

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 3 (62)



Харків
2010

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

Засновник — Президія Національної академії правових наук України,
Національна юридична академія України імені Ярослава
Мудрого

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.:
В. Я. Тацій та ін. — Х. : Право, 2010. — № 3 (62). — 360 с.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік*
(заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*,
М. В. Буроменський, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*,
В. П. Колісник, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*,
Н. С. Кузнєцова, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*,
О. В. Петришин, *О. О. Погрібний*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*,
О. В. Скрипнюк, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *М. Я. Швець*,
Ю. С. Шемиченко, *В. Ю. Шепітько*

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

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

© Національна академія правових наук
України, 2010

© «Право», 2010

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України

Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії та України

Вступні зауваги. Взаємозв'язки права (зокрема, основоположного, «природного» права людини на вибір і вільне вираження світогляду) та релігії, взаємовпливи різноманітних конфесій та національних державно-юридичних систем неодноразово досліджувались у сучасній українській загальнотеоретичній юриспруденції¹.

Нового імпульсу для подальших таких наукових пошуків надає ухвалена протягом останнього десятиріччя вищими інстанціями православних церков у деяких країнах СНД низка документів, присвячених висвітленню ставлення цієї гілки християнства до проблематики прав людини. Прийняття цих документів не є випадковим.

Як відомо, актуалізація означеної проблематики нині становить одну із сучасних тенденцій світового розвитку, у тому числі розвитку суспільствознавства.

Не реагувати так чи інакше на неї, начеби не помічати її, не можуть, зокрема, й керівні органи традиційних конфесій. Адже кожна з них, прагнучи не тільки бодай зберегти, а й збільшити кількість своїх прихильників, змушена шукати і пропонувати свої, суто релігійні, відпо-

¹ Див.: Рабінович П. М. Право людини на свободу віровизнання та проблеми його державного забезпечення / П. М. Рабінович // Свобода віровизнання. Церква і держава в Україні. – К., 1996; Його ж. Свобода віровизнання: філософсько-правові та державно-юридичні аспекти / П. М. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 2; Ярмол Л. В. Свобода віросповідання: юридичне забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження) / Л. В. Ярмол. – Львів, 2006. – 192 с.; Рабінович С. П. Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму) / С. П. Рабінович. – Львів, 2004. – 198 с.; Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення / Д. О. Вовк. – Х., 2009. – 224 с.

віді на ті нагальні проблеми, на ті новітні виклики, з якими зіштовхується нинішнє покоління людей, як тих, хто релігійно вірить, так і тих, хто нерелігійно вірить (зокрема, атеїстів).

Ось і православні церкви в Росії та Україні на початку третього тисячоліття теж звернулися безпосередньо до праволюднинної проблематики та у серії документів виклали свою позицію стосовно основоположних прав людини та їх реалізації. До таких документів належать насамперед: Основи соціальної концепції Руської Православної Церкви, ухвалені її Архієрейським Собором 16 серпня 2000 року¹ (далі — ОСК), Декларація про права і гідність людини, прийнята Х Всесвітнім Руським Народним Собором 6 квітня 2006 року, та Основи вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини, ухвалені її Архієрейським Собором 27 червня 2008 року² (далі — Основи вчення). Для адекватного розуміння останнього документа важливе значення має виголошена на Архієрейському Соборі доповідь тодішнього Митрополита Смоленського і Калінінградського (нині — Патріарха Московського і всієї Русі) Кирила, в якій обґрунтовувався проект Основ вчення³ (далі — Доповідь).

Відомий вчений В. А. Бачинін, коментуючи присвячену значною мірою проблемі прав людини попередню доповідь Митрополита Кирила на Х Всесвітньому Руському Народному Соборі, відзначав: «Уже той факт, що Руська Православна Церква в особі одного з її вищих ієрархів взяла на себе обов'язок висловитися з цієї проблеми, став подією абсолютно небувалою. За всю російську історію це був перший випадок публічного декларування церковної позиції стосовно проблеми, яка ніколи не входила до кола теоретичних інтересів руських православних богословів і тим більше церковних ієрархів»⁴.

У всіх названих документах основну увагу приділено, ясна річ, саме праволюднинній тематиці. Звертає на себе увагу і те, що у них використані й суто юридичні терміно-поняття, як-от: «юридична система», «законодавчі норми», «законодавча ініціатива», «правові акти», «законність», «судові рішення», «правовий нігілізм» та ін. Принципово важливою є й та обставина, що у цих джерелах відображено позиції

¹ www.mospat.ru/documents/social-concepts

² www.mospat.ru/dignitu-freedom-rights

³ www.mospat.ru/archive/41595/htm/

⁴ Бачинин В. А. Христианство – демократия – контрдемократия (российская модель взаимоотношений) / В. А. Бачинин // Личность. Культура. Общество. – 2008. – Вып. 3–4. – С. 95.

сучасного православ'я (передовсім в особі Руської Православної Церкви) (далі — РПЦ)) стосовно взаємовпливів основоположних («природних») прав і позитивного, державно-юридичного права, з одного боку, та православ'я — з другого. Тому такі документи не можуть лишатися поза увагою загальнотеоретичного праводержавознавства.

Суттєвим також є те, що проблематика прав людини нині становить, якщо можна так висловитися, той «лакмусовий папірець», котрий, можливо, вельми рельєфно виявляє соціальну значущість сучасного православ'я (а втім, і будь-якої іншої релігії).

Отож, із цих причин, а також відгукуючись на заклик РПЦ до «вчення й обговорення» Основ вчення, спробуємо проаналізувати насамперед останній документ, оскільки вона вважала його головним завданням «нагадати основні положення християнського вчення про людину й оцінити теорію прав людини та її здійснення у житті» (преамбула).

Праволюдні позитиви у доктрині РПЦ. Передовсім слід відзначити, що в Основах вчення більш-менш адекватно відтворено назви, основні різновиди та й, зрештою, зміст фундаментальних прав і свобод людини. Тут йдеться і про певні фізичні, особистісні («громадянські») та політичні права (зокрема на життя, свободу сумління, свободу слова), і про права соціально-економічні, а також про колективні права. Подекуди зазначаються також підстави для можливого обмеження прав людини (скажімо, необхідність захисту Батьківщини, збереження моральності, охорона здоров'я і законних інтересів громадян, попередження або розкриття злочинів і здійснення правосуддя (Основи вчення, пункт IV.7). Неважко помітити, що останні твердження збігаються із відповідними положеннями всесвітніх та європейських міжнародних актів з прав людини стосовно обмежень таких прав.

У преамбулі Основ вчення прямо констатується глобальність, повсюдність інституту прав людини в сучасних умовах. Також у Доповіді визнавалося, що «права людини — це та реальність, з якою нам доводиться мати справу, хочемо ми того чи ні. Сучасна людина не тільки живе в рамках суспільно-державних інститутів, заснованих на правах людини, а й відчуває на собі вплив світогляду, породженого цією ідеєю».

Важливим є й те, що у цьому документі чітко наголошується на тому, що гідність людини, її права органічно поєднуються з її відповідальністю, із виконанням нею обов'язків перед іншими (Основи вчення, пункти 1.2, 1.5, III.4, IV.9).

Заслуговує на безумовну підтримку виголошений в Основах вчення намір РПЦ «...ревно — не тільки на словах, а й на ділі — піклува-

тися про збереження прав і гідності людини», тим більше, що «у сучасному світі права людини нерідко порушуються, а її гідність нехтується не тільки державною владою, а й транснаціональними структурами, суб'єктами економіки, псевдорелігійними групами, терористичними та іншими злочинними угрупованнями» (пункт V.2).

Прикметною особливістю Основ вчення є пряме визнання у них світськості, секулярності інституту основоположних прав людини. Адже тут офіційно визнано, що ідея прав людини та й самі ці права конституйовані не Богом, не належать до явищ боговстановлених (Основи вчення, пункт III.2), а як констатовано у Доповіді, *запозичені* «у західних народів на особливому світоглядному ґрунті й за особливих історичних умов». Більше того: у ній вони визнаються «іноземними» стосовно православної традиції. У Доповіді відверто виголошується таке: «Не можна стверджувати, що права людини є божественним установленням»; насправді їх «винайшли люди».

У зв'язку з цим не можна не відзначити, що це положення явно суперечить ОСК, де зазначалось, що ідея невід'ємних прав людини «заснована на біблійному вченні про людину» (ОСК, пункт IV.6). Навряд чи є випадковим і те, що серед самих розробників Основ вчення виявились, як зазначено у Доповіді, «різномислення» в процесі підготовки цього документа.

Утім у розглядуваному документі водночас стверджується, що для РПЦ опікування правами людини, правозахисна діяльність не є якимось новшеством, що цією діяльністю вона займалася зі «стародавніх часів» (Основи вчення, пункт V.1, Доповідь).

То, чим же можна пояснити, що вже невдовзі після офіційного визнання (в ОСК) боговстановленості прав і свобод людини у керівництві РПЦ взяла гору протилежна позиція: вони мають не божественне, а суто людське походження?

З огляду на загалом досить скептичну налаштованість Основ вчення щодо сучасної секулярної концепції прав людини (це буде продемонстровано далі), відповідь на поставлене запитання напрошується така: означена зміна позиції РПЦ, можливо, зумовлена прагненням її нинішнього керівництва послабити внутрішньорелігійні концептуальні перепони для критики такої концепції.

Щойно схарактеризована радикальна трансформація поглядів РПЦ стосовно одного з надто важливих аспектів вчення про людину спричинила й низку, як видається, дещо однобічних оцінок, які можна побачити в Основах вчення.

Так, не можна не звернути увагу на те, що прогресивне, загальногуманістичне значення інституту основоположних прав людини якщо й визнається в Основах вчення, то досить стримано, так би мовити, глухо. (Хіба що не єдиний наведений у цьому документі приклад схвальної оцінки прав людини стосується лише тієї історичної ситуації, коли посилення на них використовувалося задля протестування РПЦ проти певних утисків православної церкви за радянських часів).

В Основах вчення ані словом не згадані й не оцінені позитивно фундаментальні складові Міжнародного білля про права людини (зокрема Загальна декларація прав людини 1948 року, Міжнародні пакти ООН з прав людини 1966 року, європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та інші джерела міжнародних стандартів таких прав). І чи не тому, що у жодному з них не згадується Бог чи інший позасоціумний «творець» прав людини?

Натомість найбільшу увагу в Основах вчення приділено тим ситуаціям, коли між такими стандартами (більшість яких відтворено у конституційному й поточному законодавстві Росії, України та інших демократичних держав) та настановами православ'я (ясна річ, в їх ортодоксальній інтерпретації РПЦ) спостерігаються змістовні розбіжності. У таких випадках Церква вимагає керуватися її традиційними релігійними позиціями, навіть якщо б це призвело до ігнорування тих прав людини, які закріплені у згаданих стандартах і відповідно у національному законодавстві. Адже, за її уявленнями, не положення християнської релігії слід гармонізувати зі стандартами прав людини, а навпаки: останні треба узгоджувати з нею (Основи вчення, пункти III.1; III.2). Одне слово, релігія має вивищуватись над правами людини. Їх теорія та практика здійснення декотрих з них можуть нести, на погляд РПЦ, небезпеку, шкоду православ'ю (пункт II.2).

Проблема суперечностей. Така позиція РПЦ спричинилася до низки очевидних суперечностей при викладі в Основах вчення деяких праволюдних сюжетів. Так, РПЦ, з одного боку, визнає свободу вибору світогляду, свободу думок (Основи вчення, пункти IV.3, IV.5, V.2, V.4), але, з другого боку, вона досить категорично виключає свободу вибору світогляду безрелігійного, вважаючи його мало не гріховним, бездуховним (Доповідь). Адже Церква не погоджується з таким світобаченням, яке у центр усього сушого ставить людину, а не Бога (ОСК, пункт VII.4).

РПЦ, з одного боку, визнає полікультурність і поліконфесійність різних народів, різноманітних соціальних угруповань (Основи вчення, пункти III.4, IV.1, IV.5). Водночас вона, з другого боку, вважає єдино

правильною лише свою — православну — ідеологію (Основи вчення, пункти IV.3, V,1,V.2). РПЦ претендує (втім, як і будь-яка інша релігія) на роль безпомилкового, безальтернативного, безапеляційного інтерпретатора моральності, добра і зла. Певну суперечність у позиції РПЦ можна побачити й у тому, що, з одного боку, вона стверджує про наявність «вічного морального закону» (Основи вчення, пункт III.2); проте, з другого, визнає необхідність перетлумачування його конкретного змісту, наповнення відповідних термінів актуальним смислом, зумовленим сучасними умовами. Як відзначається у Доповіді, «завдання полягало у тому, аби сформулювати незмінні євангельські істини на тій мові, яка сьогодні є зрозумілою для багатьох людей». (Там же, до речі, прямо визнається, що навіть численні терміни православного богослов'я свого часу було запозичено з еллінської філософії, але згодом наповнено «християнським благовістям»). Тут не можна не побачити неявного звернення до герменевтичних механізмів *перейнтерпретації* певних понять, спричиненої необхідністю їх пристосування до соціальних змін, до нових умов і обставин.

Коли ж в Основах вчення йдеться про національне законодавство, то здебільшого згадується лише таке, яке дозволяє поведінку, що зазвичай забороняється канонами православ'я, вважається ним гріховною (зокрема вчинення абортів, який названо «безумовно порочним явищем» (пункт II.2), використання контрацептивних засобів). Але водночас зовсім не згадуються ті державні закони, якими встановлені пільгові для релігійних організацій юридичні режими у певних відносинах (майнових, земельних, податкових). Унаслідок цього і створюється досить одностороння картина: законодавство виглядає лише як соціальний опонент, так би мовити, соціальний антагоніст православної релігії, який «провокує» гріховність, а ось інша сторона взаємовідносин релігії і закону, — коли останній виступає, у певному сенсі, її соціальним спонсором, — оминається, замовчується. Такий підхід складно узгодити з вимогою РПЦ до християн «бути законослухняними громадянами земної батьківщини» (ОСК, IV.1).

Досить специфічним видається виражене в Основах вчення ставлення РПЦ до проблеми смертної кари. У документі відзначається, що в «історичному спадку» Православної Церкви «немає вказівок про необхідність скасування смертної кари», що Церква ніколи не заперечувала проти такого покарання (Основи вчення, пункт IV.2). Отож складається враження, що РПЦ підтримує, як відомо, поширене серед населення Росії уявлення про недоцільність скасування смертної кари, яке поки що втілено у чинному Кримінальному кодексі РФ. Варто відзначити, що у цьому питанні підхід РПЦ не відповідає позиції Всесвітньої

Ради Церков, відображеної, зокрема, у Заяві її Виконавчого комітету (26 вересня 2008 р.) з нагоди 60-річчя Загальної декларації прав людини¹.

Чим же можна пояснити наявність зазначених невідповідностей у підходах РПЦ до проблематики основоположних прав людини?

Першою причиною видається цілком зрозуміле побоювання того, що внаслідок об'єктивно зумовлених духовно-ідеологічних процесів, які відбуваються у Росії й в інших країнах, там постане «нова безбожна ідеологія». (Останній вираз прозвучав у виступі нинішнього очільника Відділу зовнішньо-церковних зв'язків Московського Патріархату Митрополита Волоколамського Іларіона 23 червня 2010 року у Християнській богословській академії у Варшаві під час презентації польськомовного видання книги Патріарха Кирила «Свобода і відповідальність: у пошуках гармонії. Права людини і гідність особи»²).

Другою ж причиною можна вважати те, що РПЦ намагається пригальмувати сучасні процеси (як висловлюються деякі фахівці) «внутрішньої секуляризації» православ'я, «християнського вольнодумства», зростання серед православних кількості «номінальних християн»³.

Позиція УПЦ Київського патріархату. Що ж до України, то справді самостійною, незалежною в організаційному плані інституцією православної конфесії тут нині є Українська Православна Церква Київського Патріархату (далі — УПЦ КП). Своє ставлення до праволюднинної тематики вона поки що не виголошувала у спеціальному документі. Проте окремі положення з цього питання можна зустріти, наприклад, в ухваленій її Помісним Собором у січні 2001 року Декларації «Церква і світ на початку третього тисячоліття»⁴ (далі — Декларація). У ній, зокрема, визнається, що у ХХ ст. відбулася секуляризація суспільства, внаслідок чого релігія, як світогляд і як інститут, остаточно втратила свою роль у політичній, соціальній і культурній сферах, що «європейська культура пішла шляхом нехристиянського гуманізму» і що «всі сфери громадського і культурного життя почали розвиватися під гаслом «свободи» і «прав людини»» (пункти II.1; II.3). Ця ситуація викликає незадоволення УПЦ КП, оскільки «безрелігійний європейський гуманізм відкинув Бога» і, отже, «конфлікт між секулярною ідеологією та християнською релігією триває» (Декларація, пункти II.9; II.10).

¹ www.oikoumene.org/en/resources/documents.html.

² mospat.ru/ru/2010/06/24/news_20814/

³ Див.: Колодний А. М. Релігійне сьогодення України: роздуми, оцінки і прогнози (тематична збірка вибраних статей і тез). – К., 2009. – С. 8–9.

⁴ www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uockp_doc/uockp_socdoc

Якщо у цьому документі і згадуються легалізовані державою основоположні права людини, то знову ж лише такі, здійснення яких суперечить фундаментальним канонам християнства. Стверджується, зокрема, що сучасні держава і суспільство дозволяють «вірити у що завгодно», а це «призводить до плюралізму і до релігійного поліморфізму» (пункт II.5); дозволяють православної людині брати шлюб з нехристиянином (пункт II.3); вчиняти (за певних умов) аборти, вживати контрацептиви (пункт IV.7). Такі державні дозволи Церквою, ясна річ, аж ніяк не схвалюються. Натомість декларується, що «тільки християнська релігія «єдина може дати відповідь на питання людини... про її ставлення до інших людей»» (пункт II.9).

А наприкінці Декларації висловлюється сподівання на те, що європейська цивілізація повернеться до того, аби «у центрі історії і буття» було поставлено не людину, а Бога (пункт XVI.11)...

В іншому документі УПЦ КП — Декларації її Помісного Собору «Про духовне відродження українського суспільства в умовах глобалізації світу», ухваленій у 2004 році, засуджується гендерна рівність, «яка призвела до фемінізму». Тут висловлюється категоричне заперечення проти поширення у суспільній свідомості уявлення про «рівнозначність усіх релігій» та проти утвердження «позаконфесійної духовності». А на адресу віруючих формулюється така настанова, що, «спілкуючись із ближніми, християнин повинен дотримуватися не секулярних, а християнських стандартів поведінки»¹.

Отже, хоча погляди УПЦ КП стосовно прав людини висвітлено в її документах лише фрагментарно, несистемно, вони, однак, принципово не відрізняються від сучасних підходів РПЦ до розглядуваної проблематики.

Основні висновки. Аналіз новітніх документів основних православних церков Росії й України, так чи інакше присвячених проблематиці основоположних прав і свобод людини, дає підставу резюмувати таке.

