування суддею і наступного розгляду по суті.

З цього погляду підвищення якісної визначеності дослідчого кримінального процесу виступатиме специфічним резервом істотного поліпшення якості попереднього (досудового) слідства, а на його основі й якості судового розгляду кримінальних справ.

Дослідчий кримінальний процес функціонує на стику оперативно-розшукового і слідчого процесів. І хоча оперативно-розшукова діяльність може здійснюватися компетентними особами в ході обох зазначених процесів, усе-таки за обсягом відомостей про вчинення злочинів, що надходять, а також за часом реалізації цими органами відповідних функціональних завдань він більш тісно пов'язаний з оперативно-розшуковою, ніж зі слідчою діяльністю. Вже одна ця обставина вказує на необхідність комплексного застосування при вирішенні заяв, повідомлень, іншої інформації про злочини оперативних і процесуальних засобів, з одного боку, для реалізації оперативно-розшукових заходів, а з іншого — для успішного вирішення завдань дослідчого кримінального процесу.

Для забезпечення оптимального режиму функціонування дослідчого кримінального процесу важливим є правильне вирішення питання про співвідношення правового регулювання діяльності всього розмаїття суб'єктів у дослідчому кримінальному процесі.

Оскільки йдеться про кримінальний процес, то всі розглянуті види діяльності мають бути регламентовані в новому Кримінально-процесуальному кодексі України.

Надійшла до редколегії 02.04.02

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

В. Журавель, професор НЮА України

Науковий пошук у криміналістиці: засоби та шляхи здійснення

Проблема пошуку нових можливостей у науці завжди привертала увагу вчених-криміналістів внаслідок природної потреби пізнання і перетворення об'єктів дослідження, необхідності формування концептуальних засад, які б не тільки виступали підґрунтям розбудови нових криміналістичних теорій (вчень) та збагачували потенціал науки, а й слугували активізації її службової функції в умовах сьогодення. При цьому треба враховувати, що розвиток наукового знання, а отже, і визначення основних напрямків наукового пошуку в криміналістиці залежать від:

- об'єктивних процесів, що відбуваються в самій науці і характеризують логіку її розвитку;
- тенденцій і напрямків науково-технічного прогресу, наявності інтегративних зв'язків криміналістики з природничими і технічними науками;
- вдосконалення чинного законодавства, насамперед такого, що регулює процес доказування та розширення джерел доказової інформації;
- запитів практики як вихідного пункту криміналістичного пізнання та сфери реалізації предметно-перетворюючої функції криміналістики.

Повною мірою усвідомлюючи всю складність, багатоаспектність, масштабність проблеми здійснення наукового пошуку у криміналістиці, що, безумовно, потребує самостійного, більш поглибленого розгляду, висловимося лише щодо деяких аспектів даної проблематики.

Здійснення наукового пошуку неможливе без всебічного аналізу внутрішніх процесів, що відбуваються у тій чи іншій галузі знань. Щодо криміналістики, то характерною рисою логіки її розвитку, як й інших наук кримінального циклу, є нерівномірність. «Неможливо не відзначити, — констатує В. Коновалова, — нерівномірність у появі і формуванні окремих вчень та теорій в криміналістиці, що пояснюється існуючою у розвитку науки стрибкоподібністю, більш успішним розвитком одних аспектів і меншою увагою до других, потреба в яких не викликається тією чи іншою сферою діяльності»¹.

Крім того, процес формування нових криміналістичних теорій визначено наперед передумовами і потребами їх створення. «Ніколи не було нового знання, — підкреслює М. Бунге, — яке до деякого ступеня не визначалося б знанням, котре йому передувало»². Ось чому будь-яке наукове дослідження не розпочинається з нуля, а здійснюється в умовах наявності якогось мінімуму інформації. Це передусім положення загальної теорії криміналістики, їх рівень, здатність асимілювати попередні дані, прогнозувати та пророкувати нові ефекти, а також емпіричні дані (позитивний і негативний досвід застосування в ході розкриття та розслідування злочинів розроблених криміналістикою засобів, прийомів та методів; відомості щодо появи нових видів злочинів та способів їх вчинення тощо). Саме судово-слідча, експертна, оперативно-розшукова практика розглядається як вихідний пункт криміналістичного пізнання, як сфера реалізації предметно-перетворюючої функції криміналістики, що визначає предмет її дослідження, спрямованість наукового пошуку.

Разом з тим передумови самі по собі ще не пояснюють потреби в створенні тієї чи іншої теорії. Для цього необхідна певна наукова проблема, для вирішення якої ця теорія і створюється. «Теорія стає необхідною там і тоді, де і коли виникають наукові проблеми, вирішення яких неможливе без теоретичного дослідження»³. Отже, теорії та проблеми — це рівноправні еле-

¹ Коновалова В. Е. Версия: концепция и функции в судопроизводстве. — Х., 2000. — С. 116.

² Бунге М. Интуиция и наука. — М., 1967. — С. 110.

³ Эксархонупло А. А. Криминалистическая теория: формирование и перспективы развития в условиях НТР: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 1993. — С. 15.

менти наукового знання, тісно пов'язані між собою: проблема породжує теорію, а теорія — нові проблеми. «Теорія мертва, — зазначав Р. Белкін, — якщо вона не дає паростків на дереві життя, але й це дерево ризикує засохнути, якщо його коріння не буде живитися соками живої, а не мертвої теорії»¹.

Уявляється, що в числі проблем-стимуляторів перш за все слід виділити проблеми двох рівнів:

— гносеологічні (пізнавальні), що являють собою запитання, відповідей на які немає в наявному знанні і тому вимагають певних зусиль для перетворення незнання на знання;

— предметні (соціальні), що являють собою суперечність між бажаним і дійсним та вимагають певних зусиль для зближення дійсного з бажаним і по можливості перетворення першого на друге.

Щодо вирішення проблем першого рівня, то криміналістичні теорії (вчення) сприяють розширенню пізнавальної сфери науки, істотно підвищують теоретичну цінність і практичну значущість проведених досліджень, поліпшують якість розробок та рекомендацій. Що стосується проблем другого рівня, то їх вирішення спрямоване на активізацію діяльності судових, слідчих та експертних органів у справі протидії злочинності.

Оскільки пізнавальна діяльність на всіх рівнях генетично і функціонально залежить від предметної практики, то й одним із можливих варіантів здійснення наукового пошуку в криміналістиці може бути визнано побудову прогностичної моделі, в основу якої покладені результати досліджень зв'язків між розвитком науки і потребами практики, що відображені в документальних потоках.

Запропонована модель має свою внутрішню структуру і певну функціональну спрямованість. Щодо структури, то вона включає два самостійних компоненти-блоки: «Наука» і «Практика». До першого входять:

— фундаментальні дослідження, в результаті яких пізнаються закономірності розвитку і функціонування того чи іншого об'єкта криміналістичного пізнання;

— прикладні дослідження, в процесі яких на підставі знань, одержаних в результаті фундаментальних досліджень, створюють-

¹ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. — М., 2001. — С. 129.

ся нові або вдосконалюються існуючі криміналістичні прийоми, рекомендації, засоби, а також виявляються та обґрунтовуються конкретні шляхи їх практичного використання в судово-слідчій, оперативно-розшуковій та експертній діяльності.

Блок «Практика» включає відомості про:

— масштаби впровадження в судово-слідчу і експертну практику розроблених наукою криміналістикою технічних засобів, тактичних прийомів та методичних рекомендацій;

— рівень ефективності (одержані результати) від впровадження в практику розслідування, судового розгляду і проведення експертиз запропонованих наукою технічних засобів, прийомів та рекомендацій;

— потреби органів правосуддя, слідства і експертизи у вдосконаленні існуючих методів, прийомів та засобів і розробці нових.

Зазначена модель функціонує за рахунок обміну інформацією, що здійснюється каналами зв'язку між блоками «Наука» і «Практика». При цьому в науці як об'єкті дослідження слід виділяти два аспекти: реальні знання, що становлять основу наукового потенціалу криміналістики, і можливості їх розвитку, а також наукові абстракції — ідеї, проблеми, гіпотези як потенційно можливі знання, які припускають проведення додаткових досліджень з метою їх підтвердження і тим самим трансформації в знання реальні. Результати наукових досліджень відображаються у монографіях, підручниках, посібниках, матеріалах наукових конференцій і науково-практичних семінарах, періодичних і спеціальних виданнях тощо. Окремі пропозиції можуть бути висловлені вченими в ході спеціально проведеного анкетування чи інтерв'ювання.

Інформація з указаних джерел через канал прямого зв'язку поступає на вхід блоку «Практика». В свою чергу через канал зворотного зв'язку до блоку «Наука» надходять відомості про потреби судово-слідчої та експертної практики в тих чи інших криміналістичних знаннях, одержані в результаті узагальнення і аналізу кримінальних справ, проведення криміналістичного моніторингу (головним чином у ході анкетування та інтерв'ювання суддів, слідчих, експертів), а також таких, що містяться в різних публікаціях. Через той же вхід надходить інформація про поточні можливості, тобто про наявні ресурси в слідчих, судових і експертних органів щодо задоволення цих потреб, про

нововведення, що виникають на практиці і вимагають наукового обґрунтування і апробації, а також про кількісні та якісні зрушення, що відбуваються в структурі злочинної діяльності.

Оцінку кількісних показників інформаційного обміну між блоками «Наука» і «Практика» слід вважати одним із засобів визначення реально існуючих наукових напрямків, одержання об'єктивної картини тематичного поля науки криміналістики. Йдеться насамперед про застосування наукометричних методів визначення рівня інтенсивності наукових розробок і появи відповідних публікацій на підставі виявлення точок «зростання» або «згасання». Так, важливою у визначенні перспективності тієї чи іншої наукової проблеми є зміна кількості інформаційних матеріалів у певній галузі досліджень. Зростання інформаційних показників одного з елементів, наявність різних розбіжностей між одержаною об'єктивною структурною схемою і існуючою системою науки криміналістики вказуватимуть на перспективні наукові проблеми, що потребують першочергового дослідження. Навпаки, зменшення кількості інформації свідчить або про юність даної галузі, або про неактуальність вирішуваних в ній проблем, або про межу розвитку, якої вона досягла, або про обмеження ресурсних можливостей вчених-криміналістів, які займаються її дослідженням, що проявляється у «згасанні» темпів зростання відповідних розробок та публікацій. Щоб встановити, що зниження кількості публікацій з проблем не є випадковістю, достатньо провести статистичний ретроспективний аналіз, а потім порівняти одержані дані зі статистичними показниками становища, що зараз склалося. Якщо виявиться, що в недалекому минулому (3–5 років) на вирішення даної проблеми витрачалися зусилля багатьох дослідників, а тепер потік літератури щодо неї різко зменшився, то, зрозуміло, напрошується висновок про кризовий стан інформації з цієї проблеми. Ця обставина, безумовно, вимагає, щоб на неї звертали увагу вчені-криміналісти і спробували в будь-якому разі виявити справжні причини такого становища.

Отже, вибірковість наукового пошуку, поява нових наукових напрямків (нововведень) певною мірою обумовлені результатами порівняльного аналізу показників інформаційного обміну між блоками «Наука» і «Практика», що синтезовані з документальних потоків.

У контексті розглядуваної проблеми особливе значення мають роботи, в яких знайшли своє відображення ідеї наукометрії. Саме з цих робіт можна безпосередньо одержати інформацію про запити практики та пропозиції науки. Так, за даними В. Бахіна, попит на публікації з питань криміналістичної техніки становить із загального числа публікацій 8,5%, а пропозиції — 7,1%; в галузі криміналістичної тактики — відповідно 18,9 і 10,2%; в галузі криміналістичної методики — 45,2 і 8,3%. Щодо попиту на роботи із загальних питань криміналістики, то він становить 16,8%, а пропозиції — лише 8,8%. Серед причин незадовільного попиту практики на рекомендації науки В. Бахін називає: а) складність пошуку та виділення рекомендацій у тексті робіт; б) неконкретність рекомендацій; в) складність сприйняття рекомендацій¹.

Погоджуючись з наведеними аргументами, Р. Белкін робить ще більш відверті висновки і доводить, що головною причиною, яка стоїть на шляху активного впровадження здобутків криміналістики у слідчу практику, є консервативні стереотипи, що склалися в самій практичній діяльності. «Практика стихійно протидіє нововведенням, — констатує він, — намагаючись зберегти звичний статус-кво, звичний спосіб дій. Цьому сприяють і сформовані стереотипи мислення слідчих. Небажання і деякою мірою побоювання нового, незвичного прикриваються іронічним ставленням до рекомендованих новинок. Корені такого негативного ставлення різноманітні. Це може бути результатом професійної деформації, втрати інтересу до своєї професії. Це може бути і конформізм молодих слідчих, що потрапили під вплив заражених такою байдужістю старших колег»².

Отже, в існуючих суперечностях між запитамі практики та пропозиціями науки однаково винні як практики, так і науковці. Дійсно, значна частка із запропонованих наукою рекомендацій хибує на багатослівність, зайву інформацію. Існуючі «книжкові методики» здатні задовольнити тільки потреби навчального процесу з криміналістики, але навряд чи зможуть слугувати інструментом практичної діяльності. Ось чому вель-

¹ Див.: Бахин В. П. Следственная практика: проблемы изучения и совершенствования. — К., 1991. — С. 38, 102.

² Белкин Р.С. Вказ. праця. — С. 124.

ми актуальною є проблема розробки алгоритмів дій слідчого відповідно до конкретних ситуацій, які б відповідали вимогам практики, тобто були лаконічними, чіткими, доступними для розуміння, простими в застосуванні тощо.

Слід також зазначити, що номенклатура і якість одержуваних наукових результатів значною мірою залежать від кваліфікації та особистих характеристик наукових кадрів, а також від організаційного механізму їх використання і взаємодії. При цьому неузгодженість саме цих питань істотно знижує потенціал наукових розробок. З метою вирішення розглянутих проблем нами було запропоновано створити єдиний у масштабах країни науково-методичний центр, який забезпечує координацію діяльності різноманітних «криміналістичних шкіл», спрямованість наукових досліджень¹. І такий центр — «Координаційне бюро з проблем криміналістики, юридичної психології та судової експертизи» було створено в структурі Академії правових наук України. Але, на жаль, цей крок не вирішив усіх питань. Як і раніше, вибір тематики досліджень у багатьох випадках обумовлений не стільки потребами практики і внутрішньою логікою розвитку самої науки криміналістики як пізнавального процесу, скільки суб'єктивними поглядами, які значною мірою залежать від схильностей того чи іншого вченого або специфіки «криміналістичної школи». Таке становище призводить до дублювання, однобічності, породжує ситуації, коли актуальні з позицій науки і практики проблеми залишаються поза увагою вчених. Деякі вчені просто ігнорують зазначений центр, не звертаються до нього і обирають таку тематику наукових досліджень, яка не витримує ніякої критики². Зрозуміло, виникає потреба зробити другий крок і надати цьому центру іншого статусу, який би забезпечував реальну координацію зусиль учених, сприяв визначенню пріоритетних напрямків наукових досліджень у галузі криміналістики.

Надійшла до редколегії 15.03.02

¹ Див.: Журавель В. А. Проблеми теорії та методології криміналістичного прогнозування. — Х., 1999. — С. 241.

² Див.: Перелік тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права (2000–2001). — Х., 2002. — С. 101–118.

В. Шевчук, доцент НЮА України

Криміналістична профілактика злочинів та її роль у побудові методики розслідування: дискусійні проблеми

Одним із перспективних напрямків удосконалення методики розслідування окремих видів злочинів є розробка і дослідження питань криміналістичної профілактики. З огляду на це вважаємо справедливою точку зору криміналістів, згідно з якою методика виявлення причин та умов, які сприяють вчиненню злочинів, формується саме в надрах методики розслідування, входить до її предмета і є її необхідною складовою частиною¹; методика виходить із обов'язковості, а не факультативності виявлення цих обставин, необхідності їх доказування шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів, розробки заходів щодо усунення причин та умов їх реалізації².

Методика розслідування злочинів відображає процес боротьби зі злочинами як єдність розкриття, розслідування і спеціально спрямованого попередження злочинів. При цьому двоєдина функція криміналістики виражена в діяльності правоохоронних органів по попередженню злочинів у сфері розкриття, розслідування, з одного боку, і у сфері спеціального попередження — з іншого³. Тому І. Возгрін правильно вважає, що частиною криміналістичних рекомендацій є опис особливостей підготовки і проведення попереджувальної діяльності при розслідуванні окремих видів злочинів⁴.

Слід зазначити, що розробка засобів, прийомів і методів профілактичного характеру завжди була предметом наукового

¹ Див.: Яблоков Н. П. Совершенствование методических основ расследования преступлений // Сов. государство и право. — 1976. — № 2. — С. 71.

² Див.: Андреев И. С, Грамович Г. И., Порубов Н. И. Криминалистика: Учебное пособие / Под ред. Н. И. Порубова. — Минск, 1997. — С. 179.

³ Див.: Зудин В. Ф. Социальная профилактика преступлений (Криминологические и криминалистические проблемы). — Саратов, 1983. — С. 156, 157.

⁴ Див.: Возгрин И. А. Общие положения методики расследования преступлений // Криминалистика: Учебник / Под ред. Т. А. Седовой, А. А. Эксархонуло. — СПб, 2001. — С. 618, 619.

пошуку в криміналістиці. Так, ще І. Якимов відмічав, що розробка найбільш раціональних способів попередження і припинення злочину, який вже вчиняється, є одним із завдань криміналістики¹. Вважається, що саме він уперше ввів до предмета криміналістичної науки завдання попередження злочинів².

На необхідність розробки питань профілактики у криміналістиці в 30-ті роки ХХ ст. вказували Є. Владимиров, Г. Зильберквіт, Ю. Кацапельсон³, В. Громов⁴, а наприкінці 40-х — П. Тарасов-Радионон⁵.

Особливо активізувалися дослідження проблем попередження злочинів у криміналістичній науці в 60-ті роки ХХ ст. У цей час розгорнулася дискусія щодо місця профілактики злочинів криміналістичними засобами в системі курсу криміналістики, а також їх змісту, завдань та щодо інших питань, які й на сьогодні залишаються дискусійними і потребують глибокого осмислення.

Серед існуючих точок зору можна виділити декілька. Одні автори предмет і завдання криміналістичної профілактики надмірно розширюють: до профілактичних функцій криміналістики, крім специфічних, пропонують віднести ще й суто процесуальні, оперативно-розшукові, управлінсько-організаційні та політико-виховні, включаючи прийоми ведення широкої правової пропаганди і політико-виховної роботи серед населення⁶. Інші науковці необґрунтовано звужують ці завдання лише до розробки техніко-попереджувальних заходів⁷.

¹ Див.: *Якимов И. Н.* Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике. — М., 1925. — С. 25.

² Див.: *Корноухов В. Е.* Основы теории профилактики преступлений // Курс криминалистики: Общая часть / Отв. ред. В. Е. Корноухов. — М., 2000. — С. 764.

³ Див.: *Владимиров Э. В., Зильберквит Г. А., Кацапельсон Ю. Д.* Уголовная профилактика. — М., 1934. — С. 10.

⁴ Див.: *Громов В. У.* Предварительное расследование в уголовном процессе. — М., 1935. — С. 16.

⁵ Настольная книга следователя / Шейнин Л. Р., Тарасов-Радионон П. И., Роземблит С. Я. / Под. ред. Г. Н. Сафонова. — М., 1949. — С. 85–87.

⁶ Див.: *Зудин В. Ф.* Предотвращения и расследование преступлений. — Саратов, 1963. — С. 79–84.

⁷ Див.: *Герцензон А. А.* Вопросы предупреждения преступлений в новом законодательстве союзных республик // Сов. государство и право. — 1961. — № 7. — С. 69.

У той же час серед криміналістів обґрунтовувалася точка зору, згідно з якою криміналістика у попередженні злочинів не повинна виконувати якусь особливу роль, яка відрізнялася б від притаманної їй «служби» в межах застосування криміналістичних засобів, прийомів та методів. У розвиток цієї позиції зазначалося, що особливого «криміналістичного» попередження не існує і немає жодних підстав для вирізнення такого поняття¹.

На наш погляд, серед полярних позицій найбільш переконливою є позиція вчених, які пропонують ідею формування криміналістичної профілактики як окремої криміналістичної теорії. Зокрема, ще в 1961 р. В. Колмаков запропонував виділити у криміналістиці поряд із технікою, тактикою та методикою самостійний розділ і сконцентрувати в ньому все, що стосується профілактики у криміналістичній науці². І. Фрідман, розвиваючи цю ідею, зазначав, що «перелік окремих криміналістичних теорій не можна визнати повним без включення в нього вчення про криміналістичну профілактику, яка є методологічною базою дослідження і розробки засобів, прийомів і методик попередження злочинів»³. Така позиція є досить поширеною серед криміналістів, про що свідчить той факт, що останнім часом у науковій та навчальній літературі криміналістичну профілактику злочинів розглядають як окрему криміналістичну теорію⁴.