1. Сучасне православ'я (уособлене вищими інстанціями РПЦ та УПЦ КП) вперше лише на початку XXI ст. сформувало й оприлюднило свою офіційну позицію з означеного питання. Ця позиція (оцінка) відзначається помітною неоднозначністю: констатуючи світову поширеність ідеї, концепції та практики забезпечення й захисту прав і свобод людини, православна церква вбачає у цьому не стільки загальноцивілізаційне досягнення, надбання людства, скільки загрозу деяким

¹ www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uockp doc/uockp councildeclaration/

фундаментальним постулатам християнства. А останні мають бути, з погляду церкви, вищими від ідеології прав людини.

2. Такий підхід до обговорюваної проблематики спричинив низку серйозних суперечностей — як «внутрішніх» (між окремими положеннями відповідних документів згаданих церков), так і «зовнішніх» (між деякими положеннями цих документів та стандартами прав людини, закріпленими у всесвітніх і європейських міжнародних актах (а відповідно, й у національному законодавстві сучасних демократичних держав). Унаслідок цього православні віруючі у деяких випадках можуть опинитись у непростій ситуації поведінкового вибору між релігійними та юридичними настановами стосовно здійснення своїх основоположних та конституційних прав.

3. З огляду на все викладене вище загальна наукова оцінка позиції Православної Церкви щодо широко поширеної доктрини і практики здійснення основоположних та конституційних прав людини і громадянина теж, як видається, навряд чи може бути однозначною. Так, слід насамперед віддати належне тим позитивним крокам, які ця Церква здійснила «назустріч» означеній проблематиці, задекларованим її керівними інстанціями намірам поважати та захищати більшість таких прав. Проте водночас не можна не зауважити, що в її документах містяться й деякі положення, які, мабуть, не сприятимуть реалізації, охороні та захисту декотрих із таких прав.

4. Майбуття православ'я (як, зрештою, й будь-якої іншої релігії) тепер значною мірою визначатиметься її ставленням до проблематики основоположних прав людини. Є підстави припускати, що Православним Церквам і в Україні, і в Росії, — оскільки вони намагаються зберегти свої позиції в суспільстві, — швидше за все, не уникнути суттєвого коректування їхніх сучасних поглядів на цю проблематику (подібно до того, як це зробила свого часу католицька церква). Так чи інакше, заслуговує на зацікавлене обговорення прогностична теза відомого українського релігієзнавця А. М. Колодного про те, що «якщо Православ'я не переживе своє аджорнаменто, то в третьому тисячолітті воно перетвориться на релігійну меншину. На одній лише традиції XXI сторіччя йому не прожити»¹.

5. Результати викладеного у цій статті дослідження вкотре засвідчують, що проблема меж, обсягу і практичної реалізації прав людини залишається — як і раніше — однією з найбільш актуальних в юридичній теорії та практиці.

¹ Колодний А. М. Релігійне сьогодення України: роздуми, оцінки і прогнози (тематична збірка вибраних статей і тез) / А. М. Колодний. – К., 2009. – С. 11.

А. Колодій, доктор юридичних наук, професор, начальник кафедри конституційного та міжнародного права Київського національного університету внутрішніх справ

О. Колодій, курсант Київського національного університету внутрішніх справ

Праворозуміння: теорія, політика, практика

Відомо, що, для того щоб сформулювати певну гіпотезу, теорію, систему, структуру будь-якого соціального явища, у тому числі і правового, необхідно розглянути та максимально одноманітно визначитись у поняттях та розуміннях цього явища.

Отже, праворозуміння — «...усвідомлення правової дійсності через призму правових теорій, доктрин, концепцій. Є формою пізнання сутності і ролі права у регулюванні суспільних відносин. Заснована на науковому обґрунтуванні правових явищ, незалежній правовій культурі і правосвідомості громадян. Формуванню праворозуміння сприяють також різні види тлумачення права, у тому числі конституційними судами. Праворозумінню як складному явищу властиві такі підходи до пізнання права: нормативний, генетичний, системний, функціональний, аксіологічний, психологічний тощо. Провідне місце серед них займає гуманістичне розуміння права як соціальної цінності й одного з найважливіших надбань цивілізації»¹.

«Теорія — комплекс поглядів, уявлень, ідей, спрямованих на тлумачення та пояснення будь-якого явища; найбільш розвинута форма організації наукового знання, яка дає цілісне уявлення щодо закономірностей та суттєвих зв'язків певної сфери дійсності. За побудовою теорія є внутрішньо диференційованою, але цілісною системою знань, яку характеризують логічна залежність одних елементів від інших, можливість виведення змісту теорії з певною сукупністю тверджень та понять — вихідного базису теорії — за певними логіко-методологічними принципами та правилами (теорія держави і права, теорії кримінального чи цивільного права, теорія праввідносин чи правопоршень)².

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 1998 – Т. 5: П – С. – 2003. – С. 48.

² Див.: Гусарев С. Д. Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності) : навч. посіб. / С. Д. Гусарев, О. Д. Тихоміров. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К., 2008. – С. 60.

«Правова політика — 1) у широкому розумінні — політика держави, заснована на праві; 2) у вузькому значенні — державна політика у правовій сфері суспільного життя. Її метою в Україні є побудова громадянського суспільства і правової держави. Базується на принципах і нормах Конституції України. Виробляється Президентом, Верховною Радою, Кабінетом Міністрів, Конституційним Судом, Міністерством юстиції та деякими іншими державними органами України. Втілюється у законах, указах, постановах та інших нормативно-правових актах та в діяльності відповідних державних органів щодо їх реалізації.

Правова політика має різні форми виявлення. Зокрема, залежно від змісту вона може бути правотворчою, правозастосовною, правоохоронною, кримінально-правовою, виправною тощо, а залежно від часу, на який розрахована, — поточною або перспективною»¹.

«Юридична практика — правотворча, правоохоронна і правореалізаційна діяльність суб'єктів права та сукупність напрацьованого ними практичного досвіду. Включає діяльність державних органів і професійних юристів та її результати. Основними напрямками юридичної практики є: юридична практична діяльність; узагальнення стану забезпечення законності та правопорядку в процесі правотворчої, правозастосовної і правоохоронної діяльності; узагальнення результатів судової діяльності і роботи правоохоронних органів; узагальнення юридичної діяльності законодавчих і виконавчих органів, Конституційного Суду України»².

Буде не зайвим згадати, що **праворозуміння саме і формується** через правові теорії (верховенства права, розподілу влад, народовладдя, народного, національного та державного суверенітету і т. д.), має офіційне вираження через правову політику (програми, концепції, нормативно-правові та індивідуально-владні акти тощо), знаходить своє втілення (реалізацію) у юридичній практиці (правотворчій, правореалізаційній, правоохоронній).

Переконані, що найбільш важливим завданням сучасного праворозуміння, яке охоплює сучасну юридичну теорію, політику і практику, є **узгодження та поєднання останніх**. Розташування таким чином, щоб юридична теорія науково обґрунтовувала та визначала перспективи розвитку юридичного життя, правова політика офіційно закріп-

¹ Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К., 2007. – С. 690.

² Там само. – С. 978.

лювала його пріоритети, а юридична практика корегувалася залежно від юридичної теорії та політики. Лише за цієї умови можна досягти формування узгодженого, цілеспрямованого, а головне прогресивного, праворозуміння. При цьому надзвичайно важливо зрозуміти, що саме юридична практика є визначальним чинником формування сучасного праворозуміння. Адже, незважаючи на те, що ми проголошуємо якісь правові теорії (правової держави, громадянського суспільства, розподілу влад, соціально-справедливого права і т. д.), закріплюємо ці ідеї залежно від офіційно сформованої правової політики у нормативно-правових актах (законах, підзаконних, індивідуально-владних правових актах), критерієм їх оцінки та істинності для абсолютної більшості соціальних суб'єктів є юридична практика.

І ще одне надзвичайно важливе зауваження з цього приводу — **суб'єктами розробки та реалізації** правових теорій та правової політики як складових праворозуміння є здебільшого юристи, політики, державні діячі, посадові та службові особи держави та місцевого самоврядування, тобто особи, які мають відповідну фахову освіту, певний стаж виконання трудових функцій, пов'язаних із сферою держави та права, тощо. У той же час суб'єктами, які беруть участь у реалізації юридичної практики, є всі фізичні та юридичні особи, соціальні спільності, хоча б тому, що кожен з них, щодня, реалізує власний правовий статус, вступає у різноманітні правові відносини, має цілі та намагається досягнути таких інтересів, які опосередковуються правом.

Саме тому, оцінюючи те чи інше праворозуміння, необхідно врахувати, що менталітет народу України зумовлює таке положення, за якого абсолютна більшість громадян України **сприймають правові теорії та правову політику саме через юридичну практику**. І якщо найобґрунтованіші наукові правові теорії, найдемократичніша правова політика не підтверджується юридичною практикою, вона, у кращому разі, викликає непорозуміння і роздратування. Підтвердженням цьому може служити редакція ст. 1 Конституції України, яка стверджує, що «Україна є суверена і незалежна, демократична, соціальна, правова держава» і яка, на думку абсолютної більшості людей, видає бажане за дійсне.

Тобто праворозуміння, фізичних і юридичних осіб, соціальних спільностей, в абсолютної більшості, **формується під впливом юридичної та іншої практики** і набуває форми того, що ми називаємо загальносоціальним правом. Враховуючи це, дозволимо собі нагадати, що **загальносоціальне — це право**, яке формується всіма соціальни-

ми інститутами громадянського суспільства, виникає стихійно на засадах безпосередньої взаємодії суб'єктів й існує у вигляді найбільш зрозумілих принципів про правовий порядок врегулювання суспільних відносин. Отже, це право, яке утворює саме суспільство безпосередньо. Воно зумовлене природною свідомістю людей, їх життєвими потребами. Так, на певному історичному етапі розвитку виникли перші норми, які існували тривалий час, постійно вдосконалюючись і закріплюючись у процесі розвитку наступних поколінь.

Покажемо у цьому розумінні є те, що в багатьох мовах світу словом (терміном) «право» позначають поняття, які відображають різні соціальні явища. Але явище, що виникає і існує у будь-якому суспільстві і є незалежним від держави, має загальносоціальну природу, є загальносоціальним явищем. Інше явище, що є наслідком державної діяльності, втіленням її волевиявлення, є категорією державної системи. Зважаючи саме на це, необхідно розрізнити відповідно право загальносоціальне і право, так би мовити, спеціально-соціальне, або, умовно кажучи, юридичне¹.

Результатом **взаємодії** загальносоціального і юридичного права є формування більш високого рівня праворозуміння, підвищення правової культури, яка розглядається як система теорій, ідей, концепцій, поглядів, уявлень, ціннісних орієнтацій, що склались у суспільстві і визначають діяльність людей та їх колективів у правовій сфері. Поширення сфери дії правової культури збільшили попит на правову інформацію, підвищили вимоги з боку членів суспільства не тільки до своєї власної поведінки у правовій системі, а й до діяльності органів та інших суспільних інституцій, що створюють, реалізують і охороняють право. Правова культура створює сприятливі умови для формування нових методів, порядків і процедур регулювання і охорони суспільних відносин. Це практично означає затвердження нового статусу права, підвищення поваги до нього. По суті справи, престиж права виступає як своєрідний засіб правового впливу, що здатний забезпечити досягнення цілі створення права. Тим самим долається твердження про те, що регулятором і охоронцем суспільних відносин є тільки юридичне право, із своїми специфічними засобами, дозволами, зобов'язаннями, заборонами і в повному обсязі стверджується, що і загальносоціальне право бере участь у регулюванні й охороні сус-

¹ Див.: Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави : посіб. для студ. спец. «Правознавство» / П. М. Рабінович. – вид. 2-ге, зі змінами і допов. – К., 1994. – С. 6.

пільних відносин. Саме такою є реальна картина дії права в суспільному житті, а відтак і формування та існування праворозуміння.

Враховуючи вищевикладене, хотілося б торкнутися питання щодо **класифікації праворозуміння** на певні види залежно від різноманітних критеріїв. Традиційною є класифікація праворозуміння з огляду на філософсько-правовий спосіб його пізнання. У цьому зв'язку розрізняють: теологічну, природно-правову, історичну, позитивістську, нормативістську, соціологічну, психологічну, екзистенціалістську та інші школи праворозуміння¹. Інколи намагаються визначити пріоритетну філософсько-правову течію праворозуміння і пальму першості віддають здебільшого природно-правовій або соціологічній теорії праворозуміння. Але, здається, що це надзвичайно невдячна справа, оскільки усі теорії праворозуміння не позбавлені певних прогресивних ідей, теорій, положень і кожна з них може бути обґрунтованою та привносити щось позитивне у функціонування права та соціальний розвиток суспільства.

Здається, що більш раціональною була б класифікація праворозуміння за формою вираження на:

1. Офіційне, тобто таке, яке формується представниками публічної влади і здебільшого репрезентується, підтримується ними. Його основою є правова політика, а тому воно є системним, науково обґрунтованим.

2. Неофіційне, тобто таке, яке формується невідними представниками громадянського суспільства, репрезентується ними. Його основою є юридична практика, а тому воно менш системне, але набагато більш масове, оскільки адаптоване до свідомості пересічної людини. Беззаперечно, що саме воно є первинним, домінантним щодо офіційного.

За кількістю суб'єктів-носіїв праворозуміння можна класифікувати на:

1. Суспільне — властиве усьому суспільству, громадянам, які складають той чи інший народ.

2. Колективне — притаманне певній групі людей, що виокремлюється за професійними, організаційними, політичними, релігійними, національними чи іншими ознаками (політична партія, громадська організація, трудовий колектив, конфесія тощо).

3. Індивідуальне — що характеризує розуміння права окремою особою. Є найбільш персоніфікованим, але й найбільш реальним.

¹ Теорія держави і права, Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчика, Н. М. Онищенко. – К., 2006. – С. 232.

Праворозуміння може класифікуватися й за іншими критеріями. Наприклад за ступенем наукового осмислення: доктринальне, професійне та буденне. За тією роллю, яку відіграє у суспільстві: прогресивне і регресивне і т. д. Але знову ж таки хотілося б застерегти, що будь-яка класифікація є умовною і ніколи не може претендувати на абсолютну довершеність.

Враховуючи усе вищезазначене, можна не погодитися із тим визначенням праворозуміння, яке наводиться у п'ятому томі 6-томної «Юридичної енциклопедії» і цитується на сторінках зазначеної наукової доповіді, та запропонувати власне, згідно із яким **праворозуміння** — це усвідомлення правової дійсності через призму правових теорій, правової політики та юридичної практики, усіма соціальними суб'єктами щодо визначення місця і ролі права у суспільному соціальному житті, сутності у регулюванні та охороні суспільних відносин, власного відношення до його існування, реалізації та реформування, перспектив запровадження тієї чи іншої моделі та її адаптування до умов національного розвитку.

Досліджуючи праворозуміння через правову теорію, політику і юридичну практику, хотілося б зупинитися і на **сучасних вітчизняних проблемних питаннях його існування**. Здається, що найбільш істотним із них є невизначеність із його розумінням. Йдеться про те, що в силу трансформаційних процесів та необхідності зміни методології правознавства вітчизняна юридична наука проголосила про свою відмову від нормативного розуміння права та переходу до нових видів праворозумінь (природного, соціологічного, комунікативного). Утім та поспішність, з якою це було зроблено, призвела не до прогресу у розвитку права та його розуміння, а до хаосу у сфері його дослідження, формування і функціонування. При цьому невизначеність поняття «права», відбивається на всіх інших правових категоріях та призводить до їх суперечливого розуміння, непослідовності у формуванні і т. д. Тобто ми маємо добре засвоїти, що зміна методології праворозуміння зумовлює зміну методології правоутворення, правореалізації та правоохорони, а тому надзвичайно обережно та осмислено ставитися до цього процесу.

Наочною та болючою проблемою сучасного вітчизняного права та праворозуміння є домінування у його середовищі правового нігілізму, який зумовлюється низьким рівнем правової свідомості та правової культури, а інколи і правовою безграмотністю. При цьому під правовим нігілізмом розуміють «...напря́м політико-правової думки, який від-

кидає соціальну цінність права і культивує негативне ставлення до нього»¹. Правовий нігілізм має різноманітні форми прояву та сфери соціального поширення, проте найбільш наочним його різновидом є конституційний нігілізм, сутність якого полягає «...у негативному, неповажному ставленні до права, законів загалом і до Конституції зокрема, оцінка їх не як базової, фундаментальної цінності, а як другорядного явища в загальній шкалі людських цінностей»².

При цьому найнебезпечнішим є те, що правовий нігілізм та його різновиди вражають верхні структури вітчизняної державної влади, що, як правильно зауважує М. Козюбра, «...стає все більшою загрозою для національної безпеки України і врешті-решт може піддати сумніву існування самої нашої державності»³.

Таким чином, Україна на сучасному етапі переживає досить складний процес формування власного національного праворозуміння, який має знайти своє наукове обґрунтування та нормативне закріплення. Він не може бути беззмістовним та офіційно формально не вираженим. А тому мають інтенсивно розвиватися юридична теорія, бути чітко визначеною правова політика, соціально справедливою юридична практика.

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 1998. – Т.5 : П-С. – 2003. – С. 42.

² Козюбра М. Конституційний ідеалізм та конституційний нігілізм як прояви дефіциту правової культури / М. Козюбра // Наук. зап. – Юрид. науки ; Нац. ун-т «Кієво-Могилянська акад.» ; вид. дім «Кієво-Могилянська акад.». – К., 2006. – Т. 53. – С. 3–7.

³ Там само.

І. Яковюк, заступник директора з наукової роботи НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України

Особливості впливу наднаціональної організації на державний суверенітет країн-кандидатів та країн-сусідів (на прикладі Європейського Союзу)

Європейський Союз прийнято вважати відкритою організацією. Цей висновок підтверджує і аналіз установчих договорів. Однак відкритий характер об'єднання зовсім не означає, що ЄС не передбачає існування меж свого розширення. Аналіз установчих договорів і практики їх застосування, висловлювань керівників ЄС і представників національних урядів держав-членів дає підстави стверджувати, що Союз хоча і не визначив остаточні межі свого розширення, то принаймні усвідомлює факт їх існування. Відтак можна погодитися з думкою, що відкритість ЄС має супроводжуватися досить суттєвими обмеженнями¹.

Умови стосовно вступу до Європейських співтовариств/Європейського Союзу існували завжди, однак до того моменту, як постало питання про прийняття країн Центральної і Східної Європи, вони змістовно були визначені інакше. Договір про Європейське об'єднання вугілля та сталі (ст. 98), Договір про Європейське економічне співтовариство (ст. 237) і Договір про Євроатом (ст. 205)² містили фактично дублюючі норми, в яких зазначалося, що будь-яка європейська держава³ може подати заяву про приєднання до установчих договорів. Інші умови набуття членства, існування яких передбачали вказані статті установчих договорів, має право визначати Рада. Фактично вони могли виявитися неоднаковими для різних країн-кандидатів. Відсутність чітко прописаних умов набуття членства потенційно дозволяє навіть одній державі-члену загальмувати процес вступу будь-якої європейської держави до складу ЄС.

¹ Див.: Шишков Ю. В. Западноевропейская интеграция: современные тенденции развития и противоречия / Ю. В. Шишков. – М., 1980. – С. 51.

² Договори, утворюючі Європейські спільноти. Документи Європейського Союзу : в 5 т. / редкол.: Ю. А. Борко (отв. ред.). – М., 1994. – Т. 1. – С. 93, 247–248, 381.

³ Єдиною умовою, яку на момент започаткування інтеграційного процесу було чітко закріплено в установчих договорах, є належність країни-кандидата до Європи, а точніше було б сказати – до європейської цивілізації. Саме на підставі невідповідності цій умові було відмовлено у вступі Марокко.

Підписання на початку 1990-х років низки європейських угод з пост-соціалістичними країнами поставило перед Європейським Союзом завдання стосовно приведення установчих договорів у частині правової регламентації набуття членства у ЄС у відповідність із новими якісними характеристиками, властивими інтеграційному об'єднанню, а також специфікою країн, які претендували на отримання членства в ньому. Головними новелами Маастрихтського договору (ст. 49 в Амстердамській редакції договору)¹ стало залучення до процесу прийняття рішення про прийом у члени ЄС Європейського парламенту, а також посилення на принципи свободи, демократії, поваги до прав людини і основних свобод, верховенства права, що є спільними для всіх держав-членів і повага до яких є обов'язковою умовою набуття членства. Запровадження в 1993 році спеціальних вимог — Копенгагенських критеріїв, що пред'являються до країн-кандидатів, зумовлене об'єктивною потребою, оскільки вперше передбачалося прийняти до складу Союзу держави, політичні, правові і соціально-економічні системи яких тривалий час функціонували в умовах принципово іншої системи координат.

Фундаментальний характер принципів, важливість їх неухильного дотримання підкреслюються їх визначенням як умови набуття членства в ЄС. При цьому слід наголосити, що обов'язкового характеру ці вимоги набули не лише для постсоціалістичних країн — Європейський Союз очікує їх виконання від будь-якої країни-кандидата².

Дискусії, які розгорнулися на початку XXI ст. щодо прийняття у ЄС Туреччини і визнання країн Південного Кавказу як таких, що відповідають поняттю «європейська держава», а відтак потенційно зберігають право набуття членства, збіглися у часі з розробкою проекту Конституції для Європи, а згодом і Лісабонських угод. Відтак у Євросоюзу виник привід у черговий раз здійснити спробу удосконалити нормативне визначення умов вступу до об'єднання. У результаті спочатку в Конституції для Європи змінюється викладення норми, що регулює умови вступу: «Союз відкритий для всіх європейських держав, які поважають його цінності і беруть на себе зобов'язання спільно проводи-

¹ Договір о Европейском Союзе // Европейское право : учеб. для вузов / под общ. ред. Л. М. Энтина. – М., 2002. – С. 550.

² Так, намагання Іспанії розпочати переговори про приєднання до Європейського економічного співтовариства свого часу зіткнулися з протидією Франції через відсутність в Іспанії демократичного громадянського суспільства і порушення прав і свобод людини (див.: Зимарин К. А. Стратегия интеграции испанского предприятия в западноевропейскую экономику : дис. ... канд. экон. наук : 08.00.14 / Кирилл Александрович Зимарин. – М., 1997. – С. 9–10).

ти їх у життя» (п. 2 ст. I-1). Тобто Конституція передбачала замінити вимогу щодо відповідності «принципам» на відповідність «цінностям», до яких було віднесено: повагу до людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини, включаючи права меншин. Крім того опосередковано фактично було вказано ще на ряд обов'язкових цінностей (плюралізм, відсутність дискримінації, терпимість, справедливість, солідарність і рівність чоловіків і жінок), які характеризують суспільство держав-членів, для яких вказані цінності є спільними (ст. I-2)¹.

Роль цінностей у процесі самоідентифікації об'єднаної Європи ще більш зросла після того, як набули чинності Лісабонські угоди, у яких відсутній такий критерій для набуття членства у ЄС, як вказівка на європейський характер держави (географічний критерій). Це стало зайвим доказом того, що політика розширення Європейського Союзу має на меті увібрати всі країни, що належать до європейської цивілізації, і поставити заслін перед країнами, які не відповідають цивілізаційному критерію.

Слід визнати, що процес визнання відповідності певної країни-кандидата Копенгагенським критеріям як умови набуття членства в ЄС значною мірою має суб'єктивний і політизований характер, під час якого держави-члени і Союз у цілому можуть керуватися не тільки і не стільки реальними здобутками країни-кандидата у процесі реформування суспільного життя, а й політичною доцільністю. Хоча умовою прийняття заявки до розгляду є відповідність країни-кандидата Копенгагенським критеріям, Союз інколи може більшою мірою зважувати на політичну кон'юнктуру. Колишній голова Європейської комісії Романо Проді, коментуючи розширення ЄС 2004 року, зазначив, що перед ним стояло завдання за десять років розширити Союз на п'ять держав, а він за чотири роки прийняв десять. виправдовуючи факт такого перевиконання, він визнав, що до цього кроку Європейський Союз примусила історія: рішення іноді мають прийматися тоді, коли для цього з'явилися можливості².

Європейський Союз здатний впливати на суверенітет країн-сусідів, які прагнуть набути членства, але щодо перспектив вступу яких Союз

¹ Конституція Європейського Союзу: Договір, устанавлюючий Конституцію для Європи (с коментарієм) / отв. ред. С. Ю. Кашкин ; пер. А. О. Четверников. – М., 2005. – С. 99.

² Что будет с Европейским Союзом к 2025 году? [Електронний ресурс] // Вся Европа.ru: Интернет-журнал. Вып. 11 (27). – 2008. – Режим доступа: <http://www.mgimo.ru/alleurope/2006/27/problem-eu2025.html>

не визначився. «Східне партнерство» — це складова оновленої європейської політики сусідства (далі — ЄПС), що була запроваджена у 2004 році¹. Хезер Гребб зазначає, що процес європеїзації країн, які знаходяться на периферії ЄС, має потужний ефект переважно завдяки використанню інститутами Союзу принципу кондиціональності, під яким він розуміє сукупність засобів перетворення правлячих структур, економіки і громадянського суспільства країн-кандидатів відповідно до стандартів Союзу, що вмонтовані в процедуру набуття членства в ЄС². Головний зміст моделі кондиціональності полягає у досягненні такого співвідношення витрат і вигоди, у результаті якого внутрішні зміни стають відповіддю країн-кандидатів на матеріальні і соціальні блага, запропоновані ЄС³.

ЄПС запроваджувалася з метою створення на південь і схід від нових кордонів ЄС зони стабільності, миру і добробуту шляхом налагодження довготривалих відносин із сусідніми країнами. Вона покликана не допустити виникнення нової лінії розподілу між розширеним Європейським Союзом та його сусідами і надати можливість останнім брати участь у привілейованих відносинах, які будуватимуться на взаємному визнанні спільних (насправді — європейських) цінностей. Глибина цих відносин залежатиме від того, наскільки ефективно втілюватимуться ці цінності країнами-сусідами. При цьому ЄПС жодним чином не пов'язана з процедурою набуття членства⁴.

Європейський Союз пішов на диференціацію свого ставлення до різних груп країн-сусідів, проявом чого стало створення «Європейсько-Середземноморського партнерства» (ЄСП, Барселонський процес), запровадження Процесу стабілізації та асоціації для Балкан, ініціювання «Східного партнерства». Разом з тим слід зазначити, що вказані

¹ Уперше концепція ЄПС була викладена у зверненні Комісії «Ширша Європа» у березні 2003 р.

² Grabbe Healter. Europeanization Goes East: Power and Uncertainty in the EU Accession Process / Healter Grabbe // Featherstone K., Radaelli C. (eds). The Politics of Europeanisation. — Oxford, 2003. — P. 309–310.

³ Мова йде про фінансову і технічну допомогу, доступ до ринку ЄС, інституційні зв'язки і пропозицію розпочати переговори про вступ (див.: *Европеизация и разрешение конфликтов: конкретные исследования европейской периферии* / Б. Коппитерс, М. Емерсон, М. Хейссен і др.; коммент. Н. Попеску, Г. Нодиа : пер. с англ. — М., 2005. — С. 33).

⁴ Аналіз переліку держав (Алжир, Білорусь, Вірменія, Грузія, Єгипет, Ізраїль, Йорданія, Ліван, Лівія, Молдова, Марокко, Сирія, Туніс, Україна та Палестинська автономія), на які поширюється дія ЄПС, дає підстави зробити висновок, що більшість із них у принципі не можуть бути членами об'єднаної Європи.

програми не передбачають запровадження якісно нового рівня відносин із Союзом, а лише спрямовані на поліпшення зв'язків між самими сусідами під наглядом Союзу і відповідно до його вимог, а також забезпечення інтересів самого Союзу в сфері енергетичної безпеки. Отже, пропозиція щодо «Східного партнерства» свідчить скоріше про таке. По-перше, з кожним новим етапом розширення Європейський Союз стає все менш однорідним у політичній, економічній, соціальній та культурній сферах, що загрожує йому втратою функціональності та ефективності. Вступ нових членів тільки ускладнить ситуацію. Якщо стосовно України такі пояснення не наводяться, то щодо Туреччини неодноразово наголошувалося, що вступ такої великої за чисельністю населення країни призведе до кризи у побудові інституційного механізму ЄС і втрати його функціональності. Слід враховувати, що в механізмі функціонування влади в ЄС принципове місце відведено питанню про квоту кожної держави в складі інститутів ЄС і кількість голосів, що вона має під час прийняття рішень. Традиційно ключове становище в ЄС займають Німеччина, Франція, Велика Британія, Італія, Іспанія. Це дозволяє великим державам за підтримки країн Бенілюксу доволі легко проводити свої рішення за процедурою кваліфікованої більшості голосів. Унаслідок останніх розширень і вступу до ЄС постсоціалістичних країн розподіл сил в ЄС змінився. Так, до числа великих держав увійшла Польща, яка за кількістю місць у Європарламенті займає тепер шосте місце, впритул наблизившись до Іспанії. У цілому нові члени ЄС із соціалістичним минулим отримують в Європейському парламенті 194 із 751 місця¹. Вступ України², а тим більше Туреччини³ остаточно позбавить великі держави, і передусім тандем Франція — Німеччина, монополії на проведення своїх рішень. Ще більшу «небезпеку» для старих членів ЄС може становити гіпотетичний альянс нових членів ЄС, позиція яких багато в чому не збігається із позицією Франції та Німеччини стосовно підходів до реформування ЄС і перспектив його розвитку. З урахуванням вищенаведених аргументів можна зробити висновок, що ЄС майже досягнув меж свого розширення⁴.

¹ Европейский Союз : основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. – М., 2008. – С. 116, 140.

² У разі вступу за чисельністю населення Україна мала б отримати кількість місць, майже як Італія.

³ Туреччина, у свою чергу, мала б зайняти друге після Німеччини місце за кількістю голосів.

⁴ Хоча, ймовірно, ще відбудеться прийняття «малих» Балканських країн, які суттєво не змінять розклад сил в ЄС.

По-друге, країни, для яких передбачене «Східне партнерство», представляють для ЄС перспективні ринки збуту продукції, а також вагомую частину інфраструктури (передусім, транзитні газо- і нафтогони), що здатна суттєво впливати на економічну ситуацію в Євросоюзі¹. За сучасних умов доступ до ресурсів, особливо енергоносіїв, розглядається як один із ключових аспектів глобальної торговельної стратегії Союзу. Саме тому ЄС виступає з ініціативою в рамках «Східного партнерства» сприяти розвитку регіональних ринків електроенергії, енергоефективності та відновлюваних джерел енергії; розвитку Південного енергетичного коридору. Тому не дивно, що найбільш значну і детально виписану частину програми «Східного партнерства» «Енергетична безпека» винесено в самостійний розділ, який відокремлено від розділу, присвяченого економіці. Цілі енергетичної безпеки полягають у реалізації довгострокової стратегії енергозбереження і транзиту; регіональній інтеграції енергетичної інфраструктури країн «Східного партнерства»; повній інтеграції енергетичного ринку України з ринком ЄС, пріоритетом якої є реабілітація мережі нафтового і газового транзиту в Україні, включаючи здійснення моніторингу поставок; конвергенція енергетичної сфери Азербайджану з енергетичним ринком ЄС та її інфраструктурна інтеграція в ЄС; кооперація вуглеводневого транзиту Білорусії з ЄС і реформи в енергетичному секторі Білорусії. Існує і зворотний зв'язок, свідченням чого є інвестиційні програми країн ЄС, надання заїмів, запровадження системи довгострокового впливу на розвиток української економіки, передусім банківської сфери. Разом з тим, аналізуючи характер співпраці ЄС і країн-сусідів, зокрема з Україною, в економічній сфері, слід вказати на таке. При обговоренні змісту угод про вільну торгівлю нового покоління з країнами-сусідами керівники ЄС і провідних держав-членів, зокрема Франції, все частіше висловлюють пропозиції, які полягають у створенні Сусідського економічного співтовариства, що являє собою мережу двосторонніх поглиблених угод про вільну торгівлю, як довгострокову мету. Ця ідея офіційно відображена у недавньому повідомленні як щодо «Східного партнерства»², так

¹ Газова «війна» Росії з Україною у січні 2009 р. довела енергетичну уразливість Європи і значущість України і Білорусії як країн-транзитерів, а Азербайджану як альтернативного постачальника газу для забезпечення енергетичної безпеки ЄС.

² Даріус Жеруоліс. Угода про асоціацію між Україною та ЄС та її складова щодо вільної торгівлі як етап процесу європейської інтеграції: майбутня угода у порівняльній перспективі // Зона вільної торгівлі між Україною та ЄС як інструмент європейської інтеграції та внутрішніх реформ : доповідь на конф. ; Верхов. Рада України, 9 квіт. 2009 р., Київ.

і щодо відносин із Туреччиною¹. Можна констатувати, що інтересам країн ЄС і Євросоюзу в цілому відповідає включення країн, що залучаються до «Східного партнерства», в зону їхнього преференційного економічного впливу, закріплення в них своїх бізнесових позицій.

По-третє, Європейський Союз занепокоєний проблемою нелегальної міграції. У результаті останнього розширення кордони ЄС суттєво просунулися на Схід і межують тепер із Білорусією, Молдовою, Україною. Відповідно ЄС зацікавлений у реалізації програми інтегрованого управління кордонами. Програма «Східне партнерство» передбачає з цією метою укладення «договорів мобільності та безпеки», які сприятимуть простішому легальному перетину кордону ЄС, посилюючи при цьому заходи, спрямовані на боротьбу з корупцією, організованою злочинністю та незаконною міграцією. Ці договори передбачатимуть приведення системи притулків до стандартів ЄС і створення інтегрованих структур управління кордонами з остаточною метою запровадження безвізового режиму для всіх країн-партнерів, залучених до цієї співпраці.

По-четверте, Європейський Союз вочевидь занепокоєний відновленням імперських амбіцій Росії, а тому, не маючи змоги прийняти Україну, Молдову і Білорусь до свого складу (або не бажаючи це зробити), він намагатиметься зміцнити свої позиції у вказаних республіках шляхом їх включення до різного роду програм під своєю егідою², намагаючись таким чином Росії, що вони перебувають у зоні його інтересів, а відтак ЄС не буде байдуже спостерігати за її намаганнями повернути свій вплив у них. Так, Комісар ЄС із зовнішніх зносин і Європейської політики сусідства Беніта Ферреро-Вальднер зазначала, що на безпеку та стабільність ЄС впливають події, що відбуваються у Східній Європі та на Південному Кавказі. Як наслідок політика Союзу щодо цих

¹ Президент Франції, заперечуючи проти вступу Туреччини до ЄС, пропонує їй приєднатися до Середземноморського союзу (див.: Н. Саркози нашел альтернативу вступленню Турції в ЕС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://top.rbc.ru/politics/06/05/2009/299153.shtml>). У свою чергу канцлер ФРН А. Меркель вважає, що немає сенсу постійно розширювати межі ЄС, якщо це заважатиме Союзу нормально функціонувати. На її думку, Туреччині варто запропонувати привілейоване партнерство з ЄС, а не повноцінне членство (див.: Меркель и Саркози не приветствуют вступление Турции в ЕС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.epochtimes.ru/content/view/24545/2/>).

² Показово, що саме після подій на Кавказі Європейська Рада звернулася 1 вересня цього року до Європейської комісії з проханням надати свою пропозицію щодо змісту програми «Східне партнерство» раніше, ніж це передбачалося спочатку.

країн повинна бути сильною, активною та недвозначною. ЄС має продовжити ефективне використання спеціально розроблених програм на новому рівні та додати їм вагомий багатосторонній вимір¹.

Враховуючи вищенаведене, слід визнати, що реалізація програми «Східне партнерство», безумовно, сприятиме певним чином наближенню її учасниць до стандартів ЄС, поліпшить взаємодію між ними, проте насправді значно більшу користь від її виконання матиме Європейський Союз.

При обговоренні проблеми впливу Європейського Союзу на суверенітет країн-кандидатів важливе місце посідає питання щодо строків. На перший погляд, немає значної проблеми в тому, через скільки років країна вступить до ЄС. Та насправді строк вступу має значення, як і питання, чи вступить взагалі, а якщо так, то якого статусу вона набуває в підсумку в цьому міждержавному об'єднанні. Актуальності питанню щодо строків вступу надає досвід Туреччини, яка оформила заявку на вступ до Європейського економічного співтовариства в 1959 р., підписала договір про асоціацію в 1963 р., подала заявку на вступ до ЄС у 2005 р., але й досі не отримала відповіді стосовно будь-яких конкретних перспектив набуття членства в ЄС. Ця ситуація не здавалася б такою дивною, якщо не враховувати, що Туреччина входить до складу НАТО і Ради Європи, до членства в яких ставляться в цілому аналогічні вимоги, що й до членства в ЄС.

Розібратися в ситуації, яка складається навколо членства в ЄС окремих держав — сусідів Союзу, допомагають не стільки підписані договори і декларації, скільки висловлювання окремих політиків Союзу і провідних держав — членів ЄС. Так, колишній голова Європейської комісії Романо Проді, коментуючи результати Вашингтонського саміту двадцяти провідних країн світу, присвяченому подоланню економічної кризи, заявив, що політика добросусідства передбачає, що навколо Європи на Сході і Заході існуватиме ряд країн, з якими ЄС із часом зможе мати спільні — економіку, торгівлю, культуру тощо, за винятком державних (наднаціональних) інститутів — Європейського Парламенту, Європейської Ради, Європейської Комісії. Це пов'язано з тим, що Європі потрібні кордони, а тому повинно бути чітке уявлення про те, де європейці хочуть добиватися створення об'єднаної Європи².

¹ Див.: Східне партнерство – нова амбітна глава у відносинах ЄС зі східними сусідами [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gurt.org.ua/news/recent/1029/>; http://ec.europa.eu/external_relations/eastern/index_en.htm

² Горюхин А. Что будет с Европейским Союзом к 2025 году? [Електронний ресурс] / А. Горюхин. – Режим доступу: <http://www.mgimo.ru/alleurope/2006/27/problem-eu2025.html>

Отже, з часом може виникнути, якщо вже не виникає, ситуація, коли навколо ЄС утвориться певна зона (фактично, буферна) із держав, які будуть тісно прив'язані до Союзу, оскільки опиняться в межах створеного ним без їх участі правового, економічного, соціального, культурного та інформаційного поля, але при цьому опиняться в ролі не рівноправного суб'єкта формування спільної політики, а об'єкта, якому відводиться роль виконавця правил, прийнятих у Європейському Союзі.