Треба зазначити, що криміналістичну профілактику злочинів слід розглядати у двох аспектах.

По-перше, *криміналістична профілактика злочинів як специфічна діяльність уповноважених законом суб'єктів*, що здійснюється на підставі застосування засобів криміналістичної техніки, прийомів, криміналістичної тактики, методів розсліду-

¹ Див.: Васильев А. Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений. — М., 1978. — С. 16, 18.

² Див.: Колмаков В. П. Некоторые вопросы криминалистической профилактики преступлений // Сов. государство и право. — 1961. — № 12. — С. 107.

³ Фрідман И. Я. Вопросы профилактики преступлений в системе криминалистики // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1971. — Вып. 8. — С. 102.

⁴ Див.: Зудин В. Ф. Криминалистическая профилактика преступлений (концепция, принципы, средства реализации). — Воронеж, 1995; Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ. — Х., 1999. — С. 192–198; Корноухов В. Е. Вказ. праця. — С. 764–778; Яблоков Н. П. Криминалистика. — М., 2000. — С. 64–68 та ін.

вання певних злочинів і пов'язана із встановленням причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів, а також вжиттям спеціальних криміналістичних засобів для профілактики, запобігання і припинення злочинної діяльності конкретних осіб. При цьому суб'єктами криміналістичної профілактики у відповідних видах і формах її застосування виступають органи дізнання, оперативно-розшукові органи, слідчий, експерт, прокурор, суддя. У зв'язку з цим слід розрізняти такі види профілактичної діяльності: 1) слідчу профілактику — здійснюється слідчим під час розслідування злочинів; 2) оперативну профілактику — застосовується органом дізнання і оперативно-розшуковими органами в процесі виявлення і розкриття злочинів; 3) експертну профілактику — має місце при проведенні судових експертиз; 4) судову профілактику — проводиться при розгляді кримінальних справ у суді¹.

По-друге, *криміналістична профілактика злочинів як один із наукових напрямків криміналістичної науки, окрема криміналістична теорія*, основними напрямками якої можуть бути: 1) вивчення закономірностей утворення, виявлення і дослідження слідів-ознак криміногенних обставин, характерних для тих чи інших видів злочинів; 2) дослідження і розробка техніко-криміналістичних і тактичних засобів, прийомів і методів виявлення, фіксації та вивчення обставин криміногенного характеру, захисту окремих об'єктів від злочинних посягань; 3) розробка і вдосконалення методів та прийомів виявлення і усунення причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів; 4) виділення у кожному випадку розслідування об'єктів криміналістично-профілактичного вивчення і відповідного впливу; 5) виявлення і дослідження особливостей типових слідчих ситуацій профілактичного характеру, які виникають під час розслідування, і розробка на їх підґрунті головних напрямків діяльності по попередженню злочинів; 6) визначення та прогнозування комплексу профілактичних заходів, найефективніших і дійових у кожній із виділених ситуацій; 7) розробка і дослідження заходів припинення та попередження при підготовці, вчиненні або приховуванні окремих видів злочинів².

¹ Див.: Кузьмичов В. С., Прокопенко Г. І. Криміналістика: Навчальний посібник / За заг. ред. В. Г. Гончаренка та Е. М. Моїсеєва. — К., 2001. — С. 209.

² Див.: Яблоков Н. П. Криминалистическая методика. — М., 1985. — С. 38; Матусовський Г. А. Криміналістична профілактика злочинів // Криміналістика / За ред. В. Ю. Шепітька. — К., 2001. — С. 35.

Отже, предмет криміналістичної профілактики злочинів будується з урахуванням вимог кримінально-процесуального закону, кримінологічної теорії попередження злочинів, а також специфіки криміналістичної науки і особливостей її завдань. При цьому криміналістика не посягає на предмет інших наук кримінального циклу, оскільки кожна з них має свій предмет пізнання. Криміналістичний аспект попередження злочинів має свої особливості, які впливають із предмета науки криміналістики щодо слідоутворення, специфічних слідів, які відображають ознаки обстановки, що сприяли злочину¹.

У зв'язку з цим, Р. Белкін правильно зазначає, що криміналістичні засоби і методи профілактики злочинів можуть бути поділені на: 1) засоби і методи безпосереднього встановлення причин та умов, що сприяють вчиненню і приховуванню злочинів; 2) засоби і методи одержання органом розслідування або судом опосередкованої інформації про ці причини та умови; 3) засоби і методи експертного встановлення цих даних².

Виходячи з наведеного, можна дійти висновку, що криміналістична профілактика злочинів є одним із пріоритетних досліджень, які потребують подальшого розвитку теоретико-методологічних засад вчення про криміналістичну профілактику злочинів, а також розробки і дослідження криміналістичної профілактики окремих видів злочинів.

Розглянувши деякі основні теоретичні питання криміналістичної профілактики злочинів, вважаємо за необхідне з'ясувати ще одну важливу проблему, яка на даний час у криміналістичній літературі залишається дискусійною. Це стосується питання про визначення структури криміналістичної методики, зокрема того, чи повинна окрема методика розслідування містити самостійний розділ про профілактичну діяльність слідчого.

У криміналістичній теорії існуючі точки зору щодо цієї проблеми можна умовно поділити на дві основні. Прихильники пер-

¹ Див.: Матусовський Г. А. Криміналістична профілактика злочинів, що вчиняються у сфері підприємницької діяльності, і взаємодія правоохоронних органів // Боротьба зі злочинністю у сфері підприємницької діяльності / Борисов В. І., Кальман О. Г., Корж В. П. та ін. – Х., 2001. – С. 249.

² Див.: Белкин Р. С. Курс криминалистики: Учебное пособие для вузов. – 3-е изд. – М., 2001. – С. 88.

шої (О. Васильєв, Р. Белкін) вважають, що окремі методики розслідування не включають як самостійний її структурний елемент питання попередження злочинів. Так, О. Васильєв писав: «Чи входить у методику розслідування встановлення причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів, і вжиття заходів щодо їх усунення? Ні, не входить. Це не означає недооцінку попередження злочинів. Йдеться про правильне розмежування компетенції між науками, зокрема, між криміналістикою і криминологією»¹.

На нашу думку, така позиція викликає деякі заперечення, оскільки подібне тлумачення знижує роль та ефективність криміналістики в цілому. У цьому зв'язку необхідно насамперед визначити співвідношення предметів криміналістики та криминології. Ми поділяємо точку зору Р. Белкіна, який стверджує: «Предметом криминології є розробка системи попереджувальних заходів. До цієї системи криминологія включає також і криміналістичні заходи попередження окремих видів злочинів, проте користується ними як даними науки криміналістики, тобто сама розробкою таких заходів не займається»².

Отже, криміналістична методика, на відміну від криминології, вивчає і досліджує не загальну концепцію попередження злочинності, а головним чином закономірності організації та проведення профілактичної діяльності слідчого при розкритті та розслідуванні окремих видів злочинів.

Р. Белкін вважає, що окрема криміналістична методика не повинна містити розділ про профілактичну роботу слідчого. Загальні необхідні відомості про неї, на його думку, мають міститися у вченні про принципи організації діяльності по збиранню, дослідженню, оцінці та використанню доказів, а опис типових для окремих видів злочинів причин та умов, що сприяють їх вчиненню, доцільно помістити в розділі про криміналістичну характеристику³.

Друга точка зору полягає в тому, що її представники (О. Колесніченко, В. Коновалова, Г. Матусовський, М. Салтєвський,

¹ Васильєв А. Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений // Соц. законность. — 1975. — № 4. — С. 61, 62.

² Белкин Р. С. Вказ. праця. — С. 115.

³ Див.: Там само. — С. 75.

В. Бахін, А. Волобуєв, М. Яблоков, А. Возгрін, В. Кузьмічов, Г. Прокопенко, В. Шепітько та ін.) визначають питання про встановлення причин та умов вчинення злочинів і профілактичної роботи слідчого як заключний, самостійний елемент криміналістичної методики, як один із об'єктів її дослідження.

Слід звернути увагу на термінологічні розбіжності в найменуванні цього структурного елемента криміналістичної методики у різних авторів: О. Колесніченко — «криміналістичні питання профілактики даного виду злочину» (1978 р.), «профілактичні дії слідчого при розслідуванні окремих видів злочинів» (1988 р.); Г. Матусовський — «заходи криміналістичної профілактики» (2001 р.); М. Салтєвський — «профілактичні дії слідчого» (1996 р.), «виявлення обставин, що сприяють вчиненню злочинів, і визначення заходів щодо їх усунення» (2001 р.); І. Возгрін — «особливості підготовки і проведення попереджувальної діяльності слідчих та дізнавачів при розслідуванні окремих видів злочинів» (2001 р.); М. Яблоков — «особливості попередження окремих злочинів» (2001 р.); А. Волобуєв — «профілактичні дії слідчого при розслідуванні злочинів певного виду або групи» (1996 р.); В. Бахін — «виявлення обставин, що сприяють вчиненню злочинів, і визначення заходів щодо їх усунення» (1987 р.); В. Кузьмічов і Г. Прокопенко — «особливості профілактичної діяльності слідчого за матеріалами розслідування певної категорії справ» (2001 р.) та ін. Тому, на наш погляд, заключний розділ методики необхідно називати «Криміналістична профілактика певного виду злочину», зокрема криміналістична профілактика розкрадань, криміналістична профілактика ухилень від сплати податків, криміналістична профілактика контрабанди і т. ін.

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що криміналістичну профілактику злочинів необхідно розглядати в методиці розслідування як окремий, заключний її структурний елемент. При цьому слід виходити з таких положень.

По-перше, організація і планування роботи дізнавача та слідчого по розслідуванню злочинів обов'язково включають встановлення причин злочинів та умов, що сприяють їх вчиненню (ст. 23 КПК), відображуючи тим самим один з найважливіших напрямків діяльності дізнавачів та слідчих. Важливо підкреслити, що їх виявлення, як і прийняття заходів щодо

усунення, проходить одночасно з доказуванням інших обставин, які належить встановити по кожній кримінальній справі. Тільки взаємозв'язок цих двох напрямків діяльності дозволяє встановити істину у справі. Тому така діяльність є окремим, самостійним і обов'язковим етапом пізнання злочинної події, врахування якого дає змогу глибше й повніше вивчити й дослідити обставини такого злочину і розробити відповідні криміналістичні рекомендації профілактичного характеру.

По-друге, методика розслідування окремих видів злочинів є підґрунтям для розробки криміналістичних прийомів попередження злочинів і фактично визначає рамки профілактичної роботи слідчого по розслідуваних справах з урахуванням слідчих ситуацій профілактичного характеру, які складаються під час розслідування конкретних злочинів. Разом з тим криміналістичні прийоми і методи профілактичної роботи формуються саме у змісті методики розслідування, входять до її предмета і становлять об'єкт дослідження.

По-третє, узагальнення судово-слідчої практики свідчить про те, що профілактична робота при розслідуванні злочинів явно недооцінюється. Так, за період з 1995–2001 рр. тільки у митних органах України було порушено і знаходилося у провадженні дізнавачів митниць 5 тис. 788 кримінальних справ про контрабанду і лише у 21 випадку (0,36 %) внесено подання про виявлені причини та умови, що сприяли вчиненню таких злочинів, і вжиття заходів щодо їх усунення (ст. 23¹ КПК). Таке становище характерне при розслідуванні інших видів злочинів і показує, що цьому напрямку діяльності не приділяється належної уваги. Останнє зумовлює актуальність, важливість та необхідність дослідження і розробки питань криміналістичної профілактики злочинів.

Надійшла до редколегії 10.04.02

В. Синчук, перший заступник
прокурора Харківської області

Типові слідчі ситуації в методиці розслідування вбивств

Для побудови теоретичних концепцій методики розслідування вбивств і здійснення в практичній діяльності її рекомендацій важливе значення мають типові слідчі ситуації. Зрозуміло, що ні кримінально-процесуальне право, ні криміналістика не можуть сформулювати наукові рекомендації, розраховані на кожну конкретну слідчу ситуацію. Може йтися лише про типові ситуації і найбільш оптимальні шляхи щодо їх вирішення. При цьому кожна конкретна слідча ситуація, незважаючи на її індивідуальність, неповторність та специфічність становить собою різновид типової, і в цьому ключ до її глибинного пізнання.

Щодо можливостей типізації слідчих ситуацій, то в теорії криміналістики існують різні точки зору. Одні вчені вважають типізацію слідчих ситуацій цілком можливою і пропонують свої варіанти. Так, на думку Л. Драпкіна, підставами типізації слідчих ситуацій є наявність загальних, групових ознак та їх відносна повторюваність¹. О. Васильєв і М. Яблоков також вважають головним критерієм типізації частоту повторюваності певних ознак². В. Гавло таким критерієм називає схожість криміналістичних характеристик вчинення та розслідування злочинів³, а О. Філіпов і О. Целищев — обсяг та зміст інформації, що характеризує стан, хід та умови розслідування⁴.

Протилежну позицію щодо розглядуваної проблеми займає Р. Белкін. «Складний, багатокомпонентний склад слідчої ситуації, — пише він, — значне число об'єктивних та суб'єктивних чинників, що впливають на зміст і характер цих компонентів,

¹ Див.: *Драпкин Л. Я.* Основы криминалистической теории следственных ситуаций: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1987. — С. 17.

² Див.: *Васильев А. Н., Яблоков Н. П.* Предмет, система и теоретические основы криминалистики. — М., 1984. — С. 139.

³ Див.: *Гавло В. К.* Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений. — Томск, 1985. — С. 124.

⁴ Див.: *Филипов А. Г., Целищев О. Я.* Узловые проблемы расследования преступлений // Сов. гос-во и право. — 1982. — № 8. — С. 75.

створюють у своєму сполученні невичерпну кількість варіантів слідчих ситуацій, кожна з яких обов'язково відрізняється від інших. Конкретна слідча ситуація завжди індивідуальна і тому типізація слідчих ситуацій за всією повнотою їх змісту неможлива. Здійснити типізацію слідчих ситуацій можливо лише за одним з їх компонентів, а якщо бути ще більш точним — лише за одним з елементів, що створюють цей компонент. Як правило, таким об'єктом типізації обирають один з елементів компоненту інформаційного характеру, а саме — наявність інформації щодо події та її учасників»¹.

Нам зрозумілі заперечення Р. Белкіна, вони певною мірою виправдані. Але якщо поставити під сумнів ідею типізації слідчих ситуацій, це означає, по-перше, увійти в суперечність з діалектичним співвідношенням загального (типового) і окремого (специфічного), а по-друге, обмежити можливість їх використання в криміналістичній методиці, де саме ця категорія і набуває особливого значення.

Уявляється, що для вирішення поставленого завдання необхідно за основу взяти вузьке розуміння слідчої ситуації — як положення (обстановку), що характеризує своєрідність певного етапу розслідування і визначається наявністю чи відсутністю значущої для розслідування інформації. Що стосується широкого тлумачення поняття слідчої ситуації, то воно в принципі можливе. Однак в науковому плані такий погляд відображує не стільки сутність слідчої ситуації, скільки стан процесу розслідування взагалі, що не одне і те ж. Очевидно, ситуацію не можна повністю ототожнювати з фактичним розслідуванням.

При виділенні типових слідчих ситуацій необхідно враховувати такі положення:

- типізація слідчих ситуацій можлива тільки для конкретного виду, а у деяких випадках — різних видів злочинів;
- типізація доцільна щодо певного етапу розслідування злочинів;
- типізація слідчих ситуацій можлива за умови наявності відповідних підстав.

У теорії й практиці найбільші труднощі викликає з'ясування підстав для типізації слідчих ситуацій. У криміналістичній

¹ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории — к практике. — М., 1983. — С. 95—96.

літературі були зроблені спроби сформулювати найбільш загальні підстави щодо типізації слідчих ситуацій. Так, О. Колесніченко і В. Коновалова зазначали, що «кожний злочин, поряд з більшою чи меншою схожістю з іншими злочинами, має комплекс індивідуальних, неповторних ознак, він індивідуальний. Однак це не означає, що кількість типових слідчих ситуацій і відповідних їм завдань розслідування нескінченна. Стосовно цього слід враховувати, що слідча ситуація встановлюється через відношення наявної інформації до даної в криміналістичній характеристиці та визначення завдань щодо збирання і дослідження необхідної інформації для з'ясування обставин, що становлять предмет доказування. Оскільки предмет доказування окреслений і ознаками складу злочину, і положеннями КПК, остільки і перелік основних слідчих ситуацій може бути визначений точно»¹.

Впевненість зазначених авторів, на жаль, не знайшла своєї реалізації у наукових дослідженнях криміналістів, що займаються проблемами окремих методик. Ілюстрацією тому можуть слугувати запропоновані в літературі варіанти типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування вбивств². Різноманітність і далеко невичерпний перелік запропонованих слідчих ситуацій дають підстави вважати, що в основі їх типізації лежить не частота виникнення конкретних слідчих ситуацій, а особисте уявлення авторів щодо їх кількості. Таке становище навряд чи може задовольнити потреби практики. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне сформулювати такі положення щодо слідчої ситуації, які необхідно враховувати як при її типізації, так і в ході практичного застосування:

а) типова слідча ситуація — це наукова абстракція, в якій відображені найбільш загальні, ймовірні риси, що характеризують хід і стан розслідування на певному етапі;

б) для забезпечення типізації з усіх компонентів, що входять до структури слідчої ситуації, доцільно залишити тільки компоненти інформаційного характеру. Навіть така «урізана типізація», заснована на використанні тільки джерел інформаційного характеру, має свою практичну спрямованість щодо найбільш проду-

¹ Колесніченко А. Н., Коновалова В. Е. Криминалистическая характеристика преступлений: Учебное пособие. — Х., 1985. — С. 69.

² Див.: Видонов Л. Г. К вопросу о криминалистической характеристике и следственной ситуации в методике расследования убийств // Следственная практика. — Вып. 146. — М., 1984. — С. 123 та ін.

маної побудови слідчих версій, визначення оптимального напрямку розслідування, обрання найбільш ефективного комплексу слідчих дій і тому має право на існування;

в) інформаційною базою типових слідчих ситуацій є частота зустрічності ситуацій конкретних, що обумовлює необхідність аналізу і оцінки значного емпіричного матеріалу. При цьому одним із істотних критеріїв віднесення конкретної ситуації до розряду типової слід вважати ступінь впливу останньої на процес визначення послідовності проведення слідчих дій або тактичних операцій. Іншими словами, в методиці розслідування окремих видів злочинів як типові мають бути виділені такі слідчі ситуації, які істотно впливають на формування алгоритму дій слідчого. Якщо нехтувати цим критерієм, то можна дійсно визначити невичерпну кількість варіантів слідчих ситуацій, які реально не впливають на формування методики, а тільки виступають як інформаційний баласт;

г) інформаційну структуру типових слідчих ситуацій складають відомості, сформульовані відносно даних, що входять до криміналістичної характеристики певного виду злочину та предмет доказування;

г) кожна типова слідча ситуація має «свій» сталий набір ознак (про хід і стан розслідування), система яких дозволяє індивідуалізувати її відносно певного етапу розслідування;

д) індивідуальність типової слідчої ситуації обумовлює побудову системи безпосередніх завдань і обрання найбільш ефективних шляхів та засобів їх вирішення.

Отже, залежно від вихідних даних, на підставі яких порушуються кримінальні справи про вбивства, можуть бути виділені такі типові слідчі ситуації:

- виявлено труп з ознаками насильницької смерті;
- виявлено частини розчленованого трупа;
- встановлено факт зникнення людини за наявності обставин, що вказують на можливість її вбивства;
- має місце з'явлення із зізнанням;
- одержано заяву від очевидців вбивств або потерпілих, що залишилися в живих при замаху на вбивство.

Зазначені слідчі ситуації відрізняються динамічністю. При цьому трансформація стосується не тільки різноманітних якісних, а й кількісних показників, тобто одна вихідна ситуація може перерости в декілька ситуацій початкових. Крім того, тре-

ба враховувати, що на процес формування слідчих ситуацій також впливають кримінальні ситуації, тобто ситуації вчинення злочину. Щодо вбивств, то йдеться насамперед про очевидні та неочевидні кримінальні ситуації. Так, щодо початкового етапу розслідування вбивств за наявності трупа типовими можна визнати такі слідчі ситуації.