У дослідженнях особливостей реалізації державного суверенітету в умовах європейської інтеграції науковці традиційно оминають увагою питання про здатність Європейського Союзу опосередковано впливати на суверенітет країн-кандидатів та держав — сусідів ЄС ще й в інший спосіб. Мова йде про країни, що мають «заморожені» сецесійні конфлікти¹. При цьому механізми такого впливу і його наслідки можуть суттєво відрізнятись. Слід зазначити, що Європейський Союз інколи може сприяти вирішенню сецесійного конфлікту, маючи на меті повернення сепаратистського утворення до складу офіційно визнаної держави. Для таких держав, як Боснія і Герцеговина, Грузія, Кіпр, Молдова можливість набуття членства в ЄС розглядається як найбільш дієвий засіб відновлення територіальної цілісності і реалізації державного суверенітету на всій території країни. Для того щоб сприяти розв'язанню конфлікту, Союз пропонує учасникам конфлікту певні блага, заради яких політичні та економічні еліти кожної зі сторін будуть готові зробити певні поступки назустріч одна одній. Більш тісні стосунки з ЄС, і особливо вступ до нього, становить безумовну цінність для всіх учасників конфліктів у Балканському регіоні, а також для обох складових Кіпру. Саме ситуацію навколо воз'єднання Кіпру було обрано ЄС, аби довести дієвість своєї політики європеїзації.

За загальним правилом, країна не можна стати членом ЄС, маючи неврегульовані внутрішні конфлікти². Однак Європейський Союз, виходячи зі стратегічних пріоритетів, неодноразово порушував вироблені ним правила в одних випадках і наполягав на їхньому суворому дотриманні в інших. Так сталося у випадку з Кіпром, коли одна зі

¹ Наприклад, Боснія і Герцеговина, Грузія, Азербайджан, Кіпр, Молдова, Сербія.

² Міністр закордонних справ Франції Бернар Кушнер, коментуючи прагнення Сербії набути членства в ЄС, нагадав, що в ЄС неможливо вступити, маючи невирішені етнічні конфлікти і релігійну роздробленість. Франція висунула Сербії умову, згідно з якою вона має погодитися на незалежність Косова заради перспективи отримання членства в ЄС [Електронний ресурс] // GZT.ru. – Режим доступу: <http://www.gzt.ru/world/2007/07/12/165459.html>

сторін конфлікту — Республіка Кіпр була прийнята до складу ЄС, що якісно змінило її статус на переговорах з Північним Кіпром. Із цього моменту членство в ЄС перетворилося на благо (мету), отримати яке Північний Кіпр не може без об'єднання з Республікою Кіпр¹. Унікальність кіпрської ситуації полягає ще й в тому, що в політиці європеїзації більш ніж Північний Кіпр зацікавлений його головний покровитель (спонсор) — Туреччина. Враховуючи цей факт, Союз у цілому і провідні держави-члени зокрема здійснюють послідовний тиск², який інколи нагадує шантаж, на Туреччину з метою здійснення останньою впливу на Північний Кіпр, аби розв'язати конфлікт і створити єдину державу. Розвиток ситуації навколо Кіпру довів, що процес європеїзації може змінювати уподобання суб'єктів міжнаціональних конфліктів і створювати попередні умови для того, аби сецесіоністська сторона конфлікту погодилася б на співіснування в межах однієї держави. Аналізуючи цю ситуацію, Н. Попеску робить такі висновки: розділена держава може успішно розвивати стосунки з ЄС і навіть набути членства у ньому (однак лише за умови зацікавленості в цьому Європейського Союзу. — *І. Я.*); тісна взаємодія держави з Союзом, особливо якщо вона стала членом ЄС, робить її більш привабливою для сецесіоністської сторони конфлікту; важливого значення набуває не стільки переговорний процес між конфліктуючими сторонами, скільки позитивна динаміка змін в одній із них, які відбуваються під впливом європеїзації, унаслідок чого «вага» даної сторони в переговорному процесі зростає; за умови міжнародної підтримки і внутрішньої готовності щодо здійснення реформ економічний прогрес може бути досягнутий навіть тоді, коли значна частина економічного потенціалу не контролюється тією стороною конфлікту, яка представляє офіційно визнану владу³.

У цілому ситуація навколо кіпрського конфлікту свідчить, що Євросоюз займає послідовну позицію, яка полягає в об'єднанні двох складових Кіпру в рамках однієї суверенної держави. Аналогічну по-

¹ Остання як держава – член ЄС може на будь-якому етапі заблокувати не тільки інтеграційні ініціативи Північного Кіпру, а й Туреччини, яка його опікує.

² Засоби тиску, що використовуються, доволі різноманітні. Не останнє місце в них займає фінансова допомога. У випадку з Туреччиною мова йшла про 500 мільйонів євро, які тільки в 2007 році Європейська комісія збиралася надати їй в рамках «Інструменту передвступної допомоги».

³ Європеїзація і разрешення конфликтов: конкретные исследования европейской периферии / Б. Коппитерс, М. Емерсон, М. Хейссен и др.; коммент. Н. Попеску, Г. Нодиа : пер. с англ. – М., 2005. – С. 281.

літику він проводить і стосовно Боснії і Герцеговини. Так, у 2005 р. Союз розпочав переговори про асоціацію з Боснією і Герцеговиною. У грудні 2007 р. він спочатку підписав Попередню угоду про асоціативне членство, в якій визначив низку вимог (проведення політичної реформи, необхідність розслідування і доведення до суду військових злочинів часів міжетнічного конфлікту 1992–1995 р.), реалізація яких дасть підстави підписати Договір про асоціацію. У 2008 р. було підписано Тимчасову угоду про зону вільної торгівлі між ЄС і Боснією та Герцоговиною, яка мала діяти до підписання Договору про асоціацію і стабілізацію, який відкривав шлях до набуття статусу держави — кандидата в члени ЄС. Однак підписання самого договору про асоціацію Союз обставив низкою вимог, передбачених попередньою угодою, головною з яких є законодавче реформування поліцейської системи з метою об'єднання сербської і хорватської поліції в єдину структуру. Лише в результаті виконання боснійською стороною усіх указаних вимог ЄС стало можливим підписання 16 червня 2008 р. Договору про асоціацію і стабілізацію.

Використання угод про асоціацію з ЄС як стабілізаційного механізму для Балкан було сприйнято в Молдові як сигнал, згідно з яким процес інтегрування може бути в певних випадках за бажанням Європейського Союзу підтриманий безвідносно до необхідності кінцевого врегулювання сецесійного конфлікту. Однак, на відміну від Кіпру і Балканських країн, ситуація з Молдовою є принципово іншою. Політична еліта і населення Придністров'я зорієнтоване не на Захід (ЄС), а на відносини з Росією, яка у свою чергу не тільки не прагне набути членства в ЄС (що відрізняє її від Туреччини в кіпрському конфлікті), а й намагається відновити свої позиції на пострадянському просторі, створивши за зразком ЄС наднаціональне євразійське об'єднання. Крім того, енергетично залежний від Росії Європейський Союз вимушений дуже виважено проводити політику європеїзації на своїх східних кордонах. Відтак політика кондиціональності і соціалізації Європейського Союзу стосовно даного сецесійного утворення на сучасному етапі в принципі не може дати позитивного результату. Тому, доки Росія буде зацікавлена в існуванні «суверенітету» сепаратистської території, ситуація з відновленням суверенітету Молдови над Придністров'ям (аналогічний висновок можна зробити і стосовно відносин Грузії з Абхазією та Південною Осетією) завдяки налагодженню більш тісних стосунків з ЄС не може дати в найближчій перспективі позитивних результатів.

Аналіз впливу ЄС на країни-кандидати дозволяє дійти висновку, що політика європеїзації, здійснювана Європейським Союзом, може не тільки сприяти відновленню суверенітету, а й перешкоджати його збереженню у країнах із сецесійними конфліктами, про що свідчить ситуація із Сербією. Європейський Союз послідовно проводив політику не лише підтримання сепаратистських прагнень косовських албанців, але фактично всіляко підтримував вихід Чорногорії зі складу єдиної із Сербією держави. Після приходу до влади в Сербії демократичних сил було взято курс на інтеграцію країни до ЄС. З боку останнього окрім традиційних умов щодо вступу було визначено: арешт військових злочинців та їх передача Міжнародному трибуналу для колишньої Югославії (МТКЮ); відкриття архівів для слідчих трибуналу; і найголовніше — вирішення проблеми статусу Косова до вступу Сербії в Євросоюз. Показово, що остання вимога, яка фактично означала втрату суверенітету Сербії над частиною своєї території, з якою пов'язаний історичний процес самоідентифікації сербського народу, означала для міністра закордонних справ Франції Б. Кушнера лише «виконання деяких формальностей»¹. Слід зазначити, що Євросоюз і переважна більшість держав-членів зайняли позицію підтримки одного з учасників сецесійного конфлікту — косовських албанців, а також їх покровителя — держави-спонсора Албанії (знову ж таки на відміну від Туреччини у кіпрському конфлікті), з якою Європейський Союз на початку 2009 р. підписав Договір про асоціацію і стабілізацію, що дало їй змогу 28 квітня 2009 р. подати заявку про вступ до ЄС. Закономірним результатом політики ЄС стало визнання самопроголошеної Республіки Косово, що породило проблему втрати Сербією суверенітету над частиною території.

Стосовно Сербії ЄС традиційно проводить політику «батога й пряника». Європейський Союз задекларував намір розпочати перемовини із Сербією і Чорногорією щодо підписання Договору про асоціацію і стабілізацію ще у квітні 2005 р. Ці переговори були перервані у травні 2006 року через недостатньо ефективну співпрацю Сербського керівництва з МТКЮ. У квітні 2008 р. Євросоюз підписав із Сербією Перехідну торговельну угоду, дія якої була заблокована урядом Нідерландів через недостатню, на його думку, співпрацю з Міжнародним трибуналом. Як бонуси за виконання вимог ЄС Сербії пропонувалося

¹ Франція поставила Сербії умови расстаться с Косово ради перспективы вступления в ЕС [Електронний ресурс] // GZT.ru. Режим доступу: <http://www.gzt.ru/world/2007/07/12/165459.html>

сто вісімдесят дев'ять мільйонів євро у 2007 р. в рамках «Інструменту передвступної допомоги»¹, введення безвізового режиму з ЄС із 2010 р. У січні 2008 р. міністри закордонних справ ЄС через вето Нідерландів і Бельгії не змогли дійти згоди щодо Договору про асоціацію і стабілізацію із Сербією. Як наслідок, аби не допустити перемоги на виборах проросійськи налаштованого кандидата Томіслава Ніколіча, Європейський Союз вимушений був запропонувати Сербії до того невідомий договірний практиці ЄС документ під назвою «Тимчасова політична угода про співпрацю між ЄС і Сербією для створення рамок, які сприятимуть розвитку політичного діалогу і вільній торгівлі, лібералізації візового режиму і освітньому співробітництву». У березні 2008 р. Голова Європейської комісії Ж. М. Баррозу заявив про те, що Сербії буде запропоновано членство в ЄС, але поряд і одночасно із Косово як країною-кандидатом. Із рештою 29 квітня 2008 р. Сербія підписала Договір про асоціацію і стабілізацію з ЄС, а 19 грудня 2009 р. вона подала офіційну заявку на вступ до Європейського Союзу, що, зважаючи на послідовну позицію останнього стосовно Косова, має забезпечити цивілізований і підконтрольний Євросоюзу поділ донедавна єдиної держави. При цьому, враховуючи необхідність ратифікації даного договору усіма державами-членами, можна передбачити, що цей процес для Сербії не буде легким.

Проведений аналіз взаємовідносин Європейського Союзу з країнами-кандидатами і державами-сусідами дозволяє дійти висновку, що наднаціональна організація влади здатна здійснювати суттєвий вплив, що має, як правило, опосередкований характер, на суверенітет даних категорій держав. Політика ЄС щодо надання членства країнам, з якими він межує, використовується Союзом для забезпечення національних інтересів і безпеки держав-членів та об'єднання в цілому. При цьому така політика ЄС суттєво впливає на зміст і напрями здійснюваних у країнах-кандидатах і державах-сусідах економічної, політичної, адміністративної й правової реформ, а також зовнішньополітичну діяльність. При цьому вплив Союзу залежно від його інтересів може сприяти забезпеченню державного суверенітету держав, що мають сецесійні конфлікти, в одних випадках, і підривати його — в інших.

¹ Чапай А. Балканская перспектива. ЕС поощряет и выдвигает условия странам региона [Електронний ресурс] / А. Чапай. – Режим доступу: <http://www.day.kiev.ua/191152/>

В. Брижко, кандидат юридичних наук,
Науково-дослідний центр правової ін-
форматики НАПрН України

До питання методології кодифікації інформаційного законодавства

Виникнення електронно-інформаційного середовища (е-середовища) як інформаційного простору поза межами реального світу, який не може бути оцінено за допомогою фізико-хімічних процесів та характеристик, конвергенція «традиційних» явищ та процесів щодо зв'язку, пошти, бібліотек, архівів, засоби масової інформації тощо у рамках однієї системи — Інтернету, визначило появу якісно нового правового напрямку у сфері суспільних відносин — електронно-інформаційних відносин. Завдяки кредитним карткам, паролем та техніко-технологічним можливостям обмін відомостями перетворився із засобу виникнення правовідносин у спосіб їх інформаційно-технологічного існування. Інакше кажучи, обмін відомостями перейшов від процесу інформаційного забезпечення суспільних відносин до предмета їх правової регуляції. Яскравим свідченням цього є поява таких нових галузей діяльності, як електронна комерція¹ та електронний банкінг².

Сьогодні державне (публічне) право України має значний масив нормативних актів (законів і підзаконних), що визначають порядок у інформаційних відносинах. За даними дослідження³, інформаційне законодавство України складає понад 4000 документів. Можна вважати, що в країні вже є інформаційно-правова база. Проте її дослідження виявило ряд серйозних недоліків, зокрема:

різні закони і підзаконні акти, що регулюють суспільні відносини, об'єктом яких є інформація, приймалися в різний час без узгодження понятійного апарату і недостатньо гармонізовані з європейськими стандартами. Вони мають ряд термінів, які не досить коректні, не виликають відповідну інформаційну рефлексію, або взагалі не мають

¹ Див.: Електронна комерція: правові засади та заходи удосконалення : монографія / В. Брижко, А. Новицький, В. Цимбалюк, М. Швець ; за ред. А. Москаленко, канд. фіз.-матем. наук О. Гладківської. – К., 2008. – 149 с.

² Див.: Електронний банкінг у контексті захисту персональних даних / В. Брижко, Ю. Базанов, М. Швець ; за ред. М. Швеця. – К., 2008. – 141 с.

³ Див.: Е-майбутнє та інформаційне право / В. Брижко, В. Цимбалюк, М. Швець, М. Коваль, Ю. Базанов ; за ред. М. Швеця. – 2-ге вид., доп. – К., 2006. – С. 155–157.

чіткого гносеологічного наповнення. Наприклад, щодо інформаційних відносин це такі, як «інформація» і «дані», «документ» і «документована інформація», «використання», «таємна інформація», «майно», «власність», «володіння», «автоматизована система» і багато іншого. Існує різне тлумачення нових термінів, наприклад, «сайт», «веб-сайт», «веб-сторінка», «портал», «веб-сервер» і т. д. Термінологічні помилки, різне трактування однакових за назвою і формою категорій, відсутність нових понять приводить до їх неоднозначного розуміння і застосування на практиці;

практично відсутнє спеціальне законодавче регулювання питань, пов'язаних із використанням мережі Інтернет, наданням відповідних послуг, застосуванням електронної комерції та електронного банкінгу. Зазначені обставини істотно підвищують інвестиційний ризик і провокують відставання від темпів розвитку мережної економіки в інших країнах;

нові правові акти нерідко не узгоджені концептуально з раніше прийнятими, що приводить до правового хаосу;

з погляду урахування проблеми інтелектуальної свободи, тобто свободи створювати і поширювати нову інформацію, відсутнє поняття «нова інформація» і відповідна регуляція відносин;

потребують законодавчого врегулювання і удосконалювання норми права власності на інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні технології та інформаційні послуги;

потребують подальшого осмислення і удосконалювання норми авторського і патентного права для електронно-інформаційного середовища;

норми права, які визначають захист персональних даних, потребують гармонізації з положеннями відповідних європейських стандартів, а також розробки і введення правових механізмів реалізації людиною її права власності на персональні дані;

має місце розбіжність щодо розуміння структури інституцій і складу системи правових норм у сфері інформаційних відносин. Окремі закони містять норми, що мають підзаконний нормативно-правовий характер. Відсутність легальної чіткості ієрархічної єдності законів викликає суперечливе трактування і застосування норм на практиці правозастосування, створює колізію та ігнорування норм закону на користь норм підзаконного акта;

значна кількість та подальше накопичення нормативно-правових документів у інформаційній сфері за відсутності єдиної їх системати-

зації все більш ускладнює пошук, аналіз, правову експертизу, узгодження та практичне застосування актів.

Сьогодні серед фахівців тривають дискусії щодо необхідності та підходів до формування єдиної структури і складу системи інформаційного права та інформаційного законодавства. Більшість із них підтримують думку, що сукупність правових норм у сфері інформаційних відносин, визначених у законах і підзаконних актах, дозріла за кількістю до критичної маси, що обумовлює потребу у виділенні їх в окрему, умовно автономну галузь права — інформаційне право та необхідність здійснення систематизації актів щодо інформаційної сфери на рівні кодифікації усього інформаційного законодавства. Про це йдеться в організаційно-правових заходах, що визначені Законом України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» від 09.01.2007 р. № 537-V, п. 2 «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства» розд. III «Національна політика розвитку інформаційного суспільства в Україні» якого встановлено: «З метою підвищення ефективності розвитку інформаційного суспільства необхідно створити цілісну систему законодавства, гармонізовану з нормами міжнародного права з питань розвитку інформаційного суспільства, зокрема здійснити кодифікацію інформаційного законодавства»¹.

Зазначене безпосередньо пов'язано із становленням нової юридичної науки та наукової дисципліни — «Інформаційне право», що передбачає наявність у державі спільних принципів наукового формування інформаційного законодавства, яке схильне до перманентних змін, та потребує створення базового, цілісного нормативно-правового акта для всієї інформаційної сфери держави, адаптованого до європейських стандартів.

Аналіз упорядкування інформаційних відносин в Україні і в міжнародній практиці дозволяє визначити ряд основних положень на рівні інформаційного законодавства, що виступає публічно-правовою основою інформаційного права:

предмет правового регулювання — інформаційні відносини;

об'єкти інформаційних відносин — інформація (знання, відомості) та дані (електричні сигнали й електронні структури в е-просторі, до яких інформація пристосована);

¹ Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки [Електронний ресурс] : Закон України від 09.01.2007 р. № 537-V. – Режим доступу: www.rada.gov.ua

метод правового регулювання — системне, комплексне застосування методів цивільного, адміністративного і кримінального права (що визначає міжгалузеву сутність публічно-правового регулювання) з урахуванням методів приватноправового регулювання (на рівні угод, добрих звичаїв, традицій, норм суспільної моралі, ділової етики).

Через предмет правового регулювання та міжгалузеві комплексні інститути права інформаційне право має зв'язок з іншими галузями права (зокрема, господарським, трудовим та ін.) і створює з ними складну, велику, агреговану гіперсистему права інформаційного суспільства.

Серед основних напрямів упорядкування та регулювання інформаційних відносин, які складають правове поле інформаційної діяльності, можна виділити такі:

визначення і правове закріплення головних напрямів державної інформаційної політики, виходячи із загальнолюдських принципів поваги і гуманного ставлення до людини, її честі, гідності, репутації та інших особистих прав;

забезпечення правового режиму формування і використання національних інформаційних ресурсів щодо збирання, обробки, зберігання та поширення інформації;

створення системи юридичних процедур реалізації конституційних прав громадян України стосовно гарантій, охорони, захисту їх персональних даних за умов розвитку процесів інформатизації державних органів управління;

забезпечення умов для розвитку гарантій, охорони і захисту всіх форм власності на інформацію, інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні технології та інформаційні послуги;

державно-правове сприяння формуванню ринку інформаційних продуктів, інформаційних ресурсів, інформаційно-комунікаційних технологій, телекомунікаційних мереж та інформаційних послуг з пріоритетами для вітчизняних виробників;

організація створення державних та регіональних інформаційно-комп'ютерних систем і мереж, забезпечення їх сумісності і взаємодії в єдиному інформаційному просторі України;

створення реальних умов для якісного і ефективного забезпечення необхідною інформацією громадян, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, державних і приватних організацій;

забезпечення балансу прав і обов'язків людини, суспільства і держави з урахуванням інтересів національної безпеки, невід'ємною складовою якої є інформаційна безпека;

державне стимулювання та удосконалення механізму залучення інвестицій, розробки і узгодження проектів Національної програми інформатизації і відомчих програм інформатизації (міністерств, комітетів, установ, підприємств, організацій всіх форм власності).

Виходячи із зазначеного, нормативно-правовим документом, що структурує, визначає і упорядковує інформаційні відносини, має бути кодифікований акт щодо всієї сфери інформації, інформатики, інформатизації та інформаційної безпеки. Сфера застосування цього кодифікованого акта як складової загального права України стосовно інформаційної діяльності має назву — Інформаційне право, а сам кодифікований акт пропонується назвати Кодексом України про інформацію.

Кодекс України про інформацію (далі — Кодекс) як базовий правовий акт має набути офіційного статусу пріоритетності в системі інформаційного законодавства України, порівняно з усіма іншими нормативно-правовими актами щодо інформаційної сфери, про що необхідно обов'язково зазначити у прикінцевих його положеннях.

Методологічною основою проекту вказаного Кодексу має стати юридична доктрина умовного визначення інформаційного права України як галузі права, яка екстраполюється на всю загальну систему законодавства України на основі такої принципової моделі:

основа — конституційне право (Конституція України), з урахуванням положень європейських стандартів щодо інформаційної сфери;

конституційні положення набувають розвитку (відповідно до методів правового регулювання, охорони і захисту прав) у адміністративному, цивільному, кримінальному праві та інших підсистемах національного права України, в яких інформація виступає як додатковий (факультативний) предмет регулювання;

Кодекс — нормативний акт, що відображає нормативно-правову сутність інформаційних відносин, більша частина їх правових норм має загальносистемні ознаки стосовно інформації та інформаційної діяльності в умовах розвитку інформаційного суспільства.

Мета Кодексу визначається відповідно до теорії системи цілей. Вона передбачає правове регулювання відносин між суб'єктами стосовно інформації в різних формах її об'єктивного виразу (різноманітних творах, результатах інтелектуальної діяльності тощо) незалежно від сфери (або галузі) відносин, матеріальних носіїв інформації (паперових, електронних і т. д.) і технології фіксації (букви, знаки, образи, цифри, сигнали, структури).

Напрями, підцілі, завдання Кодексу повинні формуватися відповідно до теорії системи підцілей («дерева цілей»).

Основними функціями Кодексу є:

регулятивна — формулювання прав і обов'язків суб'єктів суспільних відносин в інформаційній сфері;

нормативна — формування правил поведінки суб'єктів суспільних відносин в інформаційній сфері;

охоронна — формулювання гарантій і меж правомірної поведінки, за якими діяння створюють правопорушення (делікти) і визначають відповідальність за них згідно з нормами цивільного, адміністративного або кримінального права;

захисна — визначати процедури захисту права на інформацію;

інтегративна — системне поєднання комплексу певних юридичних норм, які регулюють інформаційні відносини в Україні, тобто Кодекс має стати об'єднуючою ланкою провідних традиційних галузей права щодо застосування їх методів у інформаційній сфері;

комунікативна (інформативна) — посилення в окремих статтях на норми інших галузей законодавства, які є системоутворювальними в різних інститутах права у певному правовому полі суспільних відносин.

Серед головних завдань Кодексу можна вказати такі:

визначення консенсусу в суспільних відносинах у сфері інформаційної діяльності, узгодженості, порозуміння у застосуванні юридичних норм, правомірної поведінки учасників інформаційних відносин в інформаційній сфері;

захист інформації, даних від несанкціонованого доступу, правопорушень (знищення, модифікації, перекручення і т. д.);

підтримка інформаційної безпеки України у її провідних складових: захисту людини, громадян, їх об'єднань, суспільства і держави (як складових національної безпеки України та міжнародного порядку, безпеки відповідно до угод держави з іншими державами).

До основних категорій в інформаційній сфері можна віднести:

– об'єкти правового упорядкування та регулювання — це суспільні відносини, які виникають, змінюються та припиняються при реалізації і забезпеченні процесів інформаційної діяльності особи, суспільства і держави. Для інформаційної сфери поняття «суспільні відносини» визначає дві групи відносин: «інформаційні відносини» та «інформаційно-інфраструктурні відносини». До першої групи належать ті відносини, які пов'язані із збиранням, зберіганням, обробкою, ви-

користанням, поширенням та знищенням інформації (щодо традиційних видів інформаційної діяльності), а до другої — які пов'язані із процесами функціонування інформаційної інфраструктури та відповідною діяльністю суб'єктів у зв'язку із застосуванням новітніх, зокрема, інформаційно-комп'ютерних технологій;

– об'єкти (предмети) суспільних відносин в інформаційній сфері — це інформація (вторинна, похідна), дані, нова інформація, інформаційний продукт, інформаційний ресурс, інформаційна технологія, інформаційна послуга, документ, електронний документ, електронний документообіг та інші прояви (результати) інформаційної діяльності. Термін «інформація» стосується явищ, подій та їх властивостей, за якими виникають суспільні відносини, що визначаються поняттям «інформаційні відносини». Термін «дані» стосується явищ, подій та їх властивостей, за якими виникають суспільні відносини, що визначаються поняттям «інформаційно-інфраструктурні відносини». Також пропонуються такі ключові дефініції для інформаційної сфери:

інформація — повідомлення про будь-які відомості чи сукупність відомостей щодо фактів або особистих уявлень. *Факти* — це дійсні, реальні події та явища;

інформація нова (знання) — документовані або публічно оголошені відомості про події та явища щодо особи, суспільства, держави та навколишнього природного середовища, зміст яких має інтелектуальне самовираження і не може бути наперед відомий чи передбачений їх одержувачем;

інформація масова (щодо засобів масової інформації) — документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі;

дані — це електронні сигнали, коди або структури щодо повідомлень на матеріальному об'єкті (носії), до яких інформація пристосована (прикріплена);

інформаційний продукт — це закріплена на носії інформація, підготовлена для економічного обігу у відповідній технологічній формі обробки, поширення за допомогою певної технічної мережі передачі даних (телекомунікації);

інформаційний ресурс — це організовані в базах даних інформаційні продукти, які мають ретроспективний зміст стосовно господарського та негосподарського їх обігу, необхідні для задоволення інформаційних потреб особи, суспільства і держави;

інформаційна технологія — комплекс методів, способів і засобів обробки інформації (даних) щодо її пошуку, збирання (придбання), реєстрації, накопичення, зберігання (знищення), використання та поширення (реалізації), охорони, захисту і відображення, у тому числі за допомогою автоматизованих систем і мереж передачі даних;

інформаційна послуга — вид інформаційної діяльності з метою задоволення інформаційних потреб певних суб'єктів відносин в інформаційній сфері;

– суб'єкти відносин в інформаційній сфері — це фізичні і юридичні особи, об'єднання громадян, органи державної влади, інші держави і міжнародні організації з визначеним їх правовим статусом стосовно інформаційних відносин.

Щодо інформатизації виділяють три групи суб'єктів відносин:

перша група: особи, що створюють електронно-цифрову, програмно-технічну частину інформаційної інфраструктури (включаючи засоби зв'язку, телекомунікацій), забезпечують її експлуатацію, розвиток. Це: розробники і створювачі електронних мереж, у тому числі їх технічних засобів, засобів зв'язку, телекомунікацій, комп'ютерних програмних засобів різного рівня і призначення, іншого устаткування, що складає інформаційну інфраструктуру;

друга група: особи, що надають інформаційні послуги. До числа суб'єктів групи входять фахівці, що створюють вихідну інформацію, формують інформаційні ресурси, наповнюють бази даних і надають споживачам можливість підключитися до електронних мереж;

третя група: споживачі інформаційних ресурсів, тобто невизначене велике коло суб'єктів (користувачів, споживачів), що підключаються до мереж телекомунікації для одержання необхідної їм інформації і використання її у своїй діяльності.

Суб'єктний зміст суспільних відносин в інформаційній сфері щодо майнових прав пропонується такий: суб'єкти права власності на інформацію (дані), інформаційний продукт, інформаційний ресурс, інформаційну технологію, інформаційну послугу — це власники, володільці, розпорядники та користувачі інформації (даними), як різновиду майна, незалежно від носіїв інформації, інформаційних технологій, доменних імен тощо та інші учасники інформаційних відносин.

Об'єктну складову суспільних відносин в інформаційній сфері пропонується розглядати так:

види інформаційної діяльності — створення, пошук, збирання, обробка, накопичення, зберігання, поширення, реалізація, охорона і захист

прав на інформацію, дані, інформаційний продукт, інформаційний ресурс, інформаційна технологія, інформаційна послуга тощо. Терміном, що узагальнює види інформаційної діяльності, є «обробка»¹;

сфери, що пов'язані з інформаційними правовідносинами — духовна (культурна); фінансова; господарська (економічна); політична; наукова; науково-технічна; науково-технологічна; екологічна; статистична; міжнародна; охорони та захисту інформаційних інтересів особи, суспільства, держави та ін.

Технологічно розробка проекту Кодексу має здійснюватися методом агрегації: удосконалення окремих правових норм або створення нових міжгалузевих правових інститутів, які не порушують цілісності і призначення інших інститутів. Напрями, підцілі, завдання Кодексу повинні формуватися відповідно до теорії системи підцілей («дерева цілей»).

Структурно проект Кодексу може складатися з чотирьох частин: Преамбули, Загальної, Особливої і Спеціальної (Прикінцевих положень).

Преамбула акцентує увагу на сутності і змісті інформаційного суспільства, його розвитку в Україні, розвитку національного інформаційного простору на основі сучасних технологій, його суспільних переваг і нових загроз національній інформаційній безпеці України.

Частина I (загальна) включає загальні положення та положення, які притаманні основним сферам упорядкування інформаційної діяльності, де визначаються:

мета інформаційного законодавства (законодавства про інформацію, інформаційну діяльність) — упорядкування, регулювання, охорона та захист інформаційних відносин, їх виникнення, здійснення, змін та припинення в інформаційній діяльності, а також законних прав

¹ Див., зокрема, такі європейські стандарти, як: Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних [Електронний ресурс]. – Переклад : Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data; Amendment to Convention ETS No.108 allowing the European Communities to accede) : Конвенція Ради Європи від 28.01.1981 р № 108, Страсбург. – Режим доступу : www.convention.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/108.htm. – (Офіційний переклад засвідчено МЗС України від 01.07.2002 р.)

Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних [Електронний ресурс] : Директива Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 24.10.1995 р. № 95/46/ЄС. – Режим доступу : www.evropa.eu.int/ISPO/legal/en/dataprot/directiv/directiv.html

Про обробку персональних даних і захист прав осіб у телекомунікаційному секторі [Електронний ресурс] : Директива Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу від 15.12.1997 р. № 97/66/ЄС. – Режим доступу : www.evropa.eu.int/ISPO/legal/en/dataprot/protection.html

учасників цієї діяльності та обов'язків суб'єктів суспільних відносин;

завдання інформаційного законодавства — забезпечення правовими засобами державних гарантій, охорони і захисту прав людини на інформацію, у тому числі охорону і захист корисної інформації та захист від аморальної, суспільно небезпечної інформації, а також дотримання балансу прав людини, суспільства і держави в умовах розвитку в Україні інформаційного суспільства;

сфера дії Кодексу;

основні поняття;

система правового регулювання суспільних відносин в інформаційній сфері;

основні принципи суспільних відносин в інформаційній сфері;

суб'єкти відносин (їх основні права і обов'язки);

об'єкти відносин (інформація (вторинна, похідна), дані, нова інформація, інформаційний продукт, інформаційний ресурс, інформаційна технологія, інформаційна послуга тощо);

галузі, види, джерела інформації, інформаційних продуктів, інформаційних ресурсів;

інформаційна діяльність, її види та основи правового режиму інформації, інформаційних продуктів та інформаційних ресурсів, доступу до них;

права власності на інформацію (інформаційні продукти, інформаційні ресурси, надані інформаційні послуги) як різновид майна;

забезпечення інтелектуальної свободи;

інформаційні технології і електронні засоби телекомунікаційного забезпечення;

правове регулювання стосовно інформаційної безпеки;

охорона прав суспільних відносин в інформаційній сфері;

гарантії держави для забезпечення прав суб'єктів відносин і принципи стратегії державної політики в інформаційній сфері;

захист прав суспільних відносин в інформаційній сфері (адміністративним, цивільним, трудовим, кримінальним законодавством через відповідні органи влади, судовий захист; можливості звернення до спеціалізованих міжнародних органів із захисту прав людини);

міжнародне співробітництво (транскордонне переміщення інформації і даних, підтримка інформаційних потреб громадян, які перебувають за кордоном тощо).

У цій частині мають бути відображені основні засади комплексних інформаційних відносин, які врегульовані на рівні спеціального законодавства (із вказівкою їх системоутворювальних законодавчих актів), зокрема: державна, комерційна і професійна таємниці; роль державних технічних стандартів як нормативно-правових актів та доступ до їх змісту тощо.

Частина II (особлива) повинна включати підсистеми (інститути) суспільних відносин, які мають специфічні ознаки і вже визнані як спеціальні сфери інформаційної діяльності на рівні спеціального законодавства. У названій частині визначаються положення, які є складовими державної інформаційної політики і мають істотні між собою відмінності з погляду цільового призначення і застосування інформаційних ресурсів. Структуризація цієї частини пропонується методом гіперсистем. Ієрархія ключових чинників систематизації повинна здійснюватися в такій послідовності: суб'єктні, потім об'єктні ознаки.

Суб'єктні ознаки становлять: права, свободи та інтереси людини, громадянина у сфері інформаційної діяльності; права суспільства, громадських організацій, громадського порядку; права та обов'язки держави в інформаційній сфері.

За об'єктними ознаками пропонується така систематизація інформаційної діяльності:

правовідносини у сфері засобів масової інформації (видавнича справа, друковані засоби масової інформації, телебачення, радіомовлення, кінематограф, Інтернет тощо);

правовідносини у сфері науки, науково-технічної діяльності та освіти;

правовідносини у сфері інформатизації та національної програми інформатизації;

інші сфери інформаційної діяльності, зокрема, щодо інтелектуальної власності, захисту персональних даних, електронної комерції, електронного банкінгу, електронного уряду, інформаційної безпеки.

У разі виникнення потреб у визначенні нових сфер упорядкування відносин вони можуть бути висвітлені у частині Кодексу щодо іншої сфери інформаційної діяльності.

Структурно Кодекс може бути створено на базі методу побудови предметно-систематичного каталогу (гіперсистеми) відповідно до ієрархії: галузь, підгалузь, інститут права, предметний напрям, предметні компоненти, виходячи з родових властивостей інститутів правовідносин, і поділятися на частини, розділи, підрозділи, глави, статті.

Структура статті має складатися з чіткого визначення диспозиції (прав та обов'язків учасників правовідносин). Окремі статті можуть містити прив'язки (посилання) до норм іншого законодавства України, відносно якого удосконалюється або створюється нова підсистема, інститут права.

В окремій статті повинен визначатися гіперзв'язок стосовно правопорушень у інформаційній сфері — посилання на деліктні складові провідних галузей публічного права: до Цивільного кодексу, Кодексу законів про працю, Кодексу про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу. Ці кодекси доповнюються нормами щодо відповідальності за правопорушення суспільних відносин в інформаційній сфері, можливо, із посиланням на їх норми, особливо стосовно визначення змісту понять, категорій, термінів, дефініцій.

Прикінцеві положення мають включати положення, які визначають строк введення Кодексу в дію, законодавчі акти, які втрачають чинність у зв'язку з прийняттям і набуттям чинності цим Кодексом та ін. Дуже важливим є визначення у Прикінцевих положеннях статусу Кодексу як базового правового акта в системі законодавства України стосовно всіх інших нормативно-правових актів щодо інформаційної сфери.

О. Дашковська, доктор юридичних наук, професор кафедри загальнотеоретичних дисциплін Полтавського юридичного інституту Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До питання про правові інститути забезпечення прав і свобод людини і громадянина

Становлення демократії в Україні зумовлює необхідність подальшого утвердження чинних і створення нових дієвих механізмів забезпечення прав та свобод людини як найвищої соціальної цінності.

Міжнародні стандарти юридичного забезпечення прав і свобод людини знаходять своє втілення в таких загальних принципах організації і функціонування державно-правових інститутів, як законність, недискримінація, відповідність вимогам демократичного суспільства, гуманізм тощо¹. Вироблення гарантій відповідності вказаним вимогам потребує повсякденного й багаторівневого удосконалення нормативних та правозастосовних механізмів захисту прав людини.

Соціальні, політичні, правові зміни, що відбуваються в Україні, вимагають нових поглядів на проблематику правових інститутів забезпечення прав та свобод людини і громадянина відповідно до тих стандартів, принципів і норм, які відпрацьовані світовим співтовариством. Сьогодні зростає вплив міжнародних норм, принципів і стандартів міжнародного права на становлення, удосконалення і розвиток національної системи права². Процес утвердження пріоритету прав людини, перетворення їх гарантій на реально існуючі, а не декларативні є важливою інституційною гарантією становлення демократії в Україні, адже «принципи справжньої демократії, прав людини і верховенства права як основоположні європейські ідеали належать до цінностей, що становлять спільну спадщину європейських народів»³, до яких належить і Україна.

¹ Див.: Руда К. М. Адаптація адміністративного законодавства України у сфері охорони особистих прав громадян до норм Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / К. М. Руда. – Х., 2004. – С. 12.

² Див.: Олефіренко Е. О. Адміністративно-правові гарантії реалізації прав і свобод громадян : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. О. Олефіренко. – Ірпінь, 2006. – С. 1.