1. Одержано повну інформацію щодо всіх елементів криміналістичної характеристики, тобто відомості про місце, час, знаряддя, обстановку, спосіб вчинення злочину, особу жертви та злочинця (така ситуація трапляється у 80% випадках розслідування очевидних убивств).

2. Одержано інформацію щодо всіх елементів криміналістичної характеристики за винятком відомостей про мотив вчинення злочину (така ситуація можлива при розслідуванні очевидних убивств, коли характер і спрямованість дій злочинця суперечать його показанням).

3. Одержано інформацію щодо місця, часу, знаряддя, обстановки, мотиву, способу вчинення вбивства, особи жертви, але невідома особа злочинця (відсутність даних щодо таких елементів криміналістичної характеристики, як мотив, місце, час дещо ускладнює зазначену ситуацію, але не на стільки, щоб істотно вплинути на тактичні завдання, які постають перед слідчим, та алгоритм його дій і тому не можуть слугувати підставами для виділення їх у самостійні різновиди слідчих ситуацій).

4. Одержано інформацію щодо місця, часу, знаряддя, обстановки, способу вчинення вбивства, але особу потерпілого не встановлено, бракує даних про особу злочинця та мотив.

Якщо кримінальну справу порушено на підставі з'явлення із зізнанням, то на початковому етапі розслідування вбивств типовими можуть бути такі ситуації.

1. Одержано повну інформацію щодо всіх елементів криміналістичної характеристики і предмета доказування.

2. Одержано інформацію щодо місця, часу, знаряддя, обстановки, способу, мотиву вчинення злочину, особи жертви і злочинця, але труп жертви злочину не знайдено.

Отже, типові слідчі ситуації є важливим елементом структури методики розслідування вбивств, що істотно впливає на формування системи слідчих дій, алгоритм поведінки слідчого.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

І. Ліщина, аспірант НЮА України

Міжнародне право прав людини і його вплив на національний правопорядок України

Однією з найбільш важливих характеристик прав людини є їх «загальність» — вони «не обмежені територією держави (позатериторіальні) і не залежать від національної належності людини (наднаціональні): вони належать їй вже в силу того, що вона людина»¹. Отже, у сучасному світі проблема прав людини, як відзначається в Підсумковому документі Віденської зустрічі представників держав-учасниць Наради з безпеки і співробітництва в Європі, набуває «загального значення», тобто доктрина, стандарти, міжнародно-правова і внутрішньодержавна практика в сфері прав і свобод людини набуває поряд з екологічними, енергетичними, демографічними та ін. проблемами глобального характеру².

Слід відмітити, що радянська наука віддавала перевагу вирішенню проблеми прав людини в рамках однієї держави. Зокрема, А. Бережнов відзначав, що «міжнародно-правове регулювання становища людини в суспільстві може мати позитивне значення і відігравати істотну роль у світлі вирішення проблеми прав особистості, але при цьому завжди є похідним, вторинним стосовно внутрішнього життя даного суспільства»³. Україна ж з перших кроків національного державного будівництва заявила про «перевагу загальнолюдських цінностей над класовими, примат норм міжнародного права перед нормами внут-

¹ Скакун О. Ф. Теория государства и права. — Х., 1999. — С. 187.

² Див.: Орзих М. Глобализация доктрины и стандартов прав и свобод человека // Юридический вестник. — 1998 — № 4. — С. 65.

³ Бережнов А. Г. Теоретические вопросы генезиса и содержания проблемы прав личности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 1987. — С. 19.

рішнього» (розділ X Декларації про державний суверенітет України від 16 червня 1990 р.).

Стаття 9 Конституції України встановлює, що «чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». З тексту статті прямо не впливає більша юридична сила норм міжнародного права перед нормами національних законів. Така невизначеність дала підставу укладачам першого коментаря Конституції висловити ідею про рівну юридичну силу законів і міжнародних договорів України¹. Однак необхідно відзначити, що, по-перше, п. 2 ст. 17 Закону України «Про міжнародні договори» після прийняття Конституції так і не був змінений і продовжує фіксувати, що «якщо міжнародний договір України, укладення якого відбулось у формі закону, встановлює інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України». Крім того, що більш важливо, єдиний на сьогодні офіційний коментар даної статті Конституції був зроблений Верховним Судом України, який у п. 14 постанови Пленуму «Про застосування Конституції при здійсненні правосуддя» закріпив: «Виходячи з положення Конституції України про те, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною законодавства України, суд не може застосовувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються інакше, ніж у міжнародному договорі». Отже, цілком обґрунтованим видається висновок В. Євінтова про те, що «у випадку колізії норм ратифікованого договору і норм національного права перші мають більш високу юридичну силу, ніж другі, і підлягають пріоритетному застосуванню»².

Міжнародно-правові норми, спрямовані на захист прав людини, зосереджені в особливій галузі міжнародного права — міжнародному праві прав людини. Ця галузь — породження післявоєнного світового порядку, вона не є характерною для класичного (довоєнного) міжнародного права. Вона стала од-

¹ Див.: Коментар до Конституції України. — К., 1996. — С. 41–42.

² Євінтов В. І. «Пряме застосування міжнародних стандартів в галузі прав людини (коментар до ст. 9 Конституції)» Український часопис прав людини 1/1998. — С. 27.

ним з результатів наукового і політичного пошуку людей, що намагалися знайти ефективні засоби запобігання новій світовій війні і новому Холокосту. Тому джерела цієї незвичайної галузі міжнародного права містять безліч новацій, не характерних для класичного міжнародного права.

Перелік джерел (форм) міжнародного права прав людини складається (як і в інших галузях міжнародного права) з договорів і звичаїв. Міжнародні договори (пакти, конвенції, хартії) передбачають матеріальні права людини і заходи їх захисту, які повинні визнавати і реалізовувати держави-учасниці договору. Отже, такі конвенції регулюють не взаємостосунки держав-учасниць, як це було в класичному міжнародному праві, а відносини між державами-учасницями та їх власними громадянами, захищаючи останніх від перших. При цьому конвенції формулюються таким чином, щоб вони органічно увійшли в національні правові системи відповідних країн і могли використовуватися безпосередньо як державними органами, так і громадянами в їх взаєминах, незалежно від того, чи прийнято державою спеціальні заходи для впровадження положень цих угод у національне законодавство.

Другою важливою рисою таких угод є те, що вони носять уніфікований характер (власне в цьому і проявляється їх «міжнародність»). Основною метою договорів про права людини є встановлення в державах-учасницях рівних мінімальних стандартів захисту тих чи інших прав. При цьому не йдеться про «мінімально необхідну (в конкретно-історичних умовах) частку соціальних благ кожної людини»¹. Норми цих договорів необхідно розглядати як погоджені державами-учасницями мінімальні стандарти забезпечення прав людини, які зазначені держави зобов'язуються підтримувати для осіб, що перебувають під їх юрисдикцією. Ці стандарти не є застиглою формою — вони розвиваються разом з розвитком практики держав-учасниць таких угод. Крім того, стандарти захисту прав людини не однакові в різних частинах світу. Існують універсальні норми, закріплені в документах, розроблених під егідою Організації Об'єднаних Націй (таких, як Пакт про громадянські і політичні права, Конвенція про заборону всіх форм расової дискримінації). Такі документи поширюють свою обов'язкову юридичну силу на

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. — К., 1994. — С. 7.

будь-яку державу, що підписала їх, незалежно від регіону, в якому держава розташована, а сила морального авторитету поступово перетворює норми деяких з них на встановлення звичайного міжнародного права. Існують також регіональні стандарти прав людини, сила і авторитет яких значною мірою відрізняється. Наприклад, Африканська хартія прав людини і народів носить явно субсидіарний характер стосовно системи захисту прав людини ООН, європейська система Ради Європи має самостійний характер, а Європейська конвенція захисту прав людини і основних свобод має у світі моральний авторитет, який можна порівняти з Пактом про громадянські і політичні права.

Складності з тлумаченням і контролем за додержанням таких договорів викликають необхідність створення спеціальних органів і організацій, які здійснюють цю діяльність. Такі органи відомі і класичному міжнародному праву, але особливість органів зі спостереження за правами людини полягає в їх незалежності. Хоча кандидатури для заняття посад членів таких органів, експертів, суддів пропонують держави, але після обрання ці особи працюють «в особистій якості» і не представляють держави, що їх запропонували (більш того, іноді кількість членів органу значно менша, ніж кількість держав, що беруть участь у конвенції, а відтак, далеко не всяка держава-учасниця може бути представлена в ньому). Крім того, ці органи іноді навіть компетентні приймати обов'язкові для держав рішення, наприклад, Європейський суд з прав людини, які не можуть бути заблоковані простим голосуванням «проти».

Поява таких органів обумовлена тим, що для вирішення питання про рівень захисту громадян від держави найчастіше необхідний безсторонній погляд «з боку», зокрема коли йдеться про необхідність порівняти цей рівень із середнім рівнем захисту в усіх державах-учасниках. Наприклад, Європейський суд з прав людини знаходить порушення права в тих випадках, коли з погляду очевидного порушення Європейської конвенції прав людини у розумінні 1950 р. нібито й немає, але в більшості держав, що входять до Ради Європи, рівень захисту розглядуваного права значно вищий. Суд виходить з того, що Конвенція — це не контрактова, а правотворча угода, головною метою держав-членів таких угод є «не стільки створення взаємних суб'єктивних

прав та обов'язків, скільки об'єктивних прав з кореспондуючими їм обов'язками, що не може не вплинути на методи інтерпретації»¹. Саме тому Суд надає переваги так званому еволюційному методу тлумачення, який полягає в тому, що конвенція сприймається в контексті сучасного європейського демократичного суспільства, а не того, яке було 50 років тому, коли вона створювалася. Наприклад, у справі Тайрера Суд вказав, з відсилкою на покарання різкою, яке до того часу застосовувалось у деяких частинах Англії, що «Європейська Конвенція — це інструмент, який розвивається і повинен тлумачитися у світлі сьогоденного розуміння... Вона не може не відчувати впливу розвитку загально визнаних стандартів політики в сфері покарання в державах Європейського Союзу»².

Однак юрисдикція міжнародних органів з прав людини обмежена. Перше обмеження пов'язане з договорами, на основі яких вони діють. У це обмеження входять три елементи: коло повноважень відповідного органу, закріплена у договорі номенклатура прав людини і перелік держав-учасниць даної угоди.

Міжнародні договори визначають порядок формування міжнародних органів захисту прав людини, розгляду справ, прийняття рішень, компетенцію. Компетенцію таких органів залежно від кола їх повноважень можна розділити на два види: компетенцію «скарг до міркування» і компетенцію «розслідування порушень». Органи першого виду зосереджені на загальному спостереженні за станом прав людини в державах, що підписали міжнародні угоди, на основі яких ці органи працюють. Таке спостереження складається із заслуховування періодичних доповідей держав, рідких перевірок на місцях. Скарги та петиції на порушення прав людини, що надходять до таких організацій, використовуються для формування уявлення про загальну ситуацію, що склалася в сфері захисту прав людини у відповідній державі. Тобто, такі органи не розглядають кожне повідомлення про порушення прав, а намагаються з'ясувати загальну картину. Заявник при цьому, зазвичай, не має ніякої офіційної можливості довідатися про долю своєї заяви. До та-

¹ *Matscher F. Methods of interpretation of the Convention // The European System for the Protection of Human Rights. Ed. by Macdonald R. St. J. and others. Martinus Nijhoff Publishers. — L., 1993. — P. 66.*

² Judgment of 25 February 1878. — Ser. A. № 26. — P. 31.

ких органів можна віднести Комісію ООН з прав людини, Комітет з соціальних, економічних та культурних прав.

Органи другої категорії проводять квазісудовий процес, на якому ведуть спір дві сторони — обвинувачувана держава і особа, яка заявляє про порушення її прав. За результатами розгляду цього спору ухвалюється рішення, обов'язкове для виконання державою юридично або фактично через величезний міжнародний авторитет відповідного органу і характер самого рішення. Відмінність цих органів полягає в їх «обов'язку прийняти рішення по кожній справі, що до них надіслана, навіть якщо це всього лише рішення з питання про його допустимість»¹. Отже, метою процедури є виправлення кожного конкретного порушення, сторони при цьому можуть бути присутніми на розгляді їх справи (обсяг цього права варіюється в різних органах). До таких органів належать Європейський суд з прав людини, Комітет з громадянських і політичних прав, Комітет проти катувань.

Міжнародні органи компетентні розглядати заяви про порушення тільки тих прав, які закріплені в договорах, на основі котрих вони діють, і тільки у тих державах, які ратифікували договір (при цьому суб'єктами звернення можуть бути будь-які фізичні або юридичні особи, включаючи іноземців і апатридів, що на момент порушення їх права знаходилися під юрисдикцією відповідної держави). Існує тільки один виняток з цього правила — Комісія ООН з прав людини. Створена у 1946 р. як допоміжний орган при Економічній і Соціальній Раді, вона офіційно не обмежена у компетенції щодо переліку прав і держав, у яких вона проводить моніторинг додержання прав людини. Але на практиці Комісія обмежує свою діяльність загально-визнаними правами, що закріплені у Декларації прав людини. Крім того, Комісія — це більшою мірою політичне утворення, ніж спеціальна правозахисна організація, тому держави, застосовуючи специфічні політичні і дипломатичні засоби, мають широкі можливості щодо протидії діяльності цього органу.

Друге обмеження таких органів, як Європейський суд з прав людини, Міжнародний комітет проти катувань, Комітет ООН з прав людини, полягає в тому, що їх юрисдикція носить субси-

¹ *Maxime T. The Right to Individual Complaint to the United Nation for Violations of Human Rights // International Human Rights Law. Theory and Practice. — Mintreal, 1992. — P. 403.*

діарний характер щодо національних засобів захисту прав. Стаття 35 Європейської конвенції, ст. 2 Факультативних протоколів до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 22 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання передбачають обов'язок фізичних і юридичних осіб вичерпати національні юридичні засоби захисту права, перш ніж звертатися до перелічених органів з петиціями. Стаття 55 Конституції України також закріплює, що «кожен 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». Однак слід зауважити, що, по-перше, поняття «вичерпання національних засобів захисту» закріплено в міжнародному звичаєвому праві, на яке у даній статті посилання немає (хоча всі перелічені вище статті міжнародних договорів такі відсилки містять).

Практика цих органів виробила два критерії оцінки національних механізмів захисту прав людини на предмет їх вичерпання: доступність і ефективність. Доступність означає, що громадянин повинен мати можливість домогтися розгляду своєї справи в компетентному і незалежному органі, і до цього не повинно бути надмірних перешкод правового адміністративного характеру. Ефективність полягає в можливості прийняття цим органом остаточного і обов'язкового до виконання рішення. Обидва принципи взаємозалежні. В одному зі своїх рішень Європейський суд з прав людини відзначив: «Для того, щоб оскарження вважалось ефективним, воно повинно бути доступним, — а це означає, що зацікавлена особа повинна мати можливість самостійно почати процедуру оскарження»¹.

По-друге, причина, з якої включення зазначеної норми до Конституції видається сумнівним, полягає в тому, що деякі органи, такі як Комісія ООН з прав людини, приймають звернення, пов'язані з масовими порушеннями прав людини, незалежно від того, пройшов петиціонер усі національні інстанції чи ні (тим більше, що таке проходження у деяких країнах може бути небезпечним для життя і здоров'я).

¹ Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2000. — № 1. — С. 178.

По-третє, навіть такі квазісудові органи, як Європейський суд з прав людини, можуть іноді приймати заяви, які не були розглянуті всіма доступними особі інстанціями, якщо розгляд справи в національних органах не виправдано затягується, що найчастіше має місце у випадках порушення права на розгляд справи судом у «розумний строк» (ст. 6 Європейської конвенції). Тому закріплення такої норми в національному законодавстві видається сумнівним.

Важливі особливості міжнародного права прав людини, що відрізняють його від інших галузей міжнародного права, пов'язані і з тією частиною його норм, які закріплені в міжнародно-правових звичаях. Річ у тім, що стандартне визначення звичаю як «загальної практики, визнаної як правова норма» (ст. 38 Статуту Міжнародного суду) не зовсім вдало застосовувати до звичаїв міжнародного права прав людини, тому що вони формувалися не як багаторічна повторювана практика держав (тобто як мовчазні угоди), а були споконвічно сформульовані в допоміжних джерелах міжнародного права і міжнародних договорах. До допоміжних джерел належать резолюції міжнародних організацій, рішення судових і квазісудових міжнародних органів з конкретних справ (наприклад, думки Комітету ООН з прав людини), доктрина. Міжнародні договори містять у собі звичаєві норми в тих випадках, коли вони, наприклад, не охоплюючи своєю дією увесь світ, здобувають загальносвітове значення, а також у тих випадках, коли, будучи розробленими авторитетними фахівцями і прийнятими відповідними міжнародними органами, вони через нератифікацію достатньою кількістю учасників не можуть набрати сили¹. Отже, «у договірному праві ми знаходимо більшість з правил, що складають міжнародне звичаєве право в галузі прав людини»². Тому ці норми відрізняє більша визначеність, ніж звичаєві норми інших галузей міжнародного права.

Всі ці особливості безпосередньо позначаються на правових системах держав-учасниць відповідних договорів (ми вже відмічали той факт, що норми міжнародного права прав людини носять самовиконуючий характер у внутрішньому праві).

¹ Докладніше про це див.: Лукашук *И. И.* Нормы международного права в международной нормативной системе. — М., 1997. — С. 240—246.

² *D'Amato.* International Law: Process and Prospects. — N. Y., 1987. — P. 142.

Після ратифікації чи приєднання України до відповідних договорів вони входять до складу інституту прав людини галузі конституційного права (недаремно Європейська конвенція прав людини була включена як складова частина до Конституції Австрійської Республіки). Більш того, у тих державах, де нібито «заборонено вводити до права країни і відповідно застосовувати договори, які суперечать конституції країни»¹, тобто норми конституції мають вищу силу за норми міжнародних договорів, юридична сила норм міжнародних договорів про захист прав людини принаймні не нижча за конституційні. Про це свідчить, наприклад, постанова Верховного Суду України від 18 березня 2000 р., № 05-3342, де розглядалися незаконні дії міліціонерів по затриманню особи для проведення обшуку в її квартирі. Суд визнав, що дії агентів держави порушують ст. 29 Конституції і ст. 5 Європейської конвенції прав людини. Тобто, відсилка до статті однієї тільки Конституції видалася Голові Верховного Суду В. Бойку (а саме він постановив це рішення) недостатньо переконливим, хоча щодо цієї справи тексти обох документів мало чим відрізняються.

Норми захисту прав людини, на думку Т. Кашаніної, складають ДНК сучасного права². Це означає в тому числі і те, що для реалізації їх цілей недостатньо одного (навіть якщо це конституція), двох чи навіть десяти нормативних актів. Ідея захисту прав людини пронизує всю правову систему, будь-який нормативний акт, прецедент чи закон обов'язково повинен враховувати її.

З огляду на викладене можна зробити висновок про те, що у національній правопорядок була введена нова система нагляду за додержанням державою свого внутрішнього законодавства — міжнародні органи захисту прав людини. Особливо це стосується органів обов'язкової (юридично чи фактично) юрисдикції — Європейського суду з прав людини і Комітету з громадянських і політичних прав. Більш того, враховуючи, що вони «не застосовують національне право держав-учасниць ... і не виносять рішення на його підставі», а звертаються до внутрішнього права тільки для встановлення невідповідності націо-

¹ *Євінтов В. І.* Пряме застосування міжнародних стандартів в галузі прав людини (коментар до ст. 9 Конституції). — Український часопис прав людини. — 1998. — № 1. — С. 27.

² Див.: *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: Учебное пособие. — М., 1999. — С. 312.

нальних законодавчих актів нормам Конвенції¹, такі органи стають своєрідними конституційними судами (з більшими, ніж у Конституційного Суду України, правами по розгляду окремих випадків порушення прав людини).

У 1995 р. Україна вступила до Ради Європи, а в 1996 р. підписала Європейську конвенцію захисту прав людини і основних свобод і стала учасницею найбільш ефективної системи захисту прав людини. Члени цього «джентльменського клубу» зобов'язані додержуватися не тільки норм власне конвенцій, до яких вони приєдналися, а й звичаїв, джерелами формування котрих є як постійні органи Ради Європи з обов'язковою юрисдикцією — Європейський суд з прав людини, Комітет міністрів і т. д., так і допоміжні органи, такі як Венеціанська комісія за демократію через право.

Окремі рішення Європейського суду, кількість яких порівняно невелика, можна навіть з деякими застереженнями назвати прецедентами. Йдеться про тлумачення Судом найбільш важливих положень Конвенції, що найчастіше використовуються ним як приклади при вирішенні подібних справ (такі справи, як Енгель та інші проти Бельгії чи Лігенс проти Австрії). Отже, вони безсумнівно є прецедентами для самого Суду і європейської системи захисту прав людини.