³ Див.: Головатий С. П. Верховенство права: Ідея. Доктрина. Принцип : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2008. – С. 23.

Правові інститути забезпечення прав і свобод людини і громадянина, незважаючи на те, що питання їх становлення та ефективного функціонування є надзвичайно актуальними протягом останніх років, цілісної загальнотеоретичної характеристики у вітчизняній юридичній науці не отримали. Сьогодні існує потреба у визначенні місця правових інститутів забезпечення прав і свобод людини і громадянина у правовій системі держави, встановленні їх співвідношення з такими поняттями, як способи захисту прав і свобод, їх гарантії, принципи і стандарти забезпечення тощо, розмежування понять «забезпечення», «захист», «охорона», «реалізація» з іншими близькими до них за значенням поняттями.

Під гарантіями прав і свобод людини і громадянина традиційно розуміється система загальних (політичних, економічних, духовних та ін.) і спеціально-юридичних засобів та інститутів, спрямованих на створення умов для реалізації прав людини, а також забезпечення їх всебічної охорони та захисту від порушень¹.

Гарантії прав і свобод виражають досягнутий рівень розвитку сфер життя як окремо взятої особи, так і суспільства в цілому. Їм притаманні такі ознаки: нормативність, формальна визначеність, системність, фундаментальність, безперервність дії, значущість, забезпеченість державою, універсальність, пріоритетність, індивідуальність дії².

Гарантії прав і свобод людини та громадянина є системою норм, принципів та вимог, які забезпечують процес дотримання прав та законних інтересів людини. Призначенням гарантій є забезпечення найсприятливіших умов для реалізації конституційно закріпленого статусу людини. Таким чином, гарантії є засобом, що забезпечує перехід від передбачених конституцією можливостей до реальної дійсності³.

В юридичній літературі існує такий розподіл інституційних гарантій: а) за видами прав і свобод людини і громадянина — гарантії економічних прав, політичних прав; соціальних прав; громадянських прав; ідеологічних прав; культурних прав; б) залежно від території поши-

¹ Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 456.

² Див.: Магновський І. Й. Гарантії прав і свобод людини та громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Й. Магновський. – К., 2003. – С. 12.

³ Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / відп. ред. О. Зайчук ; наук. ред. Н. Оніщенко. – К., 2006.

рення — внутрішньодержавні гарантії, які розподіляються на державні, локальні і корпоративні та міжнародні гарантії, які підрозділяються на всесвітні та регіональні; в) залежно від того, якими соціальними нормами вони встановлені, — нормативно-правові і нормативно-неправові; г) залежно від форми закріплення в нормативних актах — конституційні й галузеві; д) залежно від характеру правових норм — матеріальні й процесуальні; е) за способом викладення в нормативно-правових актах — прості, складні і змішані; ж) залежно від того, які органи залучаються до захисту прав і свобод людини, — судові і несудові; з) залежно від функціональної спрямованості — гарантії реалізації, гарантії охорони і гарантії захисту прав і свобод людини і громадянина¹.

Слід погодитися з тим, що теоретико-правове поняття гарантій прав і свобод людини — явище історичне, тому що їх розвиток завжди передбачав історичну спадкоємність уявлень про них із минулими поглядами на людину як на учасника соціального життя². Як показує міжнародний досвід, ефективність гарантій основних прав і свобод людини та громадянина залежить від рівня розвитку правових інститутів демократії, стану економіки, засобів розподілу життєвих благ, правотворчої діяльності в суспільстві, рівня правового виховання і культури населення, ступеня суспільної злагоди, наявності належного функціонування державної влади та ін. Існування ефективної системи забезпечення прав людини є не лише однією з ознак правової держави, а й способом її існування, коли правова державність забезпечується шляхом ряду фундаментальних правових принципів, що закріплюються на найвищому конституційному рівні, і які групуються навколо центральної ідеї пріоритету та безумовної цінності прав і свобод людини³. Саме це зумовлює потребу дослідження поряд із гарантіями прав людини ще й інститутів їх забезпечення.

Так, інститути забезпечення та функціонування прав і свобод людини і громадянина мають розглядатися як певні показники цих прав,

¹ Див.: Заворотченко Т. М. Конституційно-правові гарантії прав і свобод людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Т. М. Заворотченко ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2002. – С. 4.

² Див.: Магновський І. Й. Гарантії прав і свобод людини та громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Й. Магновський. – К., 2003. – С. 11.

³ Див.: Пушкіна О. В. Конституційний механізм забезпечення прав людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02 / О. В. Пушкіна ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 19.

які заохочують або зобов'язують держави¹, регламентують права і свободи людини в конкретній сфері її життєдіяльності, визначаючи, які зобов'язання держави можуть чи мають брати на себе для забезпечення людських прав, якими гарантіями підкріплені ці права і свободи, ступінь обов'язковості закріплення їх вимог у національних правових актах тощо².

В умовах глобалізації дедалі більшого значення набувають міжнародні механізми забезпечення прав людини як сукупність принципів, норм, правил та процедур, які встановлені на рівні міжнародного права і дотримуються державами у процесі їхньої внутрішньої та зовнішньої діяльності в галузі прав людини, а також система міжнародних інститутів, покликаних сприяти контролю за дотриманням прав людини, їх захисту та забезпеченню³.

Особливістю міжнародно-правових інститутів забезпечення прав і свобод людини і громадянина є те, що вони встановлюються спільними зусиллями держав за їх взаємною згодою і закріплюються у відповідних міжнародно-правових угодах та актах⁴. Саме тому однією з ознак міжнародних правових інститутів забезпечення прав і свобод людини і громадянина, які відрізняють їх від національних інститутів забезпечення, є їх універсальність. Вона відображена в окремих нормах міжнародних договорів з прав людини, зокрема, ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права закріплює, що кожна держава повинна поважати і забезпечувати усім особам на своїй території надані права, без будь-яких відмінностей на основі расової приналежності, кольору шкіри, статі, мови, релігійних та інших поглядів, національного або соціального походження, майнового або іншого статусу.

Сутність універсальності інститутів забезпечення та функціонування політичних прав і свобод полягає у тому, що вони є єдиними для усіх держав, які приєдналися до відповідного міжнародного акта (у разі якщо останній є джерелом їх закріплення), а вимоги, що вста-

¹ Див.: Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посіб. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. – К., 2004. – С. 19.

² Див.: Буткевич В. Г. Міжнародне право: Основні галузі права / В. Г. Буткевич. – К., 2004. – С. 208.

³ Див.: Пушкіна О. В. Конституційний механізм забезпечення прав людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02 / О. В. Пушкіна. – Х., 2008. – С. 28.

⁴ Див.: Пастухова Л. В. Ефективність міжнародно-правових засобів забезпечення реалізації Конвенції про захист прав і основних свобод людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Л. В. Пастухова ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – С. 5.

новлюються ним, мають однаковий ступінь імперативності, незалежно від того, у якій державі вони застосовуються. Всесвітня декларація з прав людини проголошує, що всі права людини універсальні, неподільні, взаємозв'язані й взаємозалежні. Міжнародне співтовариство повинно ставитися до прав людини глобально, на справедливій і рівній основі, з однаковим підходом й увагою. Слід враховувати значення національної і релігійної специфіки, різних історичних, культурних і релігійних особливостей, отже, держави, незалежно від політичних, економічних і культурних систем зобов'язані заохочувати й захищати усі права людини й основні свободи.

Важливу роль у становленні й розвитку інститутів забезпечення прав і свобод людини і громадянина відіграють міжнародні організації. Функції та повноваження головних і спеціалізованих органів ООН у сфері прав людини складаються з міжнародно-правових документів про права людини та загальних рекомендацій із цієї проблеми, із здійснення опосередкованого контролю за реалізацією державами взятих на себе зобов'язань, а також полягають у діяльності з надання інформації і техніко-гуманітарної допомоги¹.

Формування міжнародних стандартів прав людини відбувається шляхом: а) прийняття багатосторонніх договорів; б) прийняття актів органами ООН; в) здійснення процедур, які передбачають реалізацію заходів, спрямованих на досягнення певного прогресу у сфері прав людини; г) винесення рішень та консультативних висновків Міжнародним Судом ООН з метою з'ясування змісту принципів та норм у міжнародному праві прав людини².

Найбільш значущими джерелами закріплення міжнародних стандартів прав людини як основоположного орієнтира у функціонуванні інститутів забезпечення та функціонування прав і свобод людини і громадянина є Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, Конвенція про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, Конвенція про захист прав дитини, інші міжнародні договори, що є правовою основою діяльності конвенційних органів ООН.

У той же час слід погодитись із твердженням, що права людини можуть виступати універсальною правовою цінністю навіть за умов

¹ Див.: Шкуратенко О. Участь України в ООН по законодавчому визначенню міжнародних стандартів прав і свобод людини / О. Шкуратенко // Право України. – 2002. – № 3. – С. 59.

² Див.: Бурлак О. В. Поняття міжнародного стандарту в міжнародному праві прав людини / О. В. Бурлак // Держава і право. – Вип. 33. – С. 511.

неприйняття окремими державами універсальності прав як конкретних формулювань міжнародно-правових актів, адже це не виключає універсальності ідеї прав людини як міри її свободи та рівності, що формується на основі уявлень про справедливість. Співвідношення універсальності та культурної особливості прав людини не є усталеним, а постійно змінюється, що пов'язано з динамікою суспільних відносин, зокрема у сфері визнання та реалізації прав¹. У цьому випадку забезпечення прав і свобод людини і громадянина є завданням національних правових інститутів, формування й ефективне функціонування яких є на сьогодні пріоритетним завданням кожної демократичної держави.

Отже, правові інститути забезпечення прав і свобод людини і громадянина є окремими правовими категоріями, які мають універсальний характер та регламентують права і свободи людини в конкретній сфері її життєдіяльності, визначаючи, які зобов'язання повинні виконувати держави для забезпечення людських прав та якими гарантіями підкріплені ці права і свободи.

¹ Див.: Разметаєва Ю. С. Права людини як фундаментальна цінність громадянського суспільства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ю. С. Разметаєва ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – С. 10.

С. Погребняк, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Генезис ідеї рівності як основоположного принципу права

Ідею права нерідко розглядають як історію прогресуючої еволюції змісту, обсягу, масштабу і міри формальної (правової) рівності при збереженні самого цього принципу як принципу права взагалі. При цьому підкреслюється, що різним етапам історичного розвитку свободи і права в людських відносинах притаманні свій масштаб і своя міра свободи, своє коло суб'єктів і відносин свободи і права, інакше кажучи — свій зміст принципу формальної (правової) рівності. Отже, зазначається, що принцип формальної рівності являє собою постійно притаманний праву принцип зі змістом, що історично змінюється¹.

Рівне ставлення до усіх, хто належить до певної загальноновизнаної групи людей (наприклад, один тип ставлення — до дітей, інший — до дорослих), утворює обов'язкову вимогу для будь-якої системи правового порядку². Тому природно, що рівність передбачає вимогу поводитись в однакових випадках однаковим чином, а у відмінних випадках — відмінним. Обґрунтування цієї формули, характерної для права всіх часів, можна знайти ще у Платона (для нерівних рівне стало би нерівним)³ і Арістотеля (рівність для рівних, нерівність для нерівних)⁴. Фактично вона забороняє дискримінацію як одне з найочевидніших порушень принципу рівності.

Інша річ, що суспільні уявлення про відмінності та загальноновизнані групи суттєво відрізняються залежно від історичної епохи. Так, в античні часи вважали, що люди нерівні і їх не можна зробити рівними. Рівність усіх перед законом не існувала не лише де-факто, її не було навіть в ідеальному вимірі⁵. Показовою щодо цього є думка Аріс-

¹ Див.: Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсесянц. – М., 2002. – С. 28.

² Див.: Шек Г. Зависть: теория социального поведения : пер. с англ. / Г. Шек. – М., 2008. – С. 336.

³ Платон. Законы / Платон // Соч. : в 4 т. : пер. с древнегреч. – СПб., 2007. – Т. 3. – Ч. 2. – С. 248.

⁴ Арістотель. Політика : пер. з давньогрец. / Арістотель. – К., 2003. – С. 78.

⁵ Історія європейської ментальності : пер. з нім. / за ред. П. Дінцельбахера. – Львів, 2004. – С. 44.

тотеля про те, що чоловік і жінка, раб і вільна особа мають різну природу і не можуть бути рівними¹. У свою чергу Цицерон наполягав на тому, що рівність є несправедливою, якщо вона не враховує ступенів у соціальному стані особи². У Середні віки також ніхто не виходив із того, що всі люди рівні, а навпаки, із того, що вони різні за своєю значущістю, принаймні у земному житті. Причому в Середні віки не існувало навіть рівності в публічному просторі, тобто просторі за межами сім'ї, за межами «дому». На відміну від античного полісу, де глави сімей як громадяни діяли на рівних засадах, у середньовічному суспільстві глави сімей не є рівними, вони утворюють ланцюг, який, за висловом Токвіля, протягнувся від селянина до короля³. На цих відмінностях у рамках загальної згоди і ґрунтується ієрархічна, а не егалітарна будова суспільства, а також сприйняття його як ієрархічної структури⁴.

Тому цілком зрозуміло, що античне і середньовічне право, поза всяким сумнівом, були глибоко диференційованими нормативними системами зі значною кількістю стратифікаційних ознак (стать, релігійні переконання, етнічне та соціальне походження, майновий стан, місце проживання тощо). Таким чином, античне і середньовічне право не знали загальної рівності.

У ці часи ми можемо побачити лише окремі прояви цієї ідеї. Наприклад, висловлюється думка, що принцип рівності діяв у Мойсеєвій державі: тут всі її громадяни брали участь у договорі з Йоговою при створенні держави, і всі мали користуватися рівними правами. Громадянська рівність обумовлювалася рівністю перед законом. Оскільки законодавцем є Йогова, перед яким усі рівні, то й закони Його для всіх однакові⁵. «Закон єдиний і одні права хай будуть для вас і для прихोцька, який проживає у вас» (Числ. XV, 16; 29. Лев. XXIV, 22. Вих. XII, 49).

У Середні віки ідея рівності знаходить свій вияв в інституті комуні, що являв собою конфедерацію, яка заснована на зобов'язанні вза-

¹ Арістотель. Політика : пер. з давньогрец. / Арістотель. – К., 2003. – С. 18, 22, 31.

² Цицерон Марк Туллий. О государстве / Марк Туллий Цицерон // Диалоги: О государстве; О законах : пер. с лат. – М., 1966. – С. 22.

³ Див.: Манан П. Общедоступный курс политической философии : пер. с фр. / П. Манан – М., 2004. – С. 216.

⁴ Історія європейської ментальності. – Львів, 2004. – С. 57.

⁵ Див.: Лопухин А. П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемым с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым / А. П. Лопухин ; под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. – М., 2005. – С. 181.

емної лояльності між рівними — *conjuratio*. Міська *conjuratio* була аномалією в Середньовіччі, оскільки на відміну від ієрархічних феодалних васально-ленних зобов'язань втілювала в собі зовсім новий принцип — громаду рівних¹. Іншим прикладом реалізації моделі рівності у Середньовіччі може служити монастирська громада, де кожний монах капітулу має рівний голос: він втілюється в білому або чорному бобі, що означає «за» чи «проти»².

Заперечення відмінностей між людьми набуває основоположного значення лише за Нового часу. Ідея рівності всіх представників людства формується в протистоянні двом аспектам нерівності, що оскаржуються, — нерівності по лінії «свої–чужі», що розмежовувала людей, які належать до різних общин, релігій, націй тощо, та нерівності по лінії «вищі–нижчі», що розподіляє представників однієї спільноти за принципом природної ієрархії³.

Одним із перших, хто висловив припущення, що всі люди є рівними за своїми фізичними і моральними якостями, і в дійсності не наділені будь-якими особливими характеристиками, як-от: сила, особлива мудрість чи божественна милість, — був Т. Гоббс. «Природа зробила всіх людей рівними у здібностях тіла і розуму, — зазначав видатний англійський філософ, — і якщо навіть інколи і знайдеться хтось, тілом набагато міцніший або розумом швидший за всіх інших, усе ж таки на загал ця відмінність однієї людини від іншої не настільки значна, щоб одна якась людина могла на цій підставі претендувати на якесь благо для себе, на яке так само не могла б претендувати й інша людина»⁴. Він вважається першим політичним мислителем з античних часів, який заснував на цій вірі свою систему⁵.

Пізніше ідея того, що люди народжуються рівними, була сприйнята Дж. Локком і підхоплена Вольтером, Т. Пейном та ін. Так, на думку Дж. Локка, стан, притаманний усім людям від природи, — це стан повної свободи і рівності. «Нікому не належить більше, ніж іншим: бо ніщо не є настільки очевидним, — аргументував класик лібералізму, —

¹ Див.: Андерсон П. Переходи от античности к феодализму : пер. с англ. / П. Андерсон. – М., 2007. – С. 190.

² Див.: Ле Гофф Ж. Рождение Европы : пер. с фр. / Ж. Ле Гофф. – СПб., 2007. – С. 172.

³ Див.: Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов / А. В. Прокофьев. – Великий Новгород, 2006. – С. 212–213.

⁴ Гоббс Т. Левіафан : пер. з англ. / Т. Гоббс. – К., 2000. – С. 150–151.

⁵ Див.: Кривельд М. ван. Расцвет и упадок государства : пер. с англ. / ван Кривельд М. – М., 2006. – С. 232.

ніж те, що створіння одного виду та класу ... мають бути також рівними між собою, без будь-якого підпорядкування чи підлеглості...»¹. Природна рівність постає як ідея, яку необхідно знайти знову, поновити наперекір успадкованій і умовній соціальній нерівності. Цінність загальної рівності значною мірою була посилена завдяки ідеї автономії, сформульованої І. Кантом. Він вважав, що всі люди рівні у своїй здатності до автономії, що моральна відповідальність і людська гідність також ґрунтуються на цій здатності і що моральність вимагає рівної поваги до кожного, здатного на таку автономію².

Слід також підкреслити, що значний внесок у поширення ідеї загальної рівності належить християнству. У Новому Завіті міститься славнозвісний вислів: «Тим то немає грека, ні юдея, ні обрізання, ні необрізання, ні варвара, ні скіфа, ні невольника, ні вільного, а все й у всьому — Христос» (Кол. 3:11), який традиційно тлумачать як упевненість щодо рівності людей³.

На Заході саме християнство вперше утвердило принцип універсальності людської гідності — принцип, який був принесений з небес і перетворений Просвітництвом у мирську доктрину універсальної рівності людей⁴. Так, відповідно до протестантських богословських доктрин через те, що всі люди рівні перед Богом, вони повинні бути рівними також перед політичними агентами Бога, що діють у державі. Оскільки Бог наділив усіх людей природним правом на життя і свободу переконань, держава мусить гарантувати їм такі ж громадянські права⁵. Тому Реформація разом із ренесансним гуманізмом і пізньою схоластикою вторувала шлях для настання докорінного перелому в уявленні про людину, який прискорив визнання рівної гідності всіх

¹ Локк Дж. Два трактати про врядування : пер. з англ. / Дж. Локк. – К., 2001. – С. 131.

² Див.: Кекес Д. Зasadничі цінності лібералізму / Д. Кекес // Лібералізм : Антологія ; упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К., 2002. – С. 109.

³ Заради об'єктивності, слід підкреслити, що в Новому Завіті можна знайти й натяки на земну нерівність людей. Ще більш заплутаним у Новому Завіті є підхід до становища жінки. Християнська оцінка нерівності кардинально змінюється лише за часів Реформації. Аналіз цих проблем див.: Шнакенбург Р. Етичне послання Нового Завіту : пер. з нім. / Р. Шнакенбург. – К., 2005. – С. 284–292.

⁴ Див.: Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціального порядку : пер. з англ. / Ф. Фукуяма. – Львів, 2005. – С. 290.

⁵ Див.: Вітті Д., мол. Християнство і демократія у глобальному контексті / Д. Вітті, мол. // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти : у 2 т. – Львів, 2000. – Т. 1. – С. 45.

людей¹. Сьогодні християнська доктрина обґрунтовує рівність людей тим, що люди створені за образом єдиного Бога і наділені однаковою розумною душею. У всіх людей одна й та сама природа і одне й те саме походження. Вони відкуплені жертвою Христа і покликані брати участь у божественному блаженстві: всі наділені рівною гідністю².

В епоху буржуазних революцій загальну рівність розуміли насамперед як *рівність можливостей*, тобто як ідею, згідно з якою кожному індивіду повинні бути гарантовані однакові шанси досягти успіхів у житті³. Поняття рівності можливостей уперше набуло свого теоретичного обґрунтування у Платоновій «Державі», система освіти в якій будується на тому, щоб дати однаково обдарованим і здібним дітям рівні шанси на здобуття нерівних позицій у суспільстві⁴.

Однак особливої популярності ця концепція, яка може бути виражена фразою «la carrere ouverte aux talents» (фр. — кар'єра, відкрита талантам), набула саме в Новий час. Її прихильники вимагали усунення штучних перешкод шляхом скасування всіх привілеїв, встановлених для окремих осіб. Вони виходили з пріоритетності індивідуальних досягнень, обумовлених лише здібностями особи, а не її походженням, національністю, кольором шкіри, релігією, статтю тощо, і прагнули правовими методами забезпечити вільну конкуренцію, коли всі знаходяться в рівних умовах і грають за однаковими правилами. Ця ідея знайшла своє втілення у ст. 6 Декларації прав людини і громадянина 1789 року: «Усі громадяни <...> мають рівний доступ до всіх постів, публічних посад і занять відповідно до їх здібностей і без будь-яких відмінностей, крім тих, що обумовлені їх чеснотами і здібностями»⁵. Іншими словами, всі стартують з однієї лінії з рівними шансами на успіх, що будь-які накопичувані з часом розходження є результатом прояву здібностей, талантів, ініціативи, напруженої праці й, можливо, щасливого збігу обставин⁶. Для ілюстрації відсутності рівності можливостей часто використовують образ змагань бігунів: забіг, в якому

¹ Див.: Губер В. Права людини і біблійна правова думка / В. Губер // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти : у 2 т. – Львів, 2000. – Т. 1. – С. 89.

² <http://www.krotov.info/acts/20/2vatican/1699.htm>

³ Див.: Джадда К. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США : пер. с англ. / К. Джадда, Д. М. Берри, Д. Голдман, К. В. Хула. – М., 2006. – С. 46.

⁴ Енциклопедія політичної думки : пер. з англ. – К., 2000. – С. 340.

⁵ Антологія мирової правової думки : в 5 т. / рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М., 1999. – Т. 3 : Европа. Америка: XVII–XX вв. – С. 246.

⁶ Див.: Дай Т. Р. Основи державної політики : пер. з англ. / Т. Р. Дай. – Одеса, 2005. – С. 340–341.

хтось стартував би ближче до фінішу, ніж інші, був би нечесним, так само як і забіг, в якому деяких з учасників примусили би бігти з вантажем на плечах або з камінцями у кросівках¹. До речі, саме рівність пояснює те величезне символічне значення, яке посідає спорт в універсумі нашого суспільства². Така рівність можливостей за своїм характером є, поза всяким сумнівом, формальною.

Тому зрозуміло, що починаючи принаймні із середини XVIII ст. став наростати рух за правову та політичну рівність усіх громадян. Ця вимога потужно промовляє в Декларації незалежності США 1776 р. і Декларації прав людини і громадянина 1789 р. «Ми вважаємо за самоочевидні істини, — констатується в другому абзаці Декларації незалежності, — що всіх людей створено рівними...»³. Французька Декларація починається з проголошення урочистої ідеї: «Люди народжуються і залишаються вільними і рівними у правах»⁴.

Проте навіть у XVIII–XX ст. ідея загальної рівності реалізується у праві з великими проблемами. Достатньо нагадати лише два красномовних факти: загальне виборче право без обмежень за ознаками статі, раси, релігійних переконань, майнового стану та освіти вперше в світі (!) було реалізоване лише в 1893 р. у Новій Зеландії⁵, а доктрина «рівні, але сегреговані» була визнана неконституційною в США тільки в 1954 р. рішенням Верховного Суду США у справі «Браун проти Ради з питань освіти»⁶. Пояснюючи причини цих труднощів, Ф. Гаск зазначає, що сучасна людина може, в принципі, суцільно схвалювати ідеал загальної рівності перед законом, але на практиці вона обмежує його застосування лише тими, кого вона розглядає як собі подібних, і дуже повільно вчиться розширювати коло тих, кого приймає як рівних⁷.

Лише у другій половині XX ст. ця формула набуває широкого світового визнання, знайшовши своє юридичне закріплення у ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р.: «Усі люди народжуються вільними

¹ Див.: Нозик Р. Анархия, государство и утопия : пер. с англ. / Р. Нозик. – М., 2008. – С. 295.

² Див.: Гоше М. Демократія проти себе самої : пер. з фр. / М. Гоше. – К., 2006. – С. 146.

³ Антология мировой правовой мысли : в 5 т. – Т. 3. – С. 227.

⁴ Там само. – С. 246.

⁵ Див.: Валадес Д. Контроль над властью : пер. с испан. / Д. Валадес. – М., 2006. – С. 59.

⁶ Громадянські права. Рішення Верховного Суду США. XX століття : пер. з англ. / за ред. М. Гаррісон і С. Гілберта. – К., 2005. – С. 115.

⁷ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики : пер. с англ. / Ф. А. фон Хайек. – М., 2006. – С. 226.

і рівними у своїй гідності і правах»¹. Зрозуміло, що для реалізації принципу загальної рівності принципове значення має *заборона дискримінації* (від лат. *discriminatio* — розрізнення). Відхилення від стандарту загальної рівності, надання суб'єктам, виходячи з будь-яких відмінностей, різного захисту з боку закону чи суду, запровадження різних прав, свобод і обов'язків за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних та інших переконань, етнічного та соціального походження, майнового та іншого стану оголошуються поза законом. Тому право всіх людей на рівний захист від такої дискримінації, як логічне продовження ідеї рівності всіх людей у своїй гідності і правах, було передбачене у ст. 2 і ст. 7 Загальної декларації прав людини 1948 р. Право на захист від дискримінації — це «свідома відмова від історії і традиції»².

Проте після утвердження ідеї загальної рівності як принципу права перед суспільствами знову постає питання про відмінності, яке має враховувати право. Аналіз рівності тепер обертається навколо осмислення того, яким має бути рівне ставлення до людей, що різняться у важливих аспектах. Це питання, що є «класичним парадоксом» (В. Ренквіст), переміщує інтерпретацію рівності з першої половини Аристотелевої формули до другої половини — від ідеї, що подібні випадки слід розглядати подібним же способом, до ідеї, що відмінні випадки слід трактувати залежно від їхньої відмінності³. Слід підкреслити, що такий поворот не можна вважати поверненням до античної і середньовічної традиції. Принципова відмінність між ними полягає в тому, що сучасне право вимагає однакового ставлення до всіх людей у найважливіших сферах (насамперед у сфері забезпечення основних прав, свобод і обов'язків) і дозволяє справедливу диференціацію правового регулювання лише в окремих питаннях. Пояснення цьому досить просте: всі люди володіють основними (фундаментальними) правами і володіють ними рівною мірою, тому що ці права пов'язані з ознаками людського роду, стосовно яких всі людські істоти є рівними⁴.

Такі зміни обумовлені насамперед трансформаціями, що відбуваються в самому розумінні рівності можливостей у ХХ ст. Цим змінам передуює відома дискусія між лібералами і соціалістами щодо свободи

¹ Международные акты о правах человека : сб. док. – М., 1999. – С. 39.

² Див.: Хайнце Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека : пер. с англ. / Э. Хайнце. – М., 2004. – С. 240.

³ Див.: Гелд В. Права / В. Гелд // Антологія феміністичної філософії : пер. з англ. ; за ред. Е.М. Драгер та А.М. Янг. – К., 2006. – С. 599.

⁴ Див.: Кекес Д. Зasadничі цінності лібералізму / Д. Кекес. – С. 114.

і рівності. Так, у XVIII ст. критика соціальної нерівності була спрямована насамперед проти соціальних наслідків політичної нерівності, тому основним гаслом боротьби проти старого режиму була вимога рівних свобод. У XIX ст. люди почали усвідомлювати соціальну нерівність іншого ґатунку. Місце тієї нерівності, яке породжене політичними привілеями, було зайняте іншою нерівністю — йдеться про соціальні наслідки нерівного розподілу такої влади, що здійснюється не політично, а економічно¹. За допомогою подібних аргументів Маркс і Енгельс викривали буржуазний правопорядок як несправедливий, як такий, що передбачає формально рівний масштаб до нерівного². Завдяки цьому люди почали усвідомлювати, що рівність можливостей у її класичній (ліберальній) інтерпретації призведе до неоднакових наслідків. У суспільстві стає зрозумілим, що немає більшої несправедливості, ніж поводитися однаково з тим, що фактично неоднакове. Наприклад, Анатоль Франс знущався з «величної рівності закону, що забороняє як багатіям, так і бідним, спати під мостами, просити на вулицях і красти хліб»³. Унаслідок цього набуває популярності інша егалітарна концепція, яка, використовуючи гасло «справедлива частка для всіх», інтерпретує рівність як необхідність забезпечити *рівність результатів* шляхом справедливого розподілу. Цей вид рівності можливий лише за умови обмеження вільної конкуренції, що лежить в основі рівності можливостей⁴. Вона означає рівне розподілення доходів, робочих місць, контрактів і матеріальних винагород незалежно від чіхось життєвих умов: усі починають і завершують гонку разом, незалежно від здібностей, таланту, ініціативи або праці⁵.

Під впливом альтернативної концепції (рівності результатів) сучасна концепція рівності доповнює класичну ідею формальної рівності можливостей ідеєю створення реальних можливостей для членів суспільства конкурувати з іншими його членами, причому з достатніми шансами на успіх — шляхом нейтралізації соціальної нерівності через право⁶. Так, на порядку денному з'являється новий — соціальний —

¹ Див.: Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью / Ю. Хабермас. – М., 1995. – С. 42.

² Маркс К. Критика готской программы / К. Маркс, Ф. Энгельс // Избр. произв.: в 3 т. – М., 1986. – Т. 3. – С. 15.

³ Гаек Ф. А. Конституція свободи : пер. з англ. / Ф. А. Гаек. – Львів, 2004. – С. 105, 241.

⁴ Див.: Джадда К. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / К. Джадда, Д. М. Берри, Д. Голдман, К. В. Хула. – М., 2006. – С. 496.

⁵ Див.: Дай Т. Р. Основи державної політики / Т. Р. Дай. – Одеса, 2005. – С. 341.

⁶ Див.: Ортіс Л. Суперечність рівності можливостей / Л. Ортіс // Про рівність статей : пер. з фр. ; за заг. ред. М. де Манасейн. – К., 2007. – С. 189–190.

аспект рівності¹. Для забезпечення подібних реальних можливостей необхідно насамперед гарантувати справедливий розподіл соціальних благ між конкуруючими сторонами. Водночас слід розуміти, що справедливий розподіл соціальних благ зовсім не вимагає їх рівномірного розподілу; він радше вбачає забезпечення рівності можливостей у чомусь на зразок «вирівнювання ігрового поля», з тим, щоб зробити конкуренцію за ресурси справедливою, а не тільки досягти їх більш рівномірного розподілу². Крім того, конкурентна система має передбачати існування «нижнього порогу», що визначає стандарт добробуту, на який претендують усі члени суспільства і який розуміють як право жити на рівні цього стандарту, а не як благодійність³. Саме така природна в умовах соціальної держави *діалектика формальної і фактичної (реальної) рівності* дозволяє забезпечити «справедливу рівність можливостей»⁴, яка сьогодні є провідною інтерпретацією ідеї рівності. Фактично — це наступний крок у розвитку принципу рівності після заборони дискримінації за будь-якими ознаками. У цьому вигляді вона і знаходить свій вияв у сфері правового регулювання. Відштовхуючись від ідеї чесної рівності можливостей, сучасне право повинно гарантувати справедливий баланс між вимогами формальної і фактичної рівності.

¹ Див.: Парсонс Т. Система современных обществ : пер. с англ. / Т. Парсонс. – М., 1998. – С. 113.

² Див.: Шраг Л. Рівні можливості / Л. Шраг // Антологія феміністичної філософії : пер. з англ. ; за ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. – К., 2006. – С. 664–665.

³ Див.: Парсонс Т. Система современных обществ / Т. Парсонс. – С. 114.

⁴ Див.: Ролз Дж. Теорія справедливості : пер. з англ. / Дж. Ролз. – К., 2001. – С. 116–117.

ПИТАННЯ

КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

О. Скрипнюк, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, за-служений юрист України, керівник відділу міжнародних наукових зв'язків НАПрН України

Специфіка конституційно-правових відносин в Україні

Оскільки конституційно-правові відносини пов'язані переважно з дією чи поведінкою учасників конституційно-правових відносин або настанням змін у їх правовому статусі, то логічним буде передбачити, що основним елементом конституційно-правових відносин є суб'єкти конституційного права України. Специфіка суб'єктів конституційного права України полягає в тому, що на відміну від суб'єктів інших галузей права вони відрізняються своєю багатоманітністю. Якщо для більшості галузей приватного права основними суб'єктами є переважно фізичні та юридичні особи, то конституційному праву України властиве широке коло учасників відповідних правовідносин. До того ж суб'єкти конституційно-правових відносин перебувають як у субординаційних, так і в координаційних стосунках. Під суб'єктами конституційно-правових відносин ми розуміємо учасників конституційно-правових відносин, наділених відповідно до Конституції України та законів України суб'єктивними конституційними правами та юридичними обов'язками. Свого часу В. Мелашенко, відзначаючи нерівність суб'єктів конституційно-правових відносин, розрізняв такі суб'єкти, як: Український народ; громадяни України та іноземці; Українська держава; органи державної влади України; народні депутати та посадові й службові особи; політичні партії та громадські організації; територіальні громади, органи та інші суб'єкти місцевого самоврядування; адміністративно-територіальні одиниці, передбачені Конституцією та законами; державні, комунальні, приватні та інші підприємства, установи й організації, навчальні й інші заклади.

Цей погляд набув розвитку в дослідженнях інших вітчизняних правознавців. Зокрема, Ю. Тодика справедливо наполягав на необхідності й доцільності віднесення до суб'єктів конституційно-правових відносин судів, органів прокуратури, Національного банку України та деяких інших суб'єктів¹. Інші вітчизняні дослідники наразі відносять до суб'єктів конституційно-правових відносин: 1) соціальні спільноти (народ, нація, національні меншини, корінні народності, територіальні громади тощо); 2) державу, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, депутатів, службових та посадових осіб; 3) політичні партії, громадські організації та блоки (асоціації); 4) громадян України, іноземців, осіб без громадянства, жителів, біженців; 5) підприємства, установи, організації; 6) міжнародні органи і організації; 7) органи самоорганізації населення; 8) засоби масової інформації (ЗМІ). Хоча навіть це досить широке коло суб'єктів конституційно-правових відносин не є вичерпним, оскільки в умовах конституційно-правової реформи 2004–2010 років коло суб'єктів конституційно-правових відносин розширилося. Поряд із судами загальної юрисдикції, які нині стали активними учасниками конституційного процесу, виникли принципово нові для України суб'єкти конституційного права — парламентська коаліція і парламентська опозиція. У суто теоретичному плані парламентська коаліція може бути визначена як об'єднання партій або блоків, яке має більше депутатських місць у парламенті, ніж інші партії (блоки), але жодна з них не має більше половини від загальної кількості членів парламенту, що не дозволяє сформулювати однопартійний уряд. Виходячи з цього критерію, можна сформулювати і визначення парламентської опозиції².

Практично кожному окремо взятому суб'єкту конституційного права властиве своє коло суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, які в своїй взаємодії утворюють конституційну правосуб'єктність. Свого часу відомий радянський теоретик права С. Алексєєв писав, що категорії «суб'єкт права» і «правосуб'єктність» за своїм основним значенням є тотожними, але таке твердження вимагає свого уточнення стосовно різних учасників конституційно-правових відносин³. Зокрема, права суб'єктів конституційно-правових відносин визначаються

¹ Конституційне право України / за ред. Ю. М. Тодики, В. С. Журавського. – К., 2002. – С. 26.

² Парламентский глоссарий / авт.-сост. А. Х. Саидов, Т. Я. Хабриева. – М., 2008. – С. 239–240.

³ Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х., 2009. – С. 91.

можливістю певної діяльності або поведінки, набуття, володіння, користування певними політичним та іншими цінностями. Такі права традиційно закріплюються в їх компетенції, встановленій Конституцією України та законами України. Наприклад, ст. 85 Конституції України визначає повноваження Верховної Ради України, ст. 106 — Президента України тощо. Обов'язки суб'єктів конституційно-правових відносин — це нормативно визначена міра належної діяльності або поведінки учасників конституційних правовідносин.