Основним завданням Конвенції є встановлення міжнародних стандартів, які б використовувалися у відносинах держав-членів з особами, які знаходяться під їх юрисдикцією. В той же час від держав не вимагається повної однаковості у виборі заходів, які вони вважають потрібними для забезпечення конвенційних стандартів. Тому для збереження ефективності Конвенції було необхідно, щоб Суд міг інтерпретувати так звані автономні терміни. Диференціюючи їх зміст у зв'язку з конкретними ситуаціями, Суд виробив струнку систему положень стосовно всіх статей Конвенції.

Подальший розвиток цієї функції призвів до того, що Суд одержав можливість розширеної інтерпретації положень Конвенції. Тобто, іноді Суд вважає, що петиціонер має не тільки ті права, які прямо передбачені у Конвенції, а й такі, які прямо в ній не зазначені, але без яких реалізація конвенційних прав,

¹ Див.: *Буроменський М.* Звернення до Європейського суду з прав людини (практика Суду і особливості українського законодавства). — Х., 1999. — С. 17–18.

з точки зору Суду, була б неможливою. Наприклад, у справі «Гронсбі проти Греції» Суд вказує на те, що одним з аспектів «права на суд» (ст. 6 Конвенції) є право на доступ до суду. Однак, вважає Суд, «це право було б ілюзорним, якби правова система Договірної держави допускала, щоб остаточне судові рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній із сторін»¹. Отже, Суд знаходить у ст. 6 Конвенції нове право — право на виконання судового рішення.

Вважаємо при цьому той аргумент, що романо-германська правова система України не дозволяє у своїх межах використовувати судовий прецедент як джерело права, безпідставним. Суд не творить свідомо прецедентів — свої рішення він вважає виключно тлумаченням Конвенції і, більш того, відмовляється визнавати їх розширеним тлумаченням, як би це здавалося очевидним безсторонньому спостерігачу². Таким чином, робота Суду з тлумачення Конвенції є по суті тією ж самою, що виконував Верховний Суд України і виконує Конституційний Суд України стосовно українського законодавства. Тому національні українські суди повинні розглядати прецеденти Європейського суду, звісно, не всі, а, наприклад, ті, що будуть офіційно перелічені Верховним Судом України, як своєрідні керівні постанови Пленуму Верховного Суду при використанні Конвенції згідно зі ст. 9 Конституції України як частини національного законодавства.

Надійшла до редколегії 05.01.02

А. Коструба, аспірант НЮА України

Виникнення та розвиток коносаменту як товаророзпорядчого цінного папера

Виникнення коносаменту пов'язане із значними змінами у формуванні та ускладненні господарських відносин. Він являє

¹ Eur. Court HR, Hornsby v. Greece judgement of March 1997/ Reports of Judgements and Decisions 1997-II (переклад за: Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 1999. — № 3. — С. 148).

² Див., напр.: Дело Кениг против ФРГ // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. — В 2 т. — Т. 1. — М., 2000. — С 152 (п. 90).

собою документ, який засвідчує наявність угоди сторін про перевезення вантажу, обов'язок перевізника передати його уповноваженій на те особі та право розпоряджатися товаром протягом усього строку перевезення. Однак така правова конструкція коносаменту формується поступово. На початковому етапі свого розвитку цей документ засвідчував тільки наявність відносин між сторонами договору про перевезення вантажу. Така характерна риса коносаменту виявляється вже наприкінці середніх віків. Першими на цьому шляху були здійснення перевезення вантажу без супроводження його власником та потреба внаслідок цього гарантувати прийняття перевізником відповідних зобов'язань щодо перевезення вантажу. Ця правова мета була досягнута за допомогою розписки, датованої ще 1248 р., якою встановлювався обов'язок особи, що підписала її, перевезти на власному судні зазначений в документі товар і передати його одержувачу¹.

Поява цієї правової конструкції була обумовлена ускладненням економічних зв'язків при організації морських перевезень. Наслідком цього стала неможливість капітана судна повністю підкорятися розпорядженням одного чи декількох відправників у питаннях тривалості зупинок, зміни напрямку руху, що поступово робило присутність відправників зайвою².

В законах багатьох середньовічних країн містилися норми, які зобов'язували власника судна мати писаря. В обов'язки останнього входили складання переліку (реєстру) прийнятого на судно вантажу і видача розписок про його прийняття³. Правила складання та видачі цих документів, поступово, із закріпленням їх у відповідних нормативних актах, набули характеру норм права. Таким чином, у національному законодавстві багатьох країн з розвинутим мореплаванням та торгівлею було сформовано нову правову спільність — інститут виписок з реєстру. Цей інститут являв собою сукупність правових норм, які регулювали порядок їх складання та видачі. Основне юридичне значення виписки з реєстру полягало у підтвердженні існування домовленості між відправником та перевізником про прийняття вантажу до перевезення. Цей документ містив у собі одностороннє

¹ Див.: *Кокін А. С.* Коносамент: правовые аспекты. — М., 1987.

² Див.: *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. — Изд. Бр. Башмаковых. — СПб., 1909. — Т. 3. — С. 183.

³ Див.: *Кокін А. С.* Коносамент: правовые аспекты. — М., 1987.

зобов'язання повернути певне майно чи майнові права, зазначені у ньому, і в цьому мав схожість з відомим ще з середньовіччя векселем.

Удосконалення писаного права приводить до стрімкого розвитку морського торговельного законодавства. В 1681 р. у Франції був прийнятий *Ordonnance de la mare*. У Німеччині в 1861 р. приймається Загальногерманський торговельний кодекс, в якому нормам про коносамент присвячена п'ята книга¹. Згідно з цими нормами коносамент стає основним документом, за допомогою якого здійснюється документарне оформлення перевезень товару морем. Він підтверджує право власності на вантаж власника коносаменту. На його підставі в разі потреби могли бути заявлені претензії в зв'язку з перевезенням вантажу.

У Російській імперії стрімкий розвиток морської справи, зокрема торговельного мореплавства, був пов'язаний з царюванням Петра I. Одним з перших нормативно-правових актів, прийнятих при ньому, є Статут про Еверси 1720 р., де зазначалось, що товароперевізники повинні передавати розписки власникам вантажу про прийняття його до перевезення як посвідчення факту існування договірних відносин з морського перевезення вантажів. Подальший розвиток це положення одержало в Статуті про купецьке водоплавство Російської імперії 1781 р. Відповідно до встановлених у ньому норм власнику вантажу при його перевезенні видається документ, який посвідчує право особи на прийняття цього вантажу. При цьому в Статуті вперше зазначається, що цих документів може бути два або три².

У Митному статуті Російської імперії 1903 р. містилось легальне визначення коносаменту як документа, що видається на підтвердження одержаного вантажу при морському перевезенні. Коносамент за статутом 1903 р. повинен був мати такі реквізити: 1) назву судна, ініціали відправника вантажу і капітана судна; 2) місце вантаження і порт призначення; 3) позначення товару торговим найменуванням; 4) кількість кожного позначення товару³.

¹ Див.: *Общегерманское Торговое Уложение 1861 г.* / Пер. с нем. Л. Л. Брейтфусь. — СПб., 1889. — Ст. 644.

² Див.: *Полное Собрание Законодательства Российской Империи с 1649 г.* — СПб., 1830. — Т. 22.

³ Див.: *Свод Законов Российской Империи.* — М., 1910.

За своєю юридичною природою коносамент є одностороннім зобов'язанням капітана видати вантаж певної якості і кількості. Цей акт надає право утримувачу документа вимагати того, що визначено в ньому, а також право розпоряджатися вантажем шляхом передачі документа іншій особі.

До кінця XIX ст. положення про коносамент формуються в законодавстві багатьох країн Європи (ст. 643 Германського торгового кодексу, ст. 555 Італійського торгового кодексу; ст. 538 Французького торгового кодексу тощо).

Порівнюючи положення статей торгових кодексів деяких західних країн, слід зауважити таке. У Германському торговому кодексі 1864 р. міститься більш детальне, ніж у французькому, визначення коносаменту, тому що у ньому висвітлюється його правова природа. Відповідно до положень ст. 643 Германського торгового кодексу за договором морського перевезення права фрахтувальника на власника вантажу не перекладаються. Коносамент встановлює тільки такі правовідносини, які виникли між перевізником і одержувачем вантажу. Умови фрахтового договору, які не внесені до коносаменту, не дійсні відносно одержувача, якщо в коносаменті не зроблено застереження про це. Договір морського перевезення вантажу за коносаментом укладається на користь третьої особи — одержувача вантажу¹.

Ускладнення господарських відносин у торгівлі призвело до подальшої уніфікації засобів передачі товарів. Так, прискоренню обігу товарної і грошової маси сприяло поступове абстрагування зобов'язання від кола первісних учасників, що втілюється в окремому документі².

У цьому разі законодавець звертається до юридичної фікції — явища, відомого ще римському праву³.

Здійснюється черговий крок на шляху створення форм, абстрактно пристосованих до опосередкування торговельного обігу. Коносамент нібито являє собою вантаж, який знаходиться на судні, служить його символом, є зовнішнім виразом юридичної фікції. Коносамент почав використовуватися в обігу як титульний документ, який представляє товар. Папір стає носієм

¹ Див.: Свод Законов Российской Империи. — М., 1910.

² Див.: Гинзбург С. М. Из истории бумаг на предъявителя // Вестник Права. — М., 1899. — № 7. — С. 130.

³ Див.: Дождев Д. В. Римское частное право. — М., 1997. — С. 190.

права, право матеріалізується у папері. Цінність об'єкта визначається у цьому разі не фізичними, а правовими властивостями. Хто мав право на документ, той міг розпоряджатися ним з метою здійснення прав, що випливали з його змісту. Інакше кажучи, коносамент стає цінним папером. Поєднавши долю права з долею документа, правопорядок досяг мобільності правовідносин. Моментом закінчення формування коносаменту, як вважають дослідники, стає кінець XIX ст. Подальший його розвиток відбувався щодо окремих функцій, форми та змісту, а також встановлення більш суворої відповідальності власників суден. Одночасно відбувається уніфікація норм міжнародного морського права¹.

Вирішення проблеми відповідальності перевізників перед відправниками здійснювалось за допомогою створення міжнародної типової моделі коносаменту, яка повинна була добровільно використовуватися сторонами. Створюються типові форми коносаментів, у цілому для насипних та звалених вантажів (наприклад, коносаменти англійських власників суден (1890 р.) для перевезення зерна по Чорному та Азовському морях і р. Дунаю, перевезення вугілля та лісу (1898 р.), перевезення горіхів, руди (1901 р.) тощо².

В 1882 р. у Ліверпулі приймають узгоджену форму коносаменту, де вперше було введено поняття «належне піклування». Сенс цього зобов'язання полягав у тому, щоб забезпечити морехідність судна, наявність належного екіпажу, обладнання або пристосувати та привести трюм, рефрижераторні і холодильні приміщення та інші частини судна, в яких перевозять вантаж, у належний для здійснення перевезень стан. Також встановлювалась межа відповідальності власників суден у сумі 100 фунтів за вантажне місце. Ця форма в свою чергу стала основою для підготовки Гамбурзьких правил 1885 р.

Після Першої світової війни у США та деяких європейських країнах були прийняті національні закони про коносаментні перевезення. Ними було встановлено низку норм, якими заборонялось виключати відповідальність власників суден.

Першою на цьому шляху була Англія. Під час війни 1914–1918 рр. зі сторони її домініонів були заявлені вимоги уніфіку-

¹ Див.: Кейлін А. Д. Советское морское право. – М., 1954. – С. 22.

² Див.: Там само.

вати морське право імперії. Насправді, домініони, що вступили в міжнародні торгові відносини в основному як господарі вантажів, вимагали припинення практики, через яку перевізник вантажу складав з себе відповідальність за вантаж. Це здійснювалось включенням до тексту документа відповідного застереження. Як зазначає А. Зорін, «у разі внесення зазначеного застереження у текст коносаменту власники англійських суден будуть поставлені в гірші умови, ніж власники суден інших країн, щодо відповідальності перевізника вантажу за його зберігання»¹. Згодом заборона внесення цих застережень була закріплена у Гаазьких правилах про коносаментні перевезення в 1921 р. Однак вони діяли у частині, що не суперечила законодавству країн, які були приєднані до них. Остаточо це питання могло бути вирішено прийняттям міжнародної конвенції. Як результат цього в 1924 р. у Брюсселі на п'ятій дипломатичній конференції з морського права було підписано Брюссельську конвенцію щодо уніфікації деяких правил про коносамент, яка відтворювала з невеликими змінами Гаазькі правила 1921 р.²

Брюссельська конвенція містить у собі норми, що передбачають обмеження відповідальності перевізника за неналежне виконання своїх зобов'язань за договором перевезення та встановлення розміру відповідальності перевізника вантажу в сумі 100 франків за кожне вантажне місце. Одержавши вантаж і прийнявши зазначену суму, перевізник повинен був за вимогою відправника видати коносамент. У ньому мали міститися такі реквізити: 1) позначки ідентифікації вантажу; 2) кількість місць або предметів, вага; 3) зовнішній вигляд і стан вантажу.

Але ні перевізник, ні його агент не зобов'язані вказувати в коносаменті марки, кількість місць, кількість або вагу вантажу в разі, якщо вони мають серйозну підставу підозрювати неточну відповідність прийнятого ними вантажу умовам договору морського перевезення.

Після цього в Англії у 1924 р. було прийнято закон про перевезення за коносаментом (The Carriage of Goods by Sea Act).

¹ Зорин А. С. Международная унификация правовых норм, регулирующих коносаментные перевозки // Торговое мореплавание и морское право. — М., 1972. — № 6. — С. 12.

² Див.: Там само.

Згодом аналогічні закони було прийнято у цілому ряді країн: Голландії в 1926 р., Бельгії в 1928 р., США в 1936 р. і Франції в 1936 р. У скандинавських країнах закон про морське перевезення за коносаментом було прийнято в 1936 р. У 1968 р. набрав чинності Брюссельський протокол про внесення змін до Брюссельської конвенції щодо уніфікації деяких правил про коносамент 1924 р. Він поширив сферу застосування Брюссельської конвенції, підвищив розмір відповідальності перевізника до 10000 франків за місце вантажу, або 30 франків за 1 кг вантажу. Зміст усіх змін полягав у подальшому зміцненні обігоздатності коносаменту, захисті інтересів третіх добросовісних осіб — одержувачів коносаменту, регламентації розміру відповідальності перевізника. Аналогічні положення містяться і в Конвенції ООН про морське перевезення вантажів 1978 р. Це свідчить про те, що для сучасного коносаменту характерний певний ступінь одноманітності стосовно відповідальності морських перевізників, які видають такий документ¹.

Після жовтневого перевороту 1917 р. перед новою владою постала серйозна проблема перебудови всієї системи державного управління та народного господарства. Зрозуміло, що перші законодавчі акти радянської держави стосувалися тих основних галузей народного господарства, де відбувалося найбільш гостре зіткнення інтересів старого та нового ладу. Після утворення СРСР розвиток морського торгового законодавства входить у подальшу фазу свого розвитку. В період 1924—1927 рр. система законодавства поповнюється низкою нормативних актів про морське перевезення вантажів. Це перш за все такі нормативно-правові акти, як Положення про морське перевезення вантажів, затверджене ЦВК РНК СРСР 28 травня 1926 р., постанова РНК СРСР від 27 вересня 1927 р. «Про реєстрацію договорів чертепартії і коносаментів». Так, згідно з нормами цих актів коносамент являє собою договір морського перевезення вантажу. Функціями товаророзпорядчого цінного папера він наділяється тільки у зовнішньоекономічній діяльності.

Паралельно йде процес кодифікації морського права. В 1929 р. постановою ЦВК і РНК СРСР затверджується Кодекс торгового мореплавства СРСР (КТМ СРСР). У ньому встановлювалися положення про коносамент, при складанні яких були

¹ Див.: Кейлін А. Д. Советское морское право. — М., 1954. — С. 22.

прийняті до уваги положення Брюссельської конвенції 1926 р., яка не була ратифікована СРСР. У КТМ СРСР, як і в більш пізньому КТМ СРСР, затвердженому наказом Президії СРСР від 17 вересня 1968 р., коносамент є основним документом, який визначає правовідносини сторін за договором. Ця норма в подальшому була змінена в КТМ України, прийнятому 9 грудня 1994 р., де зазначалось, що коносамент не є основним документом, який визначає правовідносини сторін з приводу морського перевезення вантажів, а є доказом наявності договору і приймання вантажу (статті 134, 137). Що стосується взаємовідносин сторін, то вони будуються на підставі договору морського перевезення вантажу (ст. 133 КТМ України).

Аналіз зазначених статей Кодексу торговельного мореплавства СРСР 1929 р. та 1968 р. свідчить про обмеження використання коносаменту як цінного паперу в СРСР принципами планової економіки. Коносамент циркулював у цивільному обороті як цінний папір тільки у зовнішньоекономічній діяльності СРСР як суб'єкта міжнародного приватного права з іншими державами та іноземними юридичними особами. З цього приводу можна зауважити, що коносамент не відразу набув того правового значення, яке він має зараз у національній правовій системі.

Висновки

У своєму розвитку коносамент пройшов декілька послідовних етапів, які характеризують важливість цих відносин для економіки будь-якої країни. Так, якщо раніше коносамент був пов'язаний з договором морського перевезення і являв собою товаророзпорядчий документ тільки у зовнішньоекономічній діяльності, то зараз він має характер документа, що свідчить про наявність певного товару у вільному продажу. За допомогою коносаменту можливе не тільки здійснення операцій з перевезення вантажу, а також його реалізація через біржову торгівлю, одержання кредитної позики та здійснення застави.

Генезис коносаменту як одного із різновидів цінних паперів, гадаємо, мав істотний вплив на формування сучасних поглядів на їх правову природу. Спроби дослідників створити науково обґрунтовану теорію цінних паперів призвели до появи нової юридичної концепції. Основною її рисою є зміщення акценту з поняття «правоволодіння» до поняття «володіння титу-

лом»¹. Ця концепція призвела до появи теорій безтілесного майна, майна в боргових вимогах тощо. Їх загальний напрям зводиться до головної ідеї: теоретично обґрунтувати використання нового об'єкта речевих прав, змістом якого є різноманітні зобов'язальні права майнового змісту. «... Щоб створити майно, — зазначає Р. Саватьє, — не має необхідності в існуванні реальної «речі», достатньо абстракції, яка не має конкретного об'єкта»².

Зараз подальший розвиток морського приватного права вимагає вдосконалення правових форм регулювання відносин між сторонами. Це призвело до появи нових видів коносаменту в світовій практиці. У багатьох західних країнах використовується бездокументарна форма коносаменту³. Встановлення нових видів коносаменту в національному законодавстві сприяло б спрощенню здійснення не тільки операцій з морського перевезення вантажів, а й біржової торгівлі товарами, розвитку економіки України в цілому. Все це підтверджує необхідність перегляду в національному законодавстві самого поняття коносаменту, розширення його функціонального призначення та видів.

Наведене свідчить про необхідність проведення комплексного теоретичного дослідження коносаменту як об'єкта цивільних правовідносин з метою визначення його правової природи. Це сприятиме розробці деяких пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відносин у сфері видачі та обігу коносаментів.

Надійшла до редколегії 15.02.02

Л. Оплачко, аспірант Інституту
приватного права
і підприємництва АПРН України

Застава як спосіб забезпечення кредитного договору

Заставне право є одним з найстаріших інститутів приватного (цивільного) права, без уважного вивчення якого неможли-

¹ Див.: Коносаменты. Доклад секретариата ЮНКТАД. Doc. TD/B/C.4/ISL/6 от 14.12.1970. — П. 23.

² Саватьє Р. Теория обязательств. — М., 1972. — С. 89.

³ Див.: Blackstone's Statutes on commercial and consumer law. Edit by F. D. Rose. — Glasgow, 1997. — P. 485.

во зрозуміти природу і сутність заставних відносин. Історично застава виникла з появою приватної власності, і найвищого ступеня свого розвитку цей інститут досяг у Стародавньому Римі. Розвиток застави визначався тим, що для одержання кредиту боржнику доводилося передавати кредитору певне майно, реалізувавши яке кредитор мав би змогу погасити заборгованість позичальника. Відтак, визначальною умовою для надання кредиту стала цінність заставленого майна, і кредит почав носити реальний «речевий», а не особистий характер. Кредитор почав діяти за принципом «вірю не собі, а речі». Таким чином, сформувалася основна мета заставного права — надання кредитору надійного забезпечення, незалежно від прав, які третя особа могла б пред'явити на заставлене майно.

Подальший розвиток торгівлі показав, що кредитору вигідніше залишити майно у боржника з метою створення йому (боржнику) умов для виконання кредитного зобов'язання. Такий вид застави одержав назву іпотеки. Він передусім стосувався нерухомого майна. Так, на заставлені землі ставили стовп для того, щоб усі знали про заставу цієї землі. Заставлена земля кредитору не передавалася, боржник продовжував нею користуватися, одержуючи доходи.

Протягом усього тривалого шляху пошуку компромісу між інтересами заставидавця і заставодержателя, сумніву в речово-правовій природі застави не виникало.

Велике значення для з'ясування суті заставних відносин має аналіз сучасного зарубіжного законодавства про заставу. Аналізуючи заставне право Німеччини, ми повинні враховувати, що Німецьке цивільне уложення (НЦУ) відмовилося від «вольової» конституції володіння, характерної для римського права, і проголосило, що володіння річчю набувається досягненням панування над нею¹.

Досвід Німеччини видається цікавим у тому плані, що крім закріплення в НЦУ трьох видів застави: іпотеки (як застави нерухомого майна), застави рухомого майна і застави прав судова практика ввела ще й такий своєрідний вид застави, як забезпечувальне привласнення.

Своєрідність заставного права США визначається у першу чергу прецедентним характером його розвитку. При цьому як

¹ Див.: Будилов В. М. Залоговое право России и ФРГ. — М., 1993. — С. 26.

окремі види застави виділяються ручна застава (pledge) — як залежне тримання рухомого майна з метою забезпечення виконання кредитного договору та іпотека (mortgage), предметом якої, на відміну від «європейської» іпотеки, можуть бути як рухоме, так і нерухоме майно. На наш погляд, такий підхід до визначення предмета іпотеки цілком може стати об'єктом уважного вивчення в Україні при підготовці нового ЦК (а саме це стосується рухомих речей, які підлягають реєстрації, наприклад, транспортних засобів).

Що стосується розвитку заставного права в Україні, то можна сказати, що тут застава пройшла своєрідний шлях свого становлення.

Для України свого часу був характерний широкий розвиток мережі іпотечних земельних кредитних установ. Перші земельні кредитні установи в Російській імперії з'явилися на території України. Так, у 1864 р. було затверджено Статут першого земського банку в Херсоні, а у 1871 р. — Статут першого акціонерного земельного банку в Харкові. Проте історичний розвиток заставного права в Російській імперії залишався незавершеним, оскільки ні проект Цивільного уложення, ні проект Вotchинного статуту так і не набули чинності¹.

У радянський період заставне право пройшло два етапи розвитку: перший — це період чинності ЦК УСРР 1922 р., другий — ЦК Української РСР 1963 р. Головною особливістю першого етапу було те, що перший ЦК УСРР приймався у період НЕПу, коли в цивільному обороті була дозволена участь приватного капіталу, що розширювало можливості застосування застави. Регулюванню заставних правовідносин присвячувалися дві спеціальні глави: III — «Застава майна» та IV — «Про заставу товару в обороті» розділу «Речеві права». Але з припиненням НЕПу наприкінці 20-х років сфера застосування застави стала звужуватися.

Причому ще з 1917 р. практично зникли такі види застави, як іпотека і застава цінних паперів. Ця ж тенденція одержала своє закріплення і в Основах цивільного законодавства СРСР 1961 р. та ЦК Української РСР 1963 р., саме тоді застава стала розглядатися як один із звичайних засобів забезпечення зобо-

¹ Див.: Шкрум Т. Застава як засіб забезпечення виконання зобов'язань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1986. — С. 13.

в'язань. Тоді й стала найпоширенішою теорія зобов'язальної природи заставного права.

З набуттям Україною незалежності, переходом на ринкову економіку знову постало питання про розширення сфери застосування застави.

Завершуючи історичний аналіз розвитку заставного права і стислий огляд світового законодавства, можна зробити висновок про те, що чим більш розвинуті у країні ринкові засади економіки, тим більше розвинуте в ній законодавство про заставу. Тому вдосконалення заставного законодавства в Україні є однією з найважливіших складових частин загального реформування цивільного права в нашій державі.

З розвитком ринкових умов більшого поширення застава набула у фінансово-кредитній сфері, і саме вона стала одним з найреальніших засобів забезпечення кредитних договорів.

Однією з основних властивостей кредитних відносин є принцип повернення кредиту.

У кредитних відносинах беруть участь два суб'єкти — кредитор і позичальник. Кредитор є організатором кредитного процесу. Тому з метою захисту своїх інтересів він обирає таку сферу вкладення кредитів, такі припустимі розміри, методи його погашення, умови кредитного договору, які стали б передумовами для їх своєчасного і повного повернення. Однак зворотний рух позики залежить від кредитоспроможності позичальника, його добросовісності, стану грошового ринку.

Кредитний договір передбачає зобов'язання позичальника повернути кредит. Зворотність позики примушує його раціонально використовувати одержану від банку суму, вести власне господарство так, щоб з настанням строку платежу мати кошти для повернення боргу кредитній установі. На практиці ж іноді виходить так, що наявність зобов'язання ще не означає гарантії своєчасного повернення кредиту. Тому потрібний механізм організації його повернення. Формою забезпечення повернення кредиту має бути як саме джерело погашення боргу, так і юридичне оформлення прав кредитора на його використання.

У банківській практиці джерелами погашення кредиту, як правило, є виручка від реалізації продукції та майно, власником якого є позичальник.

Виручка від реалізації продукції, наданих послуг, виконаних робіт є реальною гарантією повернення кредиту лише фінансо-

во стійкими підприємствами, які є першокласними клієнтами банку.

Для клієнтів, кредитоспроможність яких нижче першого класу, виникає необхідність мати додаткові і реальні гарантії повернення кредиту: застава майна і майнових прав, поручительство, банківські гарантії, страхування. Отже за кредитором закріплюється джерело погашення кредиту в разі відсутності коштів у позичальника при настанні строку платежу.

Кредитні зобов'язання за своєю природою — відносини тимчасові, які повинні з часом припинитися. Нормальний спосіб припинення зобов'язань — це їх виконання. Однак кредитор має істотний інтерес у тому, щоб бути впевненим у виконанні позичальником зобов'язання щодо повернення кредиту і сплати відсотків за його користування, і в тому, щоб полегшити собі відшкодування збитків у разі невиконання зобов'язання. Нарешті, кредитор зацікавлений у спонуканні боржника до своєчасного виконання під страхом невиконання для нього наслідків у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання. Цій меті слугують різні засоби забезпечення виконання зобов'язання: неустойка, застава, утримання майна, порука, банківська гарантія та ін.

Закон передбачає широке застосування застави. Найчастіше застава забезпечує зобов'язання, які виникають з договору позики, в тому числі надання банківського кредиту як громадянам, так і організаціям, підприємствам.

Нині застава стає найпоширенішим засобом забезпечення виконання кредитного договору. Таке її застосування викликано намаганням гарантувати його належне виконання. В умовах економічної кризи, доки відсутня стабільність договірних зв'язків і немає переконаності у надійності партнера, кредитор зацікавлений в одержанні додаткових гарантій належного виконання боржником зобов'язань щодо повернення кредиту і т. ін.

У чинному ЦК України існують норми про відповідальність боржника за невиконання зобов'язань. Кредитор має право вимагати відшкодування всіх заподіяних невиконанням зобов'язань збитків, включаючи упушену вигоду. Проте, щоб одержати відшкодування, він повинен пройти судовий розгляд, довести наявність і розмір заподіяних збитків. Крім того, коли одержано рішення суду або наказ господарського суду, не зав-

жди вдається привести їх у виконання: трапляється так, що до вступу цього рішення в законну силу підприємство-боржник вже ліквідовано, а його майно продано. Тому кредитор, укладаючи договір, вимагає від боржника забезпечення виконання кредитного зобов'язання у вигляді дії по виділенню певного майна, з вартості якого кредитор одержав би задоволення своїх вимог у разі невиконання умов договору.

Зміцненню заставних відносин повинно сприяти розвинуте законодавство про заставу. Таке законодавство існує в усіх країнах з ринковою економікою. Пояснюється це тим, що застава виникла давно і протягом її розвитку сформувалися оптимальні моделі поведінки учасників заставних відносин, які й було закріплено у законодавстві.

Популярність застави пояснюється також і тим, що Закон України від 2 жовтня 1992 р. «Про заставу» ліквідував існування у законодавстві значних обмежень щодо кредиту застави і таким чином розширив сферу застосування застави як засобу забезпечення зобов'язання. Крім цього, кредитор-заставодержатель має переважне право перед іншими кредиторами на задоволення своїх вимог з вартості заставленого майна¹. Отже, застава забезпечує наявність і збереження цього майна на той момент, коли позичальнику доведеться розраховуватися з кредитором.

Відповідно до ст. 181 ЦК України та Закону від 2 жовтня 1992 р. «Про заставу» застава — це спосіб забезпечення зобов'язань, в силу якого кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) забезпеченого заставою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог з вартості заставленого майна переважно перед іншими кредиторами.

Майже аналогічне визначення застави наведено у ст. 595 проекту ЦК України (за винятком того, що в цю статтю після слова «кредиторами» додане словосполучення «особи, якій це майно належить (заставодавцю), за винятками, встановленими законом»).

Сутність цього засобу забезпечення кредитного договору полягає в тому, що на випадок неповернення боржником позики кредитору надається спеціальне джерело для задоволення його вимог — кредит застави. Таким чином, якщо кредитний

¹ Див.: *Короткая Г. Л.* Практика применения законодательства о залоге // Предпринимательство, хозяйство, право. — 1996, № 5. — С. 13.

договір, забезпечений заставою, не буде виконано, кредитор може не боятися, що його вимогу не буде задоволено через відсутність у боржника майна, на яке можна звернути стягнення. У всякому разі йому гарантовано, що його вимогу буде задоволено у межах вартості заставленого майна.

У цивільному праві, зокрема у заставному, невирішеною залишається проблема визначення юридичної природи заставних відносин, розв'язанням якої цивілістична наука займається понад два тисячоліття. Як правило, місце заставного права у ЦК визначалося пануючою серед учених-цивілістів точкою зору на його природу. В юридичній науці переважає речеве розуміння застави, і у ЦК УСРР 1922 р. норми про заставу розміщено у розділі II «Речеве право», перемагає точка зору про зобов'язальну природу застави, і у ЦК УРСР 1963 р. у розділі III «Зобов'язальне право» з'являється ст. 181 «Застава». У той же час усе розмаїття висловлених ученими думок можна звести до трьох основних поглядів на цю проблему.

Перший — це погляд на заставу як звичайне речеве право. Головними аргументами на користь визнання речевого характеру заставного права висувають такі: 1) застава має характерну властивість речевого права — право слідування. Право слідування означає, що право ніби слідує за річчю. Де б не знаходився предмет застави, у чийй би власності він не перебував, він буде предметом застави до закінчення основного зобов'язання (в данному разі кредитного договору). Це право слідування закріплено ст. 27 Закону «Про заставу», згідно з якою застава зберігає силу, якщо за однією з підстав, зазначених у законі, майно або майнові права, що складають предмет застави, переходять у власність іншої особи. Застава зберігає силу і у випадках, коли згідно з установленим законом порядком відбувалася уступка заставодержателем забезпеченою заставою вимоги іншій особі або переведення боржником боргу, який виник із забезпеченою заставою вимоги, на іншу особу.

В юридичній літературі доводиться, що право слідування включає і право звернення стягнення на річ, незалежно від її надходження до першочергового заставодателя або третьої особи.

Ще у минулому столітті було висловлено сумніви з приводу віднесення застави до категорії речевих прав. Таким чином сформувався другий погляд, відповідно до якого застава роз-

глядається як зобов'язання, де особа боржника визначається через володіння заставленою річчю, тобто заставу відносять до зобов'язального права¹. Застава не є речевим правом у такій мірі, в якій речевим правом є, наприклад, право власності або господарського відання. По-перше, існуюча в українському праві конструкція застави є дуже широкою. Вона включає в себе і такий вид застави, який ніяк не може бути охарактеризований як речеве право, — застава товарів в обороті. По-друге, застава все ж таки продовжує залишатися засобом забезпечення виконання зобов'язань.

«Речевість» застави існує лише настільки, наскільки вона спроможна забезпечити основне зобов'язання»².

Тому сьогодні привабливішою видається третя позиція. В такому досить складному питанні, як природа застави, не можна вирішувати проблему за методом «або-або», тим більше тоді, коли одне явище одночасно має риси двох різних правових субінститутів. Так, на нашу думку, спір про характер застави має бути вирішено у формі визнання подвійної природи застави. З цього приводу дуже вдало висловився російський правознавець Д. Медведєв: «уявляється, що висування одного з елементів заставного права зменшує роль іншого. Застава породжує два види відносин — між заставодавцем і заставодержателем, та між заставодержателем і річчю, тобто, з одного боку, застава — це спосіб забезпечення зобов'язання боржника шляхом встановлення відносного правового зв'язку з кредитором, а з іншого — безпосередній правовий зв'язок заставодержателя і речі. Тому застава може бути охарактеризована як речевий спосіб забезпечення зобов'язань»³.

Говорячи про розвиток сучасного законодавства України, слід зазначити, що проект ЦК України розглядає заставу разом з утриманням в окремому параграфі 3 «Речеві способи забезпечення виконання зобов'язань» у главі 47 книги 5 «Зобов'язальне право».

Стосовно побудови заставного законодавства слід зазначити що, безумовно, дуже привабливою є ідея «максимального» регулювання застави у новому ЦК. Проте, у зв'язку з нерозви-

¹ Див.: Азимов Ч. Н. Залоговое право. — Х., 1993.

² Вишнеvский А. А. Залоговое право. — М., — 1995. — С. 1.

³ Медведев Д. А. Российское законодательство о залоге // Правоведение. — 1992. — № 2.

неністю окремих видів застави (передусім іпотеки, застави прав, застави товарів в обороті або у переробці) видається неможливим забезпечити регулювання застави лише на підставі норм нового ЦК України, оскільки у такому разі буде порушено його загальну побудову. Тому проект ЦК України стосовно застави містить лише ті норми, які нині містяться у загальних положеннях Закону «Про заставу». При цьому слід зазначити, що спеціальні правила про окремі види застав (зокрема такі, як іпотека і застава товарів у обороті, заклад, застава майнових прав та цінних паперів) можуть встановлюватися спеціальним законом.

Надійшла до редколегії 15.02.02

Українська державотворча спадщина — без білих і чорних плям

Процес глибокого переосмислення історії держави і права України, що розпочався після набуття нею незалежності, зробив очевидним як наявність значних «білих плям», так і неспроможність прийнятих у радянський час схем та методологічних підходів до розкриття складної історії становлення української державності. На жаль, за десять років незалежності подолати існуючі у цій царині проблеми повністю не вдалося. До того ж, в українській науці відбулося поєднання прогресивних ідей та підходів із застарілими міфами, що робить існуючі схеми історії держави і права у багатьох місцях нелогічними та вразливими, побудованими на простому запереченні радянських схем без звернення до первинного матеріалу.

У зв'язку з цим звернення О. В. Кресіна до такої складної і водночас важливої теми, як політична та правова спадщина української політичної еміграції першої половини XVIII ст.^{*}, на основі переосмислення цілого періоду історії держави і права України є дуже актуальним.

Обрана автором тема вже неодноразово була предметом дослідження в історичній, частково також юридичній та політичній науках. Водночас наведений історіографічний огляд і книга в цілому є доказами того, наскільки малим був ступінь дослідженості проблематики. О. В. Кресін переконливо довів, що, незважаючи на значну кількість досліджень, немає узагальнюючих робіт з даної тематики, не вироблені концептуальні підходи до неї, вона не була належним чином інтегрована до історії держави і права України, а отже, залишається актуальною. Робота має особливу цінність через те, що автор пройшов увесь шлях дослідження — від документів та окремих фактів до широких узагальнень.

^{*}Кресін О. В. Політико-правова спадщина української політичної еміграції першої половини XVIII століття. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — 468 с.

Ознайомлення з монографією О. В. Кресіна дає змогу стверджувати, що він глибоко вивчив широку джерельну базу та історіографію української політичної еміграції першої половини XVIII ст. У книзі ґрунтовно охарактеризовані етапи становлення теми в науковій літературі, особливості появи досліджень юридичного характеру, присвячених політичній та правовій спадщині еміграції.

Принципово новими є підходи, реалізовані О. В. Кресіним у другому розділі книги. Для того щоб визначити юридичний зміст моделей української державності, які стали базисом політико-правових концепцій емігрантів, автор розглянув масив документів Війська Запорозького — договори з Російською державою, Річчю Посполитою, Кримським ханством, пам'яток політичної та правової думки другої половини XVII — початку XVIII ст. На основі цього він уперше чітко виділив правовий зміст трьох моделей державності Війська Запорозького, реалізованих через договірні відносини із згаданими державами, поняття про характер і походження держави, а також основні категорії державотворення в українській думці того часу.

Слід відзначити, що чітка постановка питання про конкретний юридичний зміст згаданих моделей державності Війська Запорозького у складі навколишніх держав — конституційної автономії (у складі Російської держави), сюзеренітету-васалітету (у складі Кримського ханства), станової та культурної автономії (у складі Речі Посполитої) — є принципово новим моментом у науці історії українського права. До цього часу наявність чітко визначеної правової моделі визнавалася лише за документами відносин Війська Запорозького з Російською державою. Водночас сама модель не була сформульована. Так само автор зміг вперше аргументовано довести тезу про конституційний характер основного типу документів відносин суб'єктів — «гетьманських статей», розкрити становлення об'єктів та норм цих договорів. Правовий зміст моделі української державності, реалізованої у документах відносин Війська Запорозького з Річчю Посполитою, раніше в цілому не розглядався, дослідження присвячувалися лише нормам окремих документів. Питання ж про модель української державності в контексті відносин Війська Запорозького з Кримським ханством до монографії О. В. Кресіна поставлене не було.

Так само новим і важливим є визначення автором двох принципів регулювання правового розвитку автономного устрою українських політичних утворень — за допомогою тільки внутрішніх правових актів (маються на увазі акти держави, до якої входила українська автономія) та з використанням договорів держави-суверена з третьою державою.

Важливим у книзі є виділення та формулювання поняття про державність та її категорії у політичній і правовій думці другої половини XVII — початку XVIII ст. О. В. Кресін довів, що домінуючою для тогочасної української думки, як і для інших європейських країн, була договірна теорія походження держави. Автор вперше вивів і реконструював зміст центральної категорії договірної теорії в її українському варіанті — поняття про «вільний народ». Це є безперечним здобутком української політичної та юридичної науки, певним ключем до розуміння тогочасної української думки.

Певним проривом у дослідженні тогочасних державотворчих процесів є виведення на теоретичний рівень проблеми відносин Війська Запорозького і Запорозької Січі — як проблеми вибору моделі державного устрою українського політичного утворення на території Середньої Наддніпрянщини. Автор простежив розвиток політичної ролі Запорозької Січі у регіоні і становлення рис політичної свідомості та ідеології січовиків. На основі цього йому вдалося реконструювати головні позиції у тогочасній суперечці щодо устрою Гетьманщини та належності до неї Запорожжя.

Головна увага автора прикута до аналізу розвитку державотворчої доктрини української політичної еміграції першої половини XVIII ст. О. В. Кресін вперше поставив питання про політичний і правовий елементи дискусії, що виникла на еміграції 1709 р. щодо питання про майно померлого гетьмана І. Мазепи (так звана «Бендерська комісія»). О. В. Кресіну вдалося знайти корені цього непорозуміння, з'ясувати причини переосмислення емігрантами політичних і правових основ українського державотворення попереднього періоду. Завдяки цьому він віднайшов джерела появи у Конституції Пилипа Орлика тих чи інших норм.

Розділ, присвячений цьому документу, є центральним у монографії. Автор на основі аналізу актів українського державотворення та пам'яток української думки попереднього пері-

оду зміг розкрити норми Конституції 1710 р., визначити її нові елементи, реконструювати систему влади, окреслену цим документом. Це дало також підстави О. В. Кресіну стверджувати, що головними джерелами документа стали норми договорів та інших документів відносин Війська Запорозького з Російською державою другої половини XVII ст., ідеї, що висловлювалися у пам'ятках української політичної та правової думки цього періоду, правові нововведення часів гетьмана І. Мазепи.

Дослідник аргументовано довів, що Конституція 1710 р. заклала основи для розвитку українського парламентаризму. Принципово новим моментом для історіографії документа є висунута та доведена автором теза про те, що Конституція Пилипа Орлика вперше визначила правовий статус Запорозької Січі у складі Війська Запорозького, а отже, територіальний устрій останнього. Дослідження документу дало змогу О. В. Кресіну стверджувати, що Конституція 1710 р. стала першим внутрішньоукраїнським актом конституційного характеру.

Заслугою автора є вперше здійснена спроба простежити розвиток конституційних думки та практики на еміграції після прийняття Конституції 1710 р. На основі цього О. В. Кресін дійшов висновку, що емігранти виявилися неготовими до самостійного регулювання політичного процесу і, як і українські політичні сили у попередній період, були приречені на звернення та залежність від іноземних урядів.

Автор глибоко вивчив розвиток дипломатичної діяльності еміграційного уряду Пилипа Орлика та розвиток традиційних для реалізованих у попередній період і нових елементів моделей української державності, запропонованих у документах емігрантської дипломатії. На думку О. В. Кресіна, достатньою мірою розкрити та аргументовану, головним об'єднуючим, новим елементом цих моделей на еміграції стала ідея про колективні зовнішні гарантії європейських держав щодо автономного статусу Гетьманщини у складі однієї з держав. Водночас автор довів, що у документах відносин уряду Пилипа Орлика з урядами тогочасних держав не були реалізовані якісь нові принципи, а норми досягнутих домовленостей чи договорів в основному повторювали ті моделі, що вже були реалізовані у другій половині XVII — на початку XVIII ст.

Як підсумок слід визначити, що книга О. В. Кресіна є актуальною, спрямованою на вирішення важливої наукової пробле-

ми — інтеграції політико-правової спадщини української політичної еміграції першої половини XVIII ст. до української юридичної, історичної, політичної наук. Монографія створює реальну базу для перегляду існуючих і розробки більш оптимальної та аргументованої схеми історії держави і права України, історії політичних і правових вчень. Книга є безперечним науковим здобутком.

О. Копиленко, віце-президент АПРН України,
доктор юридичних наук, професор

Перше теоретичне дослідження кримінально-процесуальних правовідносин

Рецензована монографія* присвячена одній з актуальних проблем кримінального судочинства — правовідносинам. Це перше у вітчизняній кримінально-процесуальній науці теоретичне дослідження кримінально-процесуальних відносин, які становлять сутність кримінального процесу.

Монографія має не тільки наукове, а й практичне значення. Робота складається з двох розділів, які включають у себе шість підрозділів. Перший розділ «Сутність правовідносин в кримінальному судочинстві» присвячений дослідженню загальнотеоретичних питань щодо поняття, змісту, структури, суб'єктного складу, значення, класифікації кримінально-процесуальних правовідносин та їх місця в системі правового регулювання процесуальної діяльності. Автор обґрунтовує положення про те, що тільки в системі кримінально-процесуальних відносин реалізуються, з одного боку, правочинність державних органів, які здійснюють кримінальний процес, а з другого — процесуальні права учасників процесу та інших осіб, які залучаються до сфери кримінального судочинства, захищають їх матеріально-правові, процесуальні та інші інтереси.

М. А. Погорецьким наведені додаткові аргументи на користь позиції М. С. Алексєєва, Ю. М. Грошевого, П. А. Лу-

* *Погорецький М. А.* Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система. — Харків: Арсіс, 2002. — 160 с.

пинської, М. М. Михеєнка, М. Є. Шумила та інших дослідників, які вважають, що правовідносини слід включати як одну із ознак до поняття кримінального процесу поряд з діяльністю органів досудового слідства, прокуратури та суду щодо порушення, розслідування, судового розгляду та вирішення кримінальних справ, а також усіх осіб, які беруть у ньому участь. Характеристика кримінального процесу тільки як діяльності, якої дотримуються деякі процесуалісти, не розкриває повністю його сутності та може призвести до розуміння кримінального процесу лише як діяльності посадових осіб з односторонніми владними повноваженнями. Органу дізнання, слідчому, прокурору та суду, стверджує автор, належать великі права, які забезпечують можливість реально впливати на хід і результати кримінального процесу. Разом з тим їх владні повноваження реалізуються у формі суб'єктивних прав і в рамках кримінально-процесуальних відносин. У кримінальному процесі, як і в будь-якій іншій сфері правового регулювання, один суб'єкт (посадова особа або громадянин) може реалізувати свої права лише у разі, якщо інший суб'єкт має відповідні обов'язки.

У монографії з'ясовується сутність тих кримінально-процесуальних правовідносин, які функціонують у сфері кримінально-процесуальної діяльності і мають бути, на думку автора, врегульовані законом.

Розглядаючи зв'язок кримінально-правових і кримінально-процесуальних відносин, М. А. Погорецький поділяє погляди тих авторів, які вважають, що кримінальний процес існує передусім для забезпечення застосування норм кримінального права і реалізації кримінальної відповідальності. Кримінально-правові відносини є необхідною передумовою виникнення кримінально-процесуальних відносин. Норми кримінального права безпосередньо впливають на зміст конкретних кримінально-процесуальних відносин, які є способом оформлення і закріплення кримінально-правових відносин, формою реалізації їх змісту. Автор зазначає, що поряд з кримінально-процесуальними відносинами формою реалізації змісту кримінальних відносин є й оперативно-розшукові правовідносини. У монографічному дослідженні підкреслюється положення про те, що кримінально-процесуальні правовідносини мають свій зміст, зумовлений специфікою правочинності їх суб'єктів.

Дотримуючись традиційної структури правовідносин — об'єкт, зміст, суб'єктний склад, автор розглядає кримінально-процесуальні відносини як такі, що реально функціонують у двох аспектах: по-перше, в їх системі як сукупність взаємопов'язаних і взаємозумовлених відносин; по-друге, як одиничні процесуальні відносини, що складають систему. Спрямованість (тобто об'єкт) усієї сукупності відносин і окремих із них збігається лише в кінцевому рахунку. Тому цілком виправдано, вважає дослідник, виокремлення двох об'єктів кримінально-процесуальних відносин — загального (генерального) і спеціального. Під загальним об'єктом автор розуміє те, з приводу чого або в зв'язку з чим функціонує і розвивається вся сукупність відносин за конкретною кримінальною справою, тобто кримінально-правові відносини в їх об'єктивному (який відповідає дійсності) стані, а під спеціальним об'єктом — очікуваний результат поведінки, тобто те, з приводу чого або заради чого виникають окремі правовідносини, наприклад, задоволення заявленого клопотання, припинення ухилення обвинуваченого чи підозрюваного від слідства або суду тощо. Змістом кримінально-процесуальних правовідносин, на думку автора, є дії (поведінка) учасників правовідносин, а формою — права (правомочності) та обов'язки сторін. Суб'єкт — необхідний елемент усіх правовідносин (як і взагалі будь-яких суспільних відносин). Будь-які юридичні відносини є відносинами між суб'єктами. У кримінально-процесуальних відносинах можуть брати участь як два суб'єкти (двосторонні правовідносини), так і кілька (багатосторонні правовідносини). Кримінально-процесуальний закон встановлює вимоги, яким має відповідати особа, щоб стати суб'єктом кримінально-процесуальної діяльності (статті 43, 43¹, 49–52, 54, 55, 68, 75 КПК України та ін.).

Суб'єкти правовідносин, реалізуючи свої процесуальні права та обов'язки, грають неоднакову роль у кримінальному судочинстві, по-різному впливають на його хід і кінцевий результат. Особлива роль у кримінальному процесі належить державним органам і посадовим особам, відповідальним за вирішення кримінальної справи (суду, судді, прокурору, начальнику слідчого відділу, слідчому, дізнавачу), які наділені правом застосування норм закону і прийняття рішень у кримінальній справі. Від цих осіб вирішальною мірою залежать рух справи, її завершення,

можливість реалізації прав іншими учасниками процесу. Той чи інший суб'єкт процесу може бути учасником одного чи кількох процесуальних правовідносин. Проте поза прямим і конкретним зв'язком з представниками держави (слідчим, дізнавачем, прокурором, судом) він не може реалізувати свої права і виконати покладені на нього обов'язки. Тому державні органи і посадові особи, що здійснюють кримінальний процес, як справедливо стверджує автор, є обов'язковими учасниками кримінально-процесуальних відносин, оскільки внаслідок публічно-правового характеру кримінального процесу України правозастосовними правомочностями у сфері кримінально-процесуальних відносин наділені лише суд, суддя, слідчий, начальник слідчого відділу, орган дізнання та прокурор. Вони вступають у правовідносини між собою, а також з іншими суб'єктами кримінально-процесуальних правовідносин. У монографії обґрунтовується класифікація кримінально-процесуальних правовідносин, заснована на особливостях їх суб'єктів.

Розділ другий «Правовідносини слідчого з державними органами та посадовими особами, які беруть участь у вирішенні кримінальної справи» містить чотири підрозділи, в яких автором досліджуються проблеми правовідносин слідчого з органом дізнання, начальником слідчого відділу та прокурором. Формулюється низка обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення їх законодавчої регламентації. Автором простежені особливості кримінально-процесуальних правовідносин, що складаються у слідчого з органом дізнання, уточнена класифікація процесуальних і непроцесуальних форм їх взаємодії згідно з положеннями Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», а також прийнятими на його підставі відомчими нормативними актами; досліджена правова сутність процесуальних рішень слідчого про взаємодію з органом дізнання; розглянута специфіка правовідносин, що складаються у слідчого з членами слідчо-оперативної групи, а також спірні питання її організації; аргументується доцільність уточнення п. 6 «а» ст. 32 КПК України, в якому термін «начальник слідчого відділу» слід замінити терміном «керівник слідчого підрозділу», а також доповнити цей пункт словами: «керівник штатної слідчої групи, його заступники, старший тимчасової (позаштатної) слідчо-оперативної групи», якими охоплюються начальник слідчого

управління, відділу, відділення, групи та їх заступники; обґрунтовується висновок про необхідність, з одного боку, розширення процесуальних прав начальника слідчого відділу з керівництва попереднім слідством, посилення прокурорського нагляду за розслідуванням кримінальних справ з метою виявлення порушень закону та їх усунення, а з іншого — зміцнення процесуальної самостійності слідчого шляхом розширення його повноважень щодо прийняття рішень у кримінальній справі відповідно до своїх внутрішніх переконань на підставі всебічного, повного та об'єктивного дослідження усіх обставин справи.

На підставі монографічного дослідження автор сформулював пропозиції щодо доповнення і зміни редакції статей 97, 100, 103, 114, 114¹, 118, 120, 227 КПК України і включення рекомендованих новацій до розроблюваного Кримінально-процесуального кодексу України. Аргументується потреба доповнення його нормою, що встановлює порядок і підстави створення слідчо-оперативної групи, та розділом, який би регламентував діяльність начальника слідчого підрозділу. Розроблено рекомендації щодо уточнення, доповнення і зміни окремих норм законів України «Про прокуратуру», «Про оперативно-розшукову діяльність», а також відомчих нормативних актів, що регламентують організацію роботи по розслідуванню кримінальних справ та їх оперативно-розшуковому забезпеченню.

Монографія М. А. Погорецького містить і дискусійні та недостатньо обґрунтовані положення. Так, у підрозділі 2.1 «Слідчий — суб'єкт кримінально-процесуальних правовідносин» автор дає змістовний аналіз інституту досудового слідства як у вітчизняній історії та сучасності, так і в світових правових системах (с. 39–56). Але все ж таки потребують більш детального обґрунтування його висновки щодо місця слідчого апарату в правоохоронній та судовій системах країни, організації досудового слідства тощо, оскільки саме від вирішення цих питань залежить і зміст правовідносин, що складаються між слідчим і державними органами та посадовими особами, які ведуть кримінальний процес. Викликає сумнів пропозиція автора щодо введення до нового КПК норми, яка б передбачала створення слідчо-оперативної групи, оскільки вона суперечить загально-визнаним положенням про те, що в кримінально-процесуальні правовідносини вступають лише суб'єкти, передбачені зако-

ном. Оперативні працівники оперативно-розшукових підрозділів не можуть бути суб'єктами цих правовідносин, оскільки це не передбачено в кримінально-процесуальному законодавстві.

Обґрунтування автором необхідності розширення процесуальних прав начальника слідчого відділу є, на наш погляд, недостатньо переконливими, оскільки це може обмежити процесуальну самостійність слідчого.

Вряд чи можна погодитися з автором щодо складання прокурором обвинувального висновку, оскільки це відволікатиме прокурора від здійснення його основної функції — нагляду за додержанням законності.

Висловлені зауваження аж ніяк не знижують високої оцінки рецензованої роботи, а вказують лише на важливість та складність піднятих автором у науковому дослідженні проблем.

О. Михайленко, доктор юридичних наук, професор,

Д. Письменний, кандидат юридичних наук, доцент

Науково-практична конференція «Актуальні проблеми цивільного права на сучасному етапі розвитку України», присвячена 80-річчю від дня народження В. Маслова

16 лютого 2002 р. у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого відбулася науково-практична конференція «Актуальні проблеми цивільного права на сучасному етапі розвитку України», присвячена 80-річчю від дня народження Василя Пилиповича Маслова.

Багато теплих слів було сказано про Василя Пилиповича Маслова — видатного українського вченого-цивіліста, лауреата Державної премії Української РСР, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії наук УРСР.

Відкрили конференцію ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, президент АПрН України, академік НАН України **В. Тацій**, перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **В. Сташис**, проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **М. Панов**.

Зокрема, вони відмітили величезні заслуги В. Маслова у розвитку юридичної освіти та науки України, особливо Харківського вузівського центру. Протягом 25 років (з 9 лютого 1962 р. й до останніх днів життя) він був ректором Харківського юридичного інституту. Саме в ці роки вуз став флагманом юридичної освіти та науки. За цих же часів у вузі створюються нові кафедри: кримінології та виправно-трудоного права (1966 р.), цивільного процесу (1967 р.), трудового права (1968 р.), адміністративного права, радянського будівництва, міжнародного права та державного права зарубіжних країн (1977 р.), сільськогосподарського права, екологічного права (1979 р.). У 1974 р. в

інституті було створено три денних факультети. У цей період інститут здійснював підготовку фахівців не тільки для України, а й для Росії, Білорусії, Молдавії, Литви та республік Середньої Азії. Слід відзначити високий рівень науково-педагогічних працівників вузу. В. Маслов згуртував навколо себе талановитих і відданих своїй справі і призначенню професіоналів. Значно поліпилася матеріальна база інституту: було введено в експлуатацію новий корпус кафедр суспільних наук, розпочався й активно здійснювався процес технізації навчального процесу.

Багато сил, уміння й енергії В. Маслов віддавав розвитку Харківського вузівського регіону, очолюючи Раду ректорів вузів. Для багатьох ректорів харківських вузів того часу він був людиною, до якої можна було звернутися і в хвилину радості, і в часи скрути. Чимало нових ініціатив народжувалося в Харківському вузівському регіоні, у центрі яких знаходився Василь Пилипович. Це й перший міжвузівський сімейний гуртожиток, і ясла-садок для дітей студентів, і спортивні зали в гуртожитках, і знана в усій Україні (та й за її межами) Народна чоловіча хорова капела. Натхненником цих ініціатив був і В. Маслов.

Значною була і громадська діяльність цієї неспокійної людини. В. Маслов був членом Президії Північно-Східного наукового центру АН УРСР, членом редакційної колегії журналу «Правознавство», входив до складу Науково-консультативної Ради Верховного Суду, неодноразово обирався депутатом Харківської обласної та міської рад народних депутатів, очолював комісії з питань законності. Був нагороджений орденами «Знак пошани» (1961 р.), Жовтневої Революції (1971 р.), Трудового Червоного прапора (1991 р.).

Завідуюча кафедрою цивільного права № 1 НЮА України імені Ярослава Мудрого, доцент **В. Борисова** звернула увагу на ті проблеми, які висвітлювались В. Масловим в його роботах. Зокрема, це проблема права власності (4 липня 1951 р. він захистив кандидатську дисертацію на тему «Право особистої власності на жилий будинок в СРСР», а 2 лютого 1968 р. — докторську дисертацію на тему «Цивільно-правові проблеми особистої власності в період будівництва комунізму в СРСР»). Науковець висловив точку зору, згідно з якою юридичні відносини власності мають свою форму і власний зміст, а тому зазначене право особистої власності повинно охоплювати лише юридично значущі,

закріплені в законі, соціально-економічні ознаки, які слід винести за межі цього питання. Ним підкреслювались необхідність підвищення поваги до юридичної форми, неможливість підходів до інституту особистої власності з ліквідаторських позицій.

Після захисту докторської дисертації В. Маслов наполегливо розробляє декілька тем. Один з напрямків його наукової діяльності того часу — актуальні проблеми житлового права (монографія «Защита жилищных прав граждан» (1970 р.), навчальний посібник «Радянське житлове право» (1973 р.), значна кількість наукових статей і коментарів до житлового законодавства). Головною ідеєю його наукових робіт є необхідність тлумачення права на задоволення житлової потреби як суб'єктивного права, а не як елемента цивільної правоздатності. Саме такий підхід, підкреслював В. Маслов, сприятиме підвищенню уваги дослідників до ретельнішого вивчення житлових потреб людини, шляхів і засобів їх задоволення, детальній розробці умов і порядку реалізації цього суб'єктивного права, розробці заходів, спрямованих на його забезпечення. Ці його ідеї надихнули законодавця на необхідність закріплення в Конституції Української РСР 1978 р. права громадян на житло.

Другий напрямок тогочасної своєї наукової діяльності В. Маслов присвятив розробці актуальних питань сімейного права. У монографії «Имущественные отношения в семье» (1972 р.) вчений узагальнив і найретельнішим чином проаналізував майже всю судову практику з питань майнових відносин між подружжям, а також між батьками, дітьми та іншими членами сім'ї, завдяки чому сформулював пропозиції щодо вдосконалення чинного сімейного законодавства. Монографія «Действующее законодательство о браке и семье» (1972 р., у співавторстві з О. Пушкіним та З. Підопригорою) є науковим дослідженням нових теоретичних питань сімейного права. У ній не тільки вміщено загальну характеристику радянського сімейного законодавства, а й детально проаналізовано такі його інститути, як шлюб, сім'я, усиновлення. Твердження про те, що сімейне право є самостійною галуззю права, можна розглядати не тільки як данину традиціям того часу, а і як спробу відмежувати сімейне право від цивільного, що було в той час виключно опубліченим.

Третім напрямком діяльності В. Маслова стала розробка питань правових форм науково-технічного співробітництва,

узагальнення яких відобразилися в монографії «Правовые формы научно-технического сотрудничества», виданій у 1976 р. у співавторстві з Ч. Азімовим, О. Пушкіним та В. Поповим. Дві найактуальніші проблеми були предметом цього дослідження: організаційно-правові форми науково-технічного співробітництва і договори в цій сфері.

Четвертим напрямком діяльності цього невгамовного дослідника були проблеми договірних зв'язків в агропромисловому комплексі, яким він присвятив чергову монографію «Правовое положение производственных объединений в сельском хозяйстве», видану в 1979 р. у співавторстві з професорами В. Поповим та З. Підопригорою.

Особливу увагу В. Маслов приділяв підготовці підручників. За його редакцією і безпосередньою участю підготовлено й видано двотомний підручник з цивільного права, що видавався двічі у 1977–1978 та у 1983–1984 рр., за який В. Маслов і група його колег 25 грудня 1984 р. одержали Державну премію Української РСР в галузі науки і техніки. Він був також співавтором і редактором підручника з сімейного права, що вийшов у 1982 р. Загальний обсяг його наукової продукції становить понад 300 друкованих аркушів. Та річ не тільки в загальному обсязі його наукових праць, хоча це, звичайно, вражає, а в тому, що немає майже жодного розділу цивільного права, якому він не приділив би уваги.

У центрі наукових робіт В. Маслова стояла людина і захист її прав. Усі наукові роботи В. Маслова є глибокими в теоретичному плані, оригінальними за формою висвітлення питань і завжди мали практичну спрямованість. Саме через це його роботи були і є однаково корисними і науковцям, і практичним працівникам, і, звичайно ж, студентам. Враховуючи значний внесок у розвиток юридичної науки, загальні збори Академії наук Української РСР 28 березня 1985 р. обрали Василя Пилиповича Маслова членом-кореспондентом.

Науковий потенціал праць В. Маслова настільки високий, а його внесок у науку цивільного права настільки вагомий, що й зараз, коли відбуваються значні, навіть революційні зміни у правознавстві взагалі й у цивілістиці зокрема, його висновки й узагальнення використовуються як у теоретичних розробках, так і в законотворенні. Немає і не може бути сьогодні наукових робіт

з питань власності, договірної права, житлового та сімейного права, які не спирались би на розробки цього правознавця. Те ж саме можна стверджувати і стосовно законотворчої діяльності.

Продовжили пленарне засідання вчені з виступами на актуальні проблеми цивільного права на сучасному етапі розвитку України. Так, професор, академік АПрН України, завідуючий кафедрою цивільного права і процесу Прикарпатського державного університету імені Василя Стефаника **В. Луць** висвітлив основні ідеї та їх втілення у новому Цивільному кодексі України стосовно договору в підприємницькій діяльності; професор, член-кореспондент АПрН України **Ч. Азімов** акцентував увагу на розмежуванні приватного та публічного права; професор кафедри цивільного права № 1 НЮА України імені Ярослава Мудрого **І. Спасиво-Фатєєва** висвітлила питання юридичної сутності управління в сучасних умовах; доцент Чернігівського державного інституту економіки і управління **В. Самойленко** дав порівняльний аналіз українського та російського сучасного цивільного законодавства; професор кафедри цивільного права № 1 НЮА України імені Ярослава Мудрого **І. Жилінкова** зупинилася на важливих проблемах еволюції сімейного законодавства; завідуючий кафедрою підприємницького та міжнародного приватного права НЮА України імені Ярослава Мудрого **Д. Задихайло** висвітлив окремі аспекти визначення сфери регулювання приватним правом ринкових відносин в Україні, завідуючий кафедрою цивільного права № 2 НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Яроцький** зосередив увагу на проблемах правового регулювання цінних паперів.

Неабиякий інтерес у присутніх викликав виступ члена-кореспондента АПрН України, доцента кафедри цивільного права №1 НЮА України імені Ярослава Мудрого **М. Сибільова** (який, до речі, захистив кандидатську дисертацію під керівництвом **В. Маслова**) стосовно основних положень нового Цивільного кодексу України.

У роботі конференції брали участь видатні вчені-цивілісти та практики з різних куточків України. Після пленарного засідання відбулося обговорення окремих питань по секціях. Працювало п'ять секцій, які збігалися з напрямками наукової діяльності **В. Маслова**: «Загальнотеоретичні проблеми цивільного права», «Проблеми правового регулювання відносин власності.

Питання інтелектуальної власності», «Проблемні питання зобов'язального права», «Проблеми здійснення й захисту цивільних прав», «Проблемні питання сімейного та спадкового права».

На конференції обговорювалися актуальні цивільно-правові питання та з'ясовувалися можливі шляхи вдосконалення чинного законодавства України. Учасники конференції дійшли висновку, що сучасний етап розвитку української цивілістики обумовлює запровадження нових підходів до вирішення актуальних загальнотеоретичних питань сфери приватного права. Сьогодні вимагає нових наукових досліджень проблем цивільної правосуб'єктності, підприємництва, правового режиму об'єктів цивільного права, юридичних осіб, правочинів, права власності, у тому числі й інтелектуальної, окремих видів договорів, цивільно-правової відповідальності тощо.

Прийняття у третьому читанні Цивільного кодексу України, який містить багато неузгодженостей та недостатньо обґрунтованих положень, покладає на юридичну громадськість обов'язок взяти участь у обговоренні його основних концептуальних засад. Результатом цього мають стати конструктивні пропозиції щодо вдосконалення положень ЦК України та запровадження у ньому нових засад правового регулювання цивільних відносин.

Матеріал підготували:

В. Борисова, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 1 НЮА України імені Ярослава Мудрого,

В. Крижна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 2 НЮА України імені Ярослава Мудрого

Міжнародна науково-практична конференція «Питання застосування нового Кримінального кодексу України»

25–26 жовтня 2001 р. у м. Харкові відбулася міжнародна науково-практична конференція, яку було організовано Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого, Інститутом вивчення проблем злочинності Академії пра-

вових наук України, Транснаціональним Центром вивчення організованої злочинності та корупції (Американський Університет, м. Вашингтон) і Харківським Центром по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні.

Для участі в роботі конференції було заявлено 256 чол. З науковими доповідями виступили та взяли участь в їх обговоренні 48 чол., а всього у роботі конференції взяли участь понад 300 чол. Серед учасників конференції — працівники Апарату Верховної Ради України, судді Конституційного Суду України, Верховного Суду України, представники Генеральної прокуратури України, МВС України, СБУ, Державної митної служби України, Державної податкової адміністрації України, Державного департаменту України з питань виконання покарань, наукових установ і навчальних закладів: Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, Київського регіонального центру АПрН України та інших науково-дослідних центрів України, провідні вчені Національної академії СБУ, Національної академії внутрішніх справ України, Львівського національного університету імені Івана Франка, Одеської національної юридичної академії та інших закладів України, а також представники Американського університету з Вашингтона.

Із вступним словом і науковою доповіддю «Загальна характеристика нового Кримінального кодексу України» до учасників семінару звернувся перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **В. Сташис**. Увагу присутніх було звернено на те, що 5 квітня 2001 р. відбулася історична подія у правовому житті нашої держави — Верховна Рада України 379 голосами прийняла новий Кримінальний кодекс — перший кримінальний кодекс незалежної України. Його прийняття — це значне явище в політичному, економічному та суспільному житті України. Робота над проектом Кримінального кодексу була досить тривалою і напруженою. Впродовж усього строку роботи над проектом до нього були внесені пропозиції щодо його вдосконалення від наукових і навчальних закладів України, Росії, Біло-

русі, всіх правоохоронних та правозастосовних органів України, окремих науковців і правників. Проект пройшов термінологічні експертизи Інституту української мови НАН України, неодноразово обговорювався не тільки з представниками відповідних відомств правничого профілю, а й з експертами Ради Європи. Його було розглянуто на чотирьох науково-практичних конференціях і семінарах, що відбулися в м. Харкові.

Новий КК значною мірою відображає результати досліджень науки кримінального права не тільки в Україні, а й у зарубіжних державах. Він вирішує чимало складних питань практики боротьби зі злочинністю кримінально-правовими заходами. Це знайшло своє відображення в удосконаленні багатьох норм КК. Запропонована в новому КК система Особливої частини не тільки врахувала певні теоретичні набутки з питань її побудови, а й зосередила увагу головним чином на системі суспільних відносин і соціальних цінностей, які склалися в Україні в перші десять років її становлення як незалежної, правової держави і підлягають кримінально-правовій охороні.

Звичайно, не можна виключати того, що у майбутньому може виникнути потреба у внесенні до КК певних змін і доповнень. Однак цьому процесу мають передувати не тільки серйозне науково-теоретичне осмислення нового законодавства про кримінальну відповідальність, а й певні напрацювання практики. Лише реальне застосування нового КК дозволить виявити його сильні та слабкі сторони. Тому зараз треба більше ставити питань з приводу тлумачення, роз'яснення норм КК, ніж критикувати його.

У спільній доповіді «Концептуальні питання застосування нового Кримінального законодавства України» доктора юридичних наук, професора, заступника Голови Верховної Ради України **С. Гавриша** і кандидата юридичних наук, доцента, головного наукового консультанта Апарату Верховної Ради України **Є. Фесенка** (доповідь була зроблена **Є. Фесенком**) зазначалося, що новий КК певною мірою відображає основоположні ідеї, що впливають з проблеми реалізації цілей правової реформи в Україні. Зокрема з нього виключено застарілі положення, враховано міжнародно-правові норми, заповнено прогалини, що існували у попередньому кодексі. Новий КК України в цілому є законодавчим актом сучасного рівня, що втілює досяг-

нення як науки кримінального права, так і позиції та тенденції судової практики.

У доповіді «Окремі аспекти практичного застосування Кримінального кодексу України» заступник Міністра внутрішніх справ України **П. Коляда** зупинився на тому, що окремі норми КК у майбутньому скоріше за все потребуватимуть певних змін, а низка інших норм вимагатиме додаткового законодавчого або нормативного тлумачення, наприклад, з урахуванням тієї ситуації, що зараз склалася в державі у зв'язку з проблемою нелегальної міграції іноземців в Україну.

З доповіддю «Боротьба з міжнародним тероризмом і відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом: участь України в цьому процесі» виступив радник з правових питань Посольства США в Україні **Володимир Сулжинський**. Його доповідь було присвячено новим ініціативам Сполучених Штатів Америки в боротьбі з тероризмом і відмиванням грошей після терористичних актів, учинених 11 вересня 2001 р. у США (в м. Нью-Йорк, Пентагоні (Вашингтон, округ Колумбія) і Пенсільванії). Певна увага в доповіді була приділена й Україні. Так, зазначалося, що на пленарному засіданні FATF, яке відбулося в Парижі 7 вересня 2001 р., Україну було занесено до «Списку країн і територій, які не співпрацюють у сфері боротьби з відмиванням грошей». За станом на 25 жовтня 2001 р. цей список включав 21 країну і територію, в тому числі Росію, Угорщину, Ізраїль. FATF визнала, що останнім часом Україна продемонструвала готовність до вдосконалення системи боротьби з відмиванням грошей і досягла в цьому певних успіхів. Разом з тим FATF вказала на відповідні недоліки в системі боротьби з цим явищем в Україні. Більшість із них, визначених FATF, можна було б вирішити через прийняття та ефективне виконання закону про боротьбу з відмиванням коштів, одержаних злочинним шляхом.

У науковій доповіді «Деякі проблемні питання нового Кримінального кодексу України» заступник державного секретаря Міністерства юстиції України **О. Пасенюк** навів положення нового закону про кримінальну відповідальність, застосування котрих, на його думку, викликатиме питання і певні проблеми. Було підкреслено, що наявність певних недосконалостей і недоліків у нормах КК України нині не повинна тягти за собою його негайної ревізії. Лише після того, як з'являться перші ре-

зультати узагальнень слідчої та судової практики, всебічного та глибокого вивчення спільних питань і проблем, можна буде говорити про можливість внесення змін до нового КК України. Це визначено наперед ще й тим, що стабільність кримінально-правового регулювання є однією з передумов успішної боротьби зі злочинністю.

В доповіді професора Американського університету (м. Вашингтон, США) **Ітана Бергера** «Боротьба з «відмиванням» грошей в Україні — глобальна перспектива», яка була підготовлена у співавторстві з правником у галузі міжнародних фінансів **В. Коваленком**, відзначалася, що хоча Україна і має досить широку нормативну базу по боротьбі з відмиванням коштів, доповідачі не вважають, що при вирішенні цього питання можна обмежуватися лише прийняттям законів. Основною організацією, яка здійснює заходи щодо боротьби з відмиванням коштів у рамках ОБСЄ, є FATF. І хоча в Україні існує відповідне законодавство, але висновки експертизи, яку проводила FATF, свідчать про те, що рішення, які приймаються в Україні, на думку доповідачів, є політично забарвленими. Незважаючи на те що переважна більшість коштів відмивається у Сполучених Штатах або в Лондоні чи Цюриху, необхідно звернути увагу і на офшорні зони (Кіпр, Науру, інші країни Карибського басейну). Але ці країни, по-перше, не є членами ОБСЄ, а по-друге, навряд чи в них є можливість яким-небудь чином контролювати ці процеси. Тому важко переоцінити значення міжнародного співробітництва. Крім Центру в Україні, працюють ще чотири центри в Росії, планується розгортання роботи в Тбілісі, а також у перспективі в деяких районах Азії. Враховуючи загрозу міжнародного тероризму, слід зробити все можливе для збереження людства і розробки заходів запобігання міжнародному тероризму.

В доповіді «Законодавча техніка Кримінального кодексу України 2001 р. та її вплив на тлумачення його норм» кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка **П. Андрушко** зупинився на опитуваннях суддівського корпусу. Вони свідчать, що з початком практичного застосування нового КК у суддів виникли серйозні ускладнення з тлумаченням переважної більшості його норм, а також із застосуванням окремих імперативних положень Прикінцевих

та Перехідних положень КК. Однією з вагомих причин такого стану є те, що працівники правозастосовних органів практично не були забезпечені на 1 вересня 2001 р. науковими та науково-практичними коментарями як в цілому нового КК, так і окремих його норм. Такі ж питання виникають і в навчальних юридичних закладах при викладанні курсу «Кримінальне право України» та спецкурсів кримінально-правового циклу. Це обумовлено в першу чергу тим, що остаточний варіант тексту проекту КК не пройшов ні термінологічної (філологічної), ні правової експертизи, які він об'єктивно і не міг пройти, оскільки був остаточно схвалений профільними комітетами Верховної Ради України 3 квітня 2001 р., а вже 5 квітня був прийнятий Верховною Радою України як закон. Доповідач навів конкретні приклади такого недодержання правил законодавчої техніки при формулюванні норм окремих статей Особливої частини КК 2001 р. Вочевидь, що зазначене створює відповідні труднощі при тлумаченні і застосуванні окремих норм КК працівниками правозастосовних органів.

У доповіді «Новий Кримінальний кодекс України як основа розвитку кримінально-правової політики держави» доктор соціологічних наук, професор кафедри соціології та політології Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Л. Герасіна зазначила, що розробка і прийняття нового КК України та вдосконалення його змісту на принципових конституційних засадах певним чином змінили характер і більш чітко визначили суспільні цінності, які охороняються кримінальним законом. Можна стверджувати, що в новому КК сформовано певні пріоритети кримінально-правової політики України. По-перше, максимально забезпечено стан безпеки особистості, прав і свобод людини від злочинних посягань. По-друге, акцентовано увагу на необхідності захисту основ конституційного ладу і національної та економічної безпеки держави, що означає стан захищеності національних інтересів від внутрішніх і зовнішніх загроз і забезпечення прогресивного розвитку країни. По-третє, пріоритетом кримінально-правової політики є активна протидія організованій злочинності. Зрештою, пріоритетними напрямками залишаються активна боротьба з корупцією, запобігання екологічним правопорушенням і злочинам проти правосуддя.

Значну кількість наукових доповідей було присвячено питанням застосування Загальної частини нового КК України. Це доповіді: доктора юридичних наук, професора кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, старшого стипендіата-дослідника Харківського Центру по вивченню організованої злочинності **Ю. Бауліна** на тему «Поняття кримінальної відповідальності та його значення для практики застосування нового КК України»; доктора юридичних наук, професора кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, старшого стипендіата-дослідника Харківського Центру по вивченню організованої злочинності **В. Навроцького** на тему «Принцип заборони аналогії і його дія при застосуванні КК 2001 р.»; доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента АПрН України, судді Конституційного Суду України **В. Тихого** на тему «Проблеми застосування норм Кримінального кодексу України про стадії злочину»; доктора юридичних наук, професора, проректора з навчальної роботи Одеського державного університету імені І. І. Мечникова **Є. Стрельцова** на тему «Спеціальний суб'єкт злочину в новому КК України»; доктора юридичних наук, професора, академіка АПрН України (Київський регіональний центр АПрН України) **А. Закалюка** на тему «Організована злочинна діяльність: сутність та потреби нормативного визначення»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. Шостко** на тему «Новий КК України і питання протидії організованим злочинності»; головного консультанта Секретаріату Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності **О. Губської** на тему «Питання звільнення від кримінальної відповідальності у КК України»; кандидата юридичних наук, доцента, начальника Науково-дослідного центру Академії державної податкової служби України **В. Антипова** на тему «Щодо основних принципів визначення видів та розмірів покарань за КК України»; кандидата юридичних наук, генерал-майора міліції, заступника Голови Державного департаменту України з питань виконання покарань **М. Вербенського** на тему «Покарання, не пов'язані з позбавленням волі: загальна характеристика

і проблеми застосування»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Тютюгіна** на тему «Деякі питання застосування покарання за новим КК України»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, завідувача сектору Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **А. Степанюка** на тему «Проблеми правового регулювання застосування покарань».

Питанням застосування Особливої частини нового КК України були присвячені доповіді: доктора юридичних наук, члена-кореспондента АПрН України, директора Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, заступника директора Харківського Центру по вивченню організованої злочинності **В. Борисова** на тему «Загальна характеристика Особливої частини нового Кримінального кодексу України»; професора, завідувача кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка **В. Гришука** на тему «Питання системності кримінально-правового захисту людини за новим КК України»; Заслуженого юриста України, заступника начальника Управління організації боротьби з контрабандою та порушеннями митних правил Державної митної служби України **В. Русскова** на тему «Питання застосування ст. 201 «Контрабанда» КК України»; кандидата юридичних наук, доцента, декана Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. Перепелиці** на тему «Кримінально-правові питання боротьби з відмиванням грошових коштів або іншого майна, здобутих злочинним шляхом»; генерал-майора податкової міліції, начальника Управління податкової міліції ДПА в Харківській області **А. Козіни** і слідчого з особливо важливих справ слідчого відділу податкової міліції Управління податкової міліції ДПА в Харківській області **О. Литвінова** (доповідь зробив О. Литвінов) на тему «Деякі проблеми застосування ст. 209 КК України «Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом»; доцента відділу міжнародних зв'язків Одеської національної юридичної академії **Ф. Шиманського** на тему «Новий Кримінальний кодекс України про легалізацію доходів, одержаних злочинним шля-

хом»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінального права і кримінології Національного університету внутрішніх справ **Н. Гуторової** на тему «Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами»; кандидата юридичних наук, провідного наукового співробітника Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентові України **В. Цимбалюка** на тему «Категорія «безпека» у новому Кримінальному кодексі України»; судді Воєнної колегії Верховного Суду України **М. Пінчука** на тему «Кримінальна відповідальність за незаконні дії зі зброєю»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінального права, декана Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Касинюка** на тему «Оціночні поняття у складах злочинів проти громадської безпеки»; кандидата юридичних наук, доцента, завідувача кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Одеської національної юридичної академії **В. Дрьоміна** на тему «Банда і злочинна організація: проблеми розмежування»; доктора юридичних наук, професора, проректора з наукової роботи Київського інституту внутрішніх справ **А. Музики** на тему «Кримінальна відповідальність за незаконні дії з наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами і прекурсорами за новим кримінальним законодавством України»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії **Н. Мирошниченко** на тему «Незаконні дії з наркотичними засобами за новим Кримінальним кодексом України»; професора кафедри кримінального права та кримінального процесу Національної академії Служби безпеки України **О. Бантишева** на тему «Заохочувальні норми КК України 2001 р., що стимулюють позитивну посткримінальну поведінку»; доктора юридичних наук, професора, завідувача відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України **О. Костенка** на тему «Поняття «незаконних дій» у Кримінальному кодексі України (проблеми визначення, тлумачення і кваліфікації)»; начальника Управління підтримання державного обвинувачення Генеральної прокуратури України **В. Гузира** на тему «Дискусійні питання кримінальної відпові-

дальності за злочини у сфері господарської діяльності»; судді Запорізького апеляційного суду **В. Мульченка** на тему «Система злочинів проти правосуддя у новому КК»; викладача кафедри кримінального права Національної академії Прикордонних військ (м. Хмельницьк) **А. Музики** на тему «Питання кримінальної відповідальності за порушення статутних правил несення прикордонної служби»; здобувачки кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Л. Демидової** на тему «Створення злочинної організації як одна із форм об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України».

Проблемам співвідношення нового КК України з іншими галузями законодавства України були присвячені доповіді: доктора юридичних наук, професора кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Журавля** на тему «Психологічні аспекти кримінальної відповідальності»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, завідувача сектора Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **О. Кальмана** на тему «Кримінологічний аналіз відповідальності за легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (ст. 209 КК)»; доктора юридичних наук, завідувача кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії **В. Тулякова** на тему «Проблеми віктимології і новий Кримінальний кодекс України»; доктора юридичних наук, професора, завідувачки кафедри кримінального та адміністративного права Інституту адвокатури при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка **І. Туркевич** на тему «Оцінка окремих положень КК України з позиції кримінолога»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Гарашука** на тему «Новий Кримінальний кодекс України та адміністративне законодавство»; кандидата юридичних наук, доцента, начальника кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ України **Д. Письменного** на тему «Підстави звільнення від кримінальної відповідальності та проблеми їх процесуального застосування».

З заключним словом на конференції виступив перший проєктор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **В. Сташис**, який охарактеризував її роботу як плідну і проведену на високому рівні. Було підкреслено, що прийняття нового КК України стало істотним у законодавчому житті нашої країни. То ж природним є інтерес до тлумачення і використання його положень, багато з яких певною мірою задовольняють учених-правознавців, практичних працівників. Разом з тим існує відповідна низка норм, які потребують апробації і певного вдосконалення.

Гострі дискусії на конференції точились з таких проблем: поняття, природа та підстави звільнення від кримінальної відповідальності; призначення та відбування покарання; тлумачення кримінально-правових норм і окремих понять та їх обсяг; легалізація коштів, здобутих злочинним шляхом; протидія організованій злочинності.

Приємно, що наші колеги і друзі з Сполучених Штатів Америки констатували, що новий КК України містить чимало положень, які наближають наше законодавство до міжнародних стандартів.

Вагомим результатом нашої конференції є те, що під час її роботи ми обговорили найактуальніші проблеми кримінального права. В ході обговорення питань застосування нового КК України нам вдалося визначити напрямки подальших наукових досліджень. Констатуємо, що процес реформування законодавства України про кримінальну відповідальність став реальністю, але це не означає, що все можливе вже зроблено. Копітка робота над його вдосконаленням триватиме й надалі. Попереду на нас чекає не менш важлива робота й щодо роз'яснення положень КК на всіх рівнях нашого суспільства.

Матеріал підготували:

професор *В. Борисов*,

доценти *Я. Кураш, І. Христич*

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням Президії Академії правових наук України та вче-

ною радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової, демократичної держави Україна.

Премія має чотири номінації: за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовній діяльності; за підготовку і видання підручників.

Висування кандидатів на присудження премії провадиться комітетами Верховної Ради України, Верховним Судом України, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовних органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється з представників юридичної громадськості України спільним рішенням Президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується премія, видаються диплом лауреата, пам'ятний нагрудний знак — медаль, грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць, надрукованих у фахових виданнях; особи, які мають досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук або видатні досягнення у службовій та громадській діяльності в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовній діяльності.

Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (не більше восьми). За результатами конкурсу присуджуються по три премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються наукові праці, які подаються на конкурс, а також такі документи: а) рішення колективного органу про вису-

нення кандидатур (кандидатів) на присудження премії; б) перелік наукових праць авторів (осіб); в) довідка про особу; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

Строк подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 30.09. 2002 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.

Тел. для довідок: 45-41-18, 47-17-90, 19-12-22, факс 43-40-37.

НАШІ ЮВІЛЯРИ

70



Виповнилося 70 років від дня народження відомого українського правознавця, члена-кореспондента Академії правових наук, заслуженого юриста України, провідного наукового співробітника Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України Геннадія Олександровича Мурашина.

Г. О. Мурашин народився 29 червня 1932 р. у м. Ленінграді (зараз — Санкт-Петербург) у родині юриста. В період Великої Вітчизняної війни він перебував у ленінградській блокаді, був учасником бойових дій. З 1947 р. проживає в Україні. Після закінчення середньої школи у Львові навчався на юридичному факультеті Львівського університету ім. Івана Франка, а потім працював у партійних органах на Львівщині та в м. Києві. З 1962 по 1967 р. Г. О. Мурашин — прокурор Ленінградського району м. Києва, одночасно навчається в аспірантурі Київського університету ім. Т. Г. Шевченка на кафедрі теорії держави і права під керівництвом професора П. О. Недбайла. З 1968 р. працює в секторі держави і права (зараз — Інститут) АН України. В 1973 р. захистив кандидатську дисертацію, а в 1976 р. був призначений заступником директора Інституту з наукової роботи. На цій посаді він плідно працює до 2001 р. З 1982 по 1991 р. обіймав посаду завідувача відділом конституційного права і радянського будівництва.

За час наукової діяльності Г. О. Мурашин опублікував понад 150 наукових праць, з них — 3 індивідуальні та 10 колективних монографій, розділи підручника та навчального посібника, наукові статі, доповіді і виступи на конференціях, статті в Українській Радянській енциклопедії та Юридичній енциклопедії тощо. Роботи Г. О. Мурашина присвячені проблемам теорії держави і права, конституційного права, організації та діяльності правоохоронних органів, суду і прокуратури. В його працях значну увагу приділено питанням теорії державного механізму (системі органів влади), його обумовленості економічною і по-

літичною структурою суспільства, взаємозв'язку і взаємозалежності механізму і функцій держави. Г. О. Мурашин першим з українських правознавців фундаментально і всебічно дослідив роль прокуратури в державному механізмі, обстоював необхідність більш ефективного використання судової влади на принципах її незалежності, гласності, рівності всіх громадян перед законом і судом. Роботи Г. О. Мурашина останніх років безпосередньо спрямовані на вирішення проблем розбудови незалежної держави України, реалізації конституційних принципів і норм в умовах поділу влади, переходу до ринкових відносин, розвитку самоврядування інститутів безпосередньої демократії тощо. Чимало публікацій Г. О. Мурашина вийшло у виданнях Канади, Югославії, Чехії, Словаччини, Польщі, Білорусі.

Результати своїх наукових досліджень Г. О. Мурашин активно застосовує на практиці, зокрема шляхом впровадження їх у законотворчій роботі, в рекомендаціях наукових форумів за його участю. У складі робочої групи він брав участь у розробці Декларацій про державний суверенітет України, підготовці проектів законів про Конституційний Суд України, про прокуратуру України, розробці Концепції про національну безпеку, проектів законів про столицю України — місто-герой Київ, про профспілки та ін. Г. О. Мурашин брав участь у роботі комісій, комітетів та засіданнях сесій Верховної Ради України з початку 80-х років до теперішнього часу. 16 лютого 1993 р. таємним голосуванням народних депутатів на сесії Верховної Ради України він обраний членом конституційного суду України, але Суд на той час не було сформовано. Був членом Консультативної ради з питань державного будівництва і правової політики при Голові Верховної Ради України.

Близько 25 років Г. О. Мурашин працював заступником директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України з наукової роботи. Протягом 15 років обирався членом бюро відділення історії, філософії та права НАН України, був заступником голови Наукової ради «Закономірності розвитку держави, демократії та права» НАН України, входив до складу кількох координаційних рад АН СРСР, був членом правової секції Науково-технічної ради Міністерства освіти України, заступником голови Всеукраїнської міжвідомчої координаційно-методичної ради з правової освіти населення, членом редколегії

журналу «Політика і час», відповідальним редактором деяких видань. Очолював і був членом організаційних комітетів багатьох наукових конференцій. Брав участь у конференціях, які проводилися в Москві, Мінську, Ташкенті, Ризі, Саратові, Львові, Харкові, Одесі, виступав з лекціями в Сімферополі, Чернівцях, Миколаєві, Дніпропетровську, Вінниці, Донецьку, Полтаві та інших містах. Г. О. Мурашин був депутатом двох Всесвітніх конгресів міжнародної асоціації політичних наук (1979 р. — Москва, XI конгрес, 1988 р. — Вашингтон, XIV конгрес), делегатом X конгресу Міжнародної асоціації юристів-демократів (Алжир, 1975 р.), неодноразово брав участь у міжнародних наукових конференціях і симпозіумах у Чехословаччині, Югославії, Німеччині, а також конференціях у Києві за участю вчених-юристів Франції, Японії, Німеччини, Польщі, Болгарії, Угорщини та інших країн. Г. О. Мурашин є незалежним експертом Міжнародної європейської організації з вивчення економічних, політичних та інших питань у країнах СНД (INTAS, м. Брюссель, Бельгія).

Поряд з науковою і науково-організаційною роботою Г. О. Мурашин здійснює й педагогічну діяльність. Підготував трьох кандидатів наук, зараз є науковим керівником трьох дисертантів.

Широко відома громадська діяльність Г. О. Мурашина. Він неодноразово обирався депутатом районної ради в м. Києві, є членом науково-методичної ради при Генеральній прокуратурі України, був членом оргкомітету з підготовки установчого з'їзду по утворенню Спілки юристів України, на якому був обраний до складу Ради Спілки. Тричі брав участь у роботі з'їздів Світового конгресу українських юристів, а також Всесвітнього конгресу українців, є одним із засновників Фонду сприяння правовим і політичним реформам, обраний президентом Київського товариства дружби з народом Іраку.

Г. О. Мурашин удостоєний багатьох державних нагород, відзначений почесними грамотами, почесними званнями і знаками.

Принциповість і порядність, ерудованість і сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків здобули Г. О. Мурашину авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Геннадія Олександровича Мурашина з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги та подальших успіхів.

* * *

Юридична громадськість України широко вітає відомого вченого нашої країни в галузі екологічного права, доктора юридичних наук, старшого наукового співробітника, члена-кореспондента Академії правових наук України, Заслуженого юриста України **Наталію Рафаєлівну Малишеву** з ювілейною датою в її житті.

Н. Р. Малишева після закінчення в 1974 р. Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка розпочала свою діяльність в Інституті держави і права як стажист-дослідник. Зараз вона обіймає посади наукового співробітника і заступника директора Міжнародного центру космічного права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У 1996 р. Н. Р. Малишева захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. У 2000 р. її було обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Науковий доробок Н. Р. Малишевої становить понад 120 наукових праць. В їх числі — дві індивідуальні монографії і 15 розділів у колективних монографіях, більше 10 брошур, довідників, розділів підручників, близько 100 статей у наукових і науково-публіцистичних виданнях, з них вісім — у зарубіжних наукових журналах і збірниках. Науковий пріоритет Н. Р. Малишевої особливо відчутний у сфері теоретичної розробки конче актуальної в сучасних умовах проблематики гармонізації екологічного законодавства України з відповідним правовим полем Європейського Союзу, вирішенні питань поєднання правових засад економічної реформи з трансформацією екологічних відносин у суспільстві, впровадження принципів сталого розвитку в правову систему України.

Під науковим керівництвом Н. Р. Малишевої в Інституті держави і права було здійснено дослідження проблем конституційних засад охорони довкілля в Європі (порівняльно-правовий аспект), теоретичних і прикладних проблем удосконалення екологічного контролю, еколога-правових аспектів економічного розвитку та ін. Наукові праці Н. Р. Малишевої неодноразово отримували визнання НАН України (1982 р. — медаль з премією за кращу наукову роботу молодого вченого; 1992 р. — премія Академії наук України імені Д. З. Мануїльського за цикл робіт у галузі правової охорони навколишнього середовища).

Наукову діяльність Н. Р. Малишева гармонійно поєднує з науково-організаційною. Вона є членом Наукової ради НАН України з питань навколишнього середовища і розвитку, а також вченим секретарем її правової секції; членом комісії НАН України з питань техногенно-екологічної безпеки, надзвичайних ситуацій та мінімізації наслідків Чорнобильської катастрофи, членом Національної ради з питань біоетики при Президії НАН України, головою секції екологічного, земельного і аграрного права Науково-дорадчої ради при Міністерстві юстиції України.

Н. Р. Малишева постійно бере участь у законотворчій діяльності в сфері охорони довкілля. Нею або за її безпосередньої участі було розроблено десятки законів та інших нормативно-правових актів екологічної спрямованості. Серед них закони: про охорону навколишнього природного середовища; про охорону атмосферного повітря; про природно-заповідний фонд; про відходи; про мисливське господарство та полювання; про питну воду; Водний кодекс та ін. За активну участь у розбудові української державності, створенні екологічного законодавства України в 1992 р. вона була удостоєна почесного звання Заслужений юрист України.

Під керівництвом Н. Р. Малишевої успішно захищено три і прийнята до захисту одна кандидатська дисертація, продовжують працювати над кандидатськими дисертаціями п'ять аспірантів і здобувачів.

Крім наукової, законотворчої та науково-організаційної діяльності, Н. Р. Малишева викладає курс екологічного права для студентів Київського університету права при Інституті держави і права НАН України та його Рівненського відділення.

Слід відзначити науковий і педагогічний авторитет Н. Р. Малишевої за кордоном. Протягом тривалого часу вона є членом Світового конгресу аграрного і екологічного права і Міжнародної спілки екологічного права. Неодноразово запрошувалася до університетів Західної Європи (Пуатьє, Франція; Ліон-IV, Франція; Лувен-ла-Нев, Бельгія) як запрошений професор. Брала участь у багатьох наукових і науково-практичних конференціях, симпозіумах, форумах з екологічного права. Представляла Україну в комітеті з питань цивільної відповідальності за ядерну шкоду МАГАТЕ (Відень, 1990 р.).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули Н. Р. Малишевій авторитет та повагу юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Наталію Рафаелівну Малишеву** з її славним ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

Пам'яті

Володимира Володимировича Копейчикова

9 червня 2002 р. після тривалої тяжкої хвороби пішов з життя видатний правознавець, академік Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України **Володимир Володимирович Копейчиков**.

Увесь його трудовий шлях і творче життя було віддане сумлінному служінню інтересам і прагненням рідного народу.

В. В. Копейчиков народився 17 листопада 1923 р. у місті Харкові, де пройшли його дитинство і шкільні роки.

Юність В. В. Копейчикова припала на лихоліття Великої Вітчизняної війни. Він, як і багато його однолітків, після закінчення школи відразу пішов на фронт і виніс увесь тягар труднощів, горя і нещастя війни.

Найбільш тяжкою була його військова доля на Волховському фронті, коли він воював командиром гармати 69-ї морської стрілецької бригади. За мужність і відвагу, непохитну стійкість і самопожертву був удостоєний медалі «За відвагу», інших бойових нагород.

Після демобілізації В. В. Копейчиков повертається до рідного Харкова, працює бібліотекарем школи фабрично-заводської освіти № 2. В цей час він визначає свій подальший життєвий шлях — вирішує стати юристом. Навчається у Харківському юридичному інституті, причому перші два курси закінчує екстерном. У 1948 р. там же вступає до аспірантури і у жовтні 1951 р. під науковим керівництвом професора В. І. Сливницького успішно захищає кандидатську дисертацію на тему «Правові акти місцевих органів державної влади і управління». З цього моменту розпочинається плідна та багатогранна наукова і педагогічна діяльність В. В. Копейчикова. З 1951 р. по 1952 р. він працює старшим викладачем Юридичного інституту (м. Алма-Ата). З 1953 р. по 1978 р. — доцент, виконуючий обов'язки професора, учений секретар ученої ради Харківського юридичного інституту.

У травні 1969 р. В. В. Копейчиков у науковій дискусії з офіційними опонентами, видатними ученими П. Е. Недбайлом, О. Ф. Шебановим та К. А. Мокичевим блискуче захистив докторську дисертацію на тему: «Питання теорії механізму радянської соціалістичної держави».

З 1971 по 1978 р. В. В. Копейчиков плідно працює на посаді професора юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. За значні наукові досягнення, активну педагогічну діяльність йому в 1972 р. рішенням Вищої атестаційної комісії присвоєно вчене звання професора.

У 1978 р. В. В. Копейчикова запрошують до Інституту держави і права АН СРСР на посаду старшого наукового співробітника відділу прав людини. У грудні 1982 р. він повертається до Києва і наступні 20 років пов'язує свою творчу і педагогічну діяльність з Національною академією внутрішніх справ України, де працює на посаді професора кафедри теорії держави і права.

В. В. Копейчикова всі знали не тільки як блискучого лектора і викладача, талановитого педагога, а й як державного і громадського діяча. З 1995 по 1998 р. він поєднував наукову і викладацьку діяльність з посадою наукового консультанта Президента України з питань державного будівництва, був членом Консультативної ради з питань державного будівництва і правової політики Верховної Ради України.

Своїми великими знаннями, широкою ерудицією, високою загальною культурою, ідеями і науковими знахідками В. В. Копейчиков завжди ділився з учнями. Ним підготовлено 12 докторів і 23 кандидати юридичних наук.

В. В. Копейчиков відомий учений і практичній громадськості як автор понад 250 наукових праць, з них 10 — особистих монографій та 9 написаних у складі авторських колективів. В його науковому доробку такі фундаментальні праці, як «Правовые акты местных органов государственной власти и управления» (1956), «Механизм Советского социалистического государства» (1965), «Механизм Советского государства» (1968) «Система органов Советского государства по новой Конституции СССР» (1979), «Права человека: мифы и реальность» (1987), «Народовластие и личность» (1991) та ін., що присвячені теоретичним питанням організації і функціонування державного механізму теорії конституціоналізму, прав і свобод особи тощо.

В. В. Копейчиков успішно працював над багатьма актуальними проблемами держави і права, але найбільший внесок зробив у розробку сучасних проблем прав і свобод людини та механізму їх реалізації. Своїми науковими працями він збагатив юридичну науку. Його ім'я одержало широке визнання як в

Україні, так і за її межами. Активну участь В. В. Копейчиков брав у видавничій діяльності, був членом редакційних колегій журналів «Право України», «Вісник Академії правових наук України», інших вітчизняних і зарубіжних видань.

Чималим є внесок В. В. Копейчикова в розробку чинного законодавства та вдосконалення практики його реалізації. Він брав участь у підготовці проектів Конституції Української РСР 1978 р., Конституції України, законів України «Про державну службу в Україні», «Про міліцію» та багатьох інших. За значний внесок у справу право- і державотворення незалежної України у 1996 р. був нагороджений орденом «За заслуги».

Світлу пам'ять про **Володимира Володимировича Копейчикова** — талановитого ученого, відомого дослідника, чуйну і високоавторитетну людину — назавжди збережуть у своїх серцях і пам'яті його друзі, колеги і учні.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Харитонов Є., Харитонova О.</i> Європейські правові системи: проблеми класифікації	3
<i>Рабинович П., Гришук О.</i> Гідність людини як фундамент її природного права на компенсацію моральної шкоди	14
<i>Пересунько С., Швець М., Хруцький В.</i> Автоматизована система порівняльного аналізу законодавства України та інших держав (короткий опис проекту)	23

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

<i>Колісник В.</i> Про визначення поняття правового статусу національних меншин та його головних елементів	28
<i>Копиленко О.</i> Готовність чи безпорадність (чи здатне українське законодавство розв'язувати гострі проблеми АР Крим)	35
<i>Крупчан О.</i> Компетенція центральних органів виконавчої влади	47
<i>Авер'янов В.</i> Інститут державних секретарів міністерств як новела у реформуванні виконавчої влади в Україні	59

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Кульчицький В., Мікула О.</i> Органи самоврядування в Галичині за часів австрійського панування	72
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

<i>Борисова В.</i> До проблем створення юридичних осіб	79
<i>Пучковська І.</i> Проблеми розвитку іпотеки в Україні	88
<i>Денисова Р.</i> Інтернет і авторське право: актуальні проблеми правового регулювання	94
<i>Тертишніков В.</i> Деякі питання вдосконалення загальної частини проекту Цивільного процесуального кодексу України	101

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

<i>Кучерявенко М.</i> Правове регулювання податкового контролю	107
----------------------------------------------------------------------	-----

ПРАВО І ЕКОЛОГІЯ

<i>Орлов М.</i> Проблеми захисту природних прав людини і юридичних осіб у сфері екології	114
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ПРОБЛЕМИ ФІЛОСОФІЇ І ЛОГІКИ ПРАВА

<i>Максимов С.</i> Структура правової реальності: феноменологічний аналіз	125
---------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Титов В.</i> Судова логіка в контексті гіпотези правового поля у Фелікса Коена	133
ПРОБЛЕМИ БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ	
<i>Дудоров О.</i> Порушення законодавства про бюджетну систему України: проблеми кваліфікації злочину	145
<i>Зеленецький В.</i> Поняття і природа дослідчого кримінального процесу ...	157
ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ	
<i>Журавель В.</i> Науковий пошук у криміналістиці: засоби та шляхи здійснення	166
<i>Шевчук В.</i> Криміналістична профілактика злочинів та її роль у побудові методики розслідування: дискусійні проблеми	173
<i>Синчук В.</i> Типові слідчі ситуації в методиці розслідування вбивств	181
НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ	
<i>Ліщина І.</i> Міжнародне право прав людини і його вплив на національний правопорядок України	186
<i>Коструба А.</i> Виникнення та розвиток коносаменту як товаророзпорядчого цінного папера	196
<i>Опlachко Л.</i> Застава як спосіб забезпечення кредитного договору	204
РЕЦЕНЗІЇ	
Українська державотворча спадщина — без білих і чорних плям (<i>О. Копиленко</i>)	213
Перше теоретичне дослідження кримінально-процесуальних правовідносин (<i>О. Михайленко, Д. Письменний</i>)	217
НАУКОВЕ ЖИТТЯ	
Науково-практична конференція «Актуальні проблеми цивільного права на сучасному етапі розвитку України», присвячена 80-річчю від дня народження В. Маслова (<i>В. Борисова, В. Крижна</i>)	223
Міжнародна науково-практична конференція «Питання застосування нового Кримінального кодексу України» (<i>В. Борисов, Я. Кураш, І. Христич</i>)	228
Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого	238
НАШІ ЮВІЛЯРИ	
Геннадій Олександрович Мурашин	241
Наталія Рафаелівна Малишева	244
Пам'яті Володимира Володимировича Копейчикова	247

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 2 (29)

Відповідальний за випуск
А. М. Кумака

Редактор *К. Гулцй*
Коректор *О. Верховень*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 12.06.02.
Формат 60x84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 14,2. Обл.-вид. арк. 13. Вид. № 126.
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. 95

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Мироносицька, 29
(Свідоцтво серії ДК № 559 від 09.08.2001)

Друкарня ПВПП «Слово»
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27