Безумовно, найважливішим учасником конституційно-правових відносин є Український народ. Відповідно до Преамбули Конституції України Український народ — це громадяни України всіх національностей. Згідно зі ст. 5 Основного Закону, Український народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади. Як і всі інші учасники конституційних правовідносин, народ України наділений конституційною правосуб'єктністю. Конституційна правоздатність народу України виражається у системі його конституційних прав і обов'язків, а конституційна дієздатність — у здатності реалізовувати ці конституційні права і обов'язки. При цьому конституційна правоздатність і дієздатність Українського народу є неподільною — існування конституційних прав і обов'язків народу України, на підставі закріплення в Конституції України принципу народного суверенітету, передбачає й достатність в Українського народу влади і волі до реалізації цих прав і обов'язків. Виходячи з цього, можна стверджувати, що правосуб'єктність Українського народу, а особливо його конституційна дієздатність, була повною мірою реалізована у 1991 р., коли після урочистого проголошення Акта незалежності України від 24 серпня 1991 р. та його утвердження на Всеукраїнському референдумі 1 грудня 1991 р. Україна була визнана самостійним суб'єктом міжнародних правовідносин. Зміст конституційної правосуб'єктності Українського народу визначається його правами і обов'язками. Найбільш важливими для визначення галузевої специфіки конституційного права є політичні права Українського народу. Так, згідно зі ст. 5 Основного Закону, Український народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування і саме Українському народові належить виключне право визначати і змінювати конституційний лад України, яке не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Фактично саме це положення Конституції України лежить в основі всієї системи демократичного врядування в Україні, оскільки демократизм держав-

ного ладу — це передусім гарантії народного суверенітету і народовладдя. Свого часу про це писав Ф. Тарановський, який абсолютно справедливо зазначав, що лише конституційне закріплення за народом права реалізовувати установчу владу, а також права обирати до законодавчих органів влади своїх представників лежить в основі формування демократичного ладу¹. Заслуговує на увагу позиція, відповідно до якої першою й неодмінною умовою постання правової і демократичної держави є визнання і гарантування народного суверенітету та народовладдя, яке може реалізовуватися завдяки існуючим у сучасній політико-правовій практиці формам безпосередньої демократії. При цьому слід мати на увазі, що такі поняття, як «народовладдя» і «державність» не є протилежними одне одному за змістом. Тут можна навести думку О. Тодика, яка зазначає: «Зв'язок між державністю і народовладдям проявляється в тому, що однією з основних функцій держави є забезпечення народовладдя. Ця функція реалізується через прийняття якісного законодавства, що регламентує здійснення форм безпосередньої та представницької демократії, створення організаційних та інших умов проведення виборів, референдумів тощо»².

Отже, за Конституцією України народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдуми та інші форми безпосередньої демократії (ст. 69 Основного Закону). Більше того, Рішення Конституційного Суду України № 6-рп від 05.10.2005 р. (справа про здійснення влади народом) чітко визначає рішення народу, прийняті на виборах і референдумах, обов'язковими. Указане Рішення Конституційного Суду України закріплює за народом право на прийняття нової Конституції України на всеукраїнському референдумі. Таким чином, Конституція України закріплює насамперед політичні права народу України, тобто можливість легітимно здійснювати своє повновладдя. У політичній сфері Український народ, як носій суверенітету і єдине джерело влади, має виключне право на утворення держави (право на самовизначення), право визначати і змінювати конституційний лад, визначати основи місцевого самоврядування, право легітимізувати діяльність будь-якої кількості політичних партій і громадських організацій, право на будь-яку форму безпосередньої демократії, за винятком обмежень, прямо визначених Конституцією України.

¹ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права / Ф. В. Тарановский. – Юрьев, 1917. – С. 350–351.

² Тодика О. Ю. Категорія народовладдя в системі інших категорій конституційного права: співвідношення і взаємозв'язок / О. Ю. Тодика // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 2 (37). – С. 41.

Окрім політичних прав, український народ має й виключні економічні права. Зокрема, народ України, згідно зі ст. 13 Основного Закону, виступає первинним суб'єктом владарювання землею, її надрами, атмосферним повітрям, водними та іншими природними ресурсами, які знаходяться в межах території України, природними ресурсами її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони. Український народ також має право на будь-яку економічну та соціальну системи, що вважає найбільш прийнятними для себе, свого існування і розвитку. При цьому український народ може визначати моделі такого розвитку безпосередньо на загальнодержавному референдумі. Наприклад, у більшості країн — учасниць ЄС напередодні вступу до цієї організації народ висловлювався на референдумах щодо перспектив перебування своєї держави у складі ЄС. Але при цьому слід пам'ятати, що референдуми з міжнародних питань у всіх демократичних країнах мають консультативний характер і є своєрідною «правовою консультацією» суб'єктів, уповноважених здійснювати зовнішньополітичні функції держави (глава держави, парламент) з народом стосовно вступу до тієї або іншої міжнародної організації чи виходу з неї. У духовній сфері український народ має право, зокрема, на державну мову, релігію, церкву, національну ідеологію, освіту, науку, на утворення загальнонаціональної та галузевих наукових академій (як правило, вони мають статус національних) тощо. Окрім прав, Конституція України закріплює за українським народом і певні конституційні обов'язки, які вказують міру обов'язкової правової поведінки та діяльності цього суб'єкта конституційно-правових відносин.

Наступним важливим колективним суб'єктом конституційного права є територіальна громада. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування» 1997 р., територіальна громада — це жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають адміністративний центр. Ідеї демократії, конституціоналізму та утвердження місцевого самоврядування є спорідненими не тільки в історичному, а й у теоретичному плані. Свої аргументи на користь такої позиції висловлює і В. Скрипнюк¹. Тому важливими учасниками конституційних

¹ Скрипнюк В. М. Проблеми визначення та правового забезпечення функціонування місцевого самоврядування і становлення демократичної державної влади / В. М. Скрипнюк // *Правова держава : Щорічник наук. пр. Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.* – К., 2007. – Вип. 18. – С. 198–199.

правовідносин є органи та посадові особи місцевого самоврядування. Так, ст. 7 Конституції України визначає, що в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування. Відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» 1997 р. місцеве самоврядування — це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади — жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста — самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції та законів України.

Особливим учасником конституційно-правових відносин є Українська держава. Відповідно до ст. 1 Конституції, Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Конституція України також визначає завдання та цілі Української держави (ст. 3 Конституції України), її форму (статті 5 і 6 Конституції України), а також права та обов'язки у відносинах з іншими суб'єктами конституційно-правових відносин. Суверенітет України, що виражає зміст правосуб'єктності Української держави, поширюється на всю її територію, а сама територія держави в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною. Українська держава виступає гарантом, тобто бере на себе виключні конституційні обов'язки дбати про людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку (ч. 1 ст. 3 Конституції); утверджує і забезпечує права і свободи людини та відповідати перед людиною за свою діяльність (ч. 2 ст. 3 Конституції); гарантує місцеве самоврядування в Україні (ст. 7 Конституції); забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України (ч. 1 ст. 10 Конституції); сприяє вивченню мов міжнародного спілкування (ч. 3 ст. 10 Конституції); сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (ст. 11 Конституції); забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції); охороняє землі, що є основним національним багатством (ч. 1 ст. 14 Конституції); гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України (ч. 4 ст. 15 Конституції) тощо.

Важливим суб'єктом конституційно-правових відносин є органи державної влади, які від імені держави здійснюють її державно-владні

повноваження. Окрім Верховної Ради України і Президента України Конституція та закони України визначають такі органи держави, як: 1) Верховна Рада України (ст. 75 Конституції України); 2) Апарат Верховної Ради України (п. 35 ст. 85 Конституції України); 3) Рахункова палата (п. 16 ст. 85, стаття 98 Конституції України); 5) Рада національної безпеки і оборони (ч. 1 ст. 107 Конституції України); 6) Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим (ст. 139 Конституції України); 7) Кабінет Міністрів України (ч. 1 ст. 113 Конституції України; ст. 1 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»); 8) місцеві державні адміністрації в областях і районах, містах Києві та Севастополі (ч. 1 ст. 118 Конституції України; ст. 1 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»); 9) суди загальної юрисдикції (ч. 1 ст. 125 Конституції України); 10) Верховний Суд України (ч. 2 ст. 124 Конституції України); 11) Конституційний Суд України (ч. 1 ст. 147 Конституції України); 12) Вища рада юстиції (ст. 131 Конституції України); 13) Генеральна прокуратура України (п. 25 ст. 85; п. 11 ст. 106 Конституції України); 14) Центральна виборча комісія (п. 21 ст. 85 Конституції України); 15) Національний банк України (п. 18 ст. 85 Конституції України) та ін. Кожен орган, уповноважений згідно з чинним законодавством України реалізувати функції Української держави, наділений конституційною правосуб'єктністю та виступає активним учасником конституційно-правових відносин.

Самостійними суб'єктами конституційно-правових відносин є політичні партії, громадські організації та їх блоки, а також профспілки. Так, ст. 2 Закону України «Про політичні партії» визначає, що «політична партія — це зареєстроване згідно з законом добровільне об'єднання громадян — прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах». В умовах посилення ролі політичних партій у процесі реалізації публічної влади і державного управління ті з них, які нині представлені у Верховній Раді України і представницьких органах місцевого самоврядування, по суті, стали самостійними суб'єктами конституційно-правових відносин. У цьому контексті маємо згадати насамперед про парламентську коаліцію та парламентську опозицію в Україні.

Наступним суб'єктом конституційно-правових відносин є фізичні особи — громадяни України, іноземці, особи без громадянства та біженці. Конституційно-правовий статус фізичних осіб — учасників

конституційно-правових відносин різняться в частині політичних прав, визначених і гарантованих Конституцією України. Виключно громадяни України наділені політичними правами, які встановлюють статті 36, 37, 38, 39 Основного Закону. Тобто конституційна правосуб'єктність громадян України є найбільш повною. На сьогодні ні в кого не викликає сумніву конституційна правосуб'єктність засобів масової інформації як повноцінних учасників конституційно-правових відносин. Саме ЗМІ на сьогодні формують громадську позицію всіх суб'єктів конституційно-правових відносин, загострюють найбільш актуальні проблеми суспільного та державного будівництва.

Виникнення, зміна та припинення конституційно-правових відносин безпосередньо пов'язані з таким елементом їх юридичного складу, як об'єкти конституційного права¹. Ними виступають вищі соціальні цінності в суспільстві та державі, що набувають конституційного значення й отримують закріплення в Конституції та законах України. Об'єкти конституційно-правових відносин можна визначити як своєрідний онтологічний еквівалент цієї галузі права. Найбільш повно вчення про об'єкти конституційно-правових відносин в Україні обґрунтовано Ю. Тодикою, на думку якого об'єктами конституційно-правових відносин є: 1) суверенітет народу; 2) національний і державний суверенітет; 3) основи конституційного ладу України та його захист; 4) інтереси суспільства і держави; 5) людина, її права і свободи; 6) влада; 7) територія; 8) демократія, ідеологічна і політична багатоманітність; 9) право й законність; 10) мир і міжнародне співробітництво; 11) волевиявлення народу, населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці; 12) розподілення компетенції між Україною і Автономною Республікою Крим; 13) власність; 14) дія органів місцевої влади і місцевого самоврядування; 15) формування і діяльність політичних партій, громадських об'єднань, масових політичних рухів, інших суб'єктів політичного процесу; 16) набуття і припинення громадянства, статус біженця. При цьому Ю. Тодика зазначав, що запропонований ним перелік об'єктів не є вичерпним і може бути продовженим залежно від специфіки цих відносин, положення їх суб'єктів і характеру зв'язків між ними². Такий підхід знайшов підтримку й у інших вітчизняних юристів. Зокрема, об'єкти конституційних право-

¹ Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х., 2009. – С. 91.

² Тодька Ю. Н. Конституционное право Украины: Отрасль права, наука, учебная дисциплина / Ю. Н. Тодька. – Харьков, 1998. – С. 119–120.

відносин часто характеризують як вищі суспільно-політичні цінності, що набувають конституційного рангу й отримують закріплення в конституційних принципах, у загальнонормативних нормах, програмних положеннях тощо¹. Таке визначення дає уявлення про відповідний складовий елемент конституційно-правових відносин, хоча й потребує своєї деталізації. Так, об'єктами конституційно-правових відносин в Україні є духовні та матеріальні цінності (блага), які виражають соціальну цінність конституціоналізму в суспільстві та державі й закріплюються та охороняються Конституцією України.

Виникненню, зміні та припиненню конституційно-правових відносин передують певні обставини, які мають відповідні юридичні наслідки. Такі життєві обставини є юридичним фактом і виступають обов'язковим елементом складу конституційно-правових відносин. Юридичні факти у конституційно-правових відносинах тісно пов'язані з суб'єктами конституційного права України. В одних випадках виникнення або настання таких юридичних фактів є результатом діяльності чи поведінки учасників конституційного права, а в інших — наслідком впливу на їх конституційно-правовий статус тих обставин, що не пов'язані з діяльністю інших суб'єктів конституційного права. Юридичні факти у конституційному праві є передбаченими Конституцією та законами України діями чи подіями, настання яких має своїм результатом або наслідком виникнення, зміну та припинення конституційно-правових відносин. У цілому конституційним юридичним фактам властиві певні кваліфікуючі ознаки. По-перше, конституційний юридичний факт є різновидом суспільних відносин, що виникають, змінюються та припиняються на основі конституційно-правових норм. По-друге, конституційні юридичні факти є обов'язковим, істотним елементом конституційно-правових відносин. Без конституційного юридичного факту конституційно-правові відносини не можуть ні виникнути, ні змінитися, ні припинитися. По-третє, за своїми сутністю і змістом конституційні юридичні факти можуть бути як цілеспрямованою вольовою діяльністю чи поведінкою суб'єктів конституційно-правових відносин, так і діями природних явищ, що відбуваються незалежно від волі відповідних суб'єктів. По-четверте, за впливом на конституційні правовідносини юридичні факти можуть виступати як причиною, так і наслідком, результатом цих правовідносин. По-п'яте, юридичні факти властиві конституційним правовідносинам на всіх їх

¹ Див.: Погорілко В. Ф. Конституційне право України. Академічний курс : у 2 т. / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко ; за ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2006. – Т. 1. – С. 483.

стадіях — виникнення, зміни, припинення конституційно-правових відносин. До того ж той самий конституційний юридичний факт може бути обов'язковим елементом різних конституційно-правових відносин. Водночас, окремий вид конституційно-правових відносин може мати у своєму складі не одиничний конституційний юридичний факт, а цілу систему таких юридичних фактів.

Таким чином, підбиваючи підсумки дослідження галузевої специфіки конституційного права України, слід наголосити, що незважаючи на визнання за конституційним правом України статусу провідної галузі національного права, було б помилковим стверджувати про те, що всі без винятку суспільні відносини, які виникають і трансформуються в ході суспільного розвитку, є предметом конституційно-правового регулювання. У цьому сенсі Конституція України хоча і є основою систем національного законодавства, але вона не повинна характеризуватись як засіб прямого регулювання цілої групи суспільних відносин (наприклад, відносин соціально-економічного характеру, інформаційних, господарських, бюджетно-фінансових, управлінсько-адміністративних та ін.). Подібне «штучне» підвищення статусу конституційного права негативно впливає на галузь, оскільки в результаті ми отримуємо не піднесення конституційного права, а майже суцільну теоретико-методологічну дезорієнтацію щодо його галузевої специфіки. Тому для формування чіткого й обґрунтованого знання про галузеву специфіку конституційного права необхідно насамперед звертатися до визначення специфіки предмета та методу конституційного права, систем конституційного права, конституційно-правових відносин, суб'єктів та об'єктів конституційно-правових відносин і конституційного регулювання, інститутів конституційного права України. Лише на цьому шляху можна сформувати цілісне розуміння галузевої специфіки конституційного права, яке, у свою чергу, дозволяє адекватно відобразити теоретичні основи визначення джерел конституційного права України.

О. Ярмиш, доктор юридичних наук, професор, керівник Департаменту з питань діяльності правоохоронних органів РНБО України;

А. Червяцова, кандидат юридичних наук, заступник декана юридичного факультету ХНУ ім. В. Н. Каразіна

Темпоральна дія конституційно-правових норм: проблеми теорії та практики

Дія правових норм у часі є ключовим питанням, що визначає конкретний зміст правового регулювання суспільних відносин. Воно має принципове значення, оскільки від часових меж дії норми залежать застосування того чи іншого закону, обсяг прав і обов'язків суб'єктів правових відносин, порядок їхньої реалізації, механізми захисту тощо. Отже, точне встановлення меж дії нормативно-правових актів (у часі, просторі та за колом осіб) виступає елементарною, первісною умовою правового регулювання, тому що з цими межами пов'язується реалізація вимог законності¹.

Підтвердженням важливості питання дії правової норми в часі є конституційний рівень регулювання. Так, ч. 1 ст. 58 Основного Закону України встановлює правило щодо дії нормативно-правових актів у часі: «Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи».

Однак, попри виключне значення питання дії нормативно-правових актів у часі, воно не набуло належного вивчення як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях, за винятком науки кримінального права, яка завжди приділяла йому пильну увагу. Як результат, проблема дії правових норм у часі здебільшого зводиться до питання зворотності чи незворотності закону, що є властивим кримінальному праву, але надання кримінально-правовим підходам значення загальнотеоретичних призводить до неправильного трактування й помилок².

Проблема темпоральної дії правових норм у часі є перш за все практичною проблемою, оскільки стосується правозастосування. Вона виникає щоразу у зв'язку із суттєвими змінами законодавства.

¹ Див.: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1982. – С. 237.

² Див.: Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – С. 133–134.

Але у міру того як тривалі відносини, що виникли на момент дії «старого» регулювання і продовжували діяти після його скасування, завершуються, а правові колізії вирішуються самі собою, проблема дії правових норм у часі втрачає актуальність. Можливо, зазначена обставина, не в останню чергу, пояснює відсутність ґрунтовних теоретичних досліджень цієї проблеми на галузевому рівні. Крім того, відносна стабільність правового регулювання, яка мала місце за радянських часів, не сприяла появі загальнотеоретичних робіт, присвячених дії правових норм (нормативно-правових актів) у часі¹.

Активізація законотворчої діяльності, проведення конституційної, адміністративної та судової реформи, прийняття та введення в дію нових кодексів і законів поставили питання щодо необхідності теоретичного осягнення порядку переходу від правового регулювання на підставі правової норми, яка містилася у «старому» нормативно-правовому акті, до правового регулювання за «новими» нормативно-правовими приписами. Для належного застосування правових приписів, забезпечення принципів верховенства права і законності необхідно чітко визначитися з тим, які правові відносини залишаються у сфері дії попереднього нормативно-правового акта, а які — становлять предмет правового регулювання акта, що його замінив. На вирішення цих питань спрямована низка робіт, які з'явилися протягом останніх п'яти років і в яких досліджуються проблеми дії у часі правових норм цивільного, сімейного, господарського, адміністративного, фінансового, трудового права тощо², а також робіт, які розглядають

¹ Серед праць із загальної теорії права, у яких досліджується проблема темпоральної дії правових норм, слід назвати такі: Соколов Ю. А. Действие советских законов во времени : дис. ... канд. юрид. наук / Ю. А. Соколов. – М., 1949. – 187 с.; Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве / А. А. Тилле. – М., 1965. – 201 с.; Блум М. М. Обратная сила закона. Действие закона во времени / М. М. Блум, А. А. Тилле. – М. : Юрид. лит., 1969. – 136 с.; Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1982. – 360 с.; Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973. – Т. 2.

² Див.: Гаврилов Э. Об обратной силе действия Закона об авторском праве и смежных правах / Э. Гаврилов // Рос. юстиция. – 1995. – № 2. – С. 22–25; Бех Г. В. Действие норм финансового права во времени / Г. В. Бех // Проблемы законности : Республик. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2007. – Вип. 87. – С. 83–87; Жилінкова І. Дія норм сімейного законодавства у часі / І. Жилінкова // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4(47). – С. 108–118; Литвинова Г. Л. Межі дії господарського процесуального закону / Г. Л. Литвинова // Вісн. господар. судочинства. – 2002. – № 3. – С. 106–108; Андреева М. Л. Действие налогового законодательства во времени : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Л. Андреева. – М., 2004. – 28 с.; Беляневич О. Дія в часі норм про господарські договори / О. Беляневич // Підприємництво, госп-во, право. – 2006. – № 3. – С. 24–27.

проблеми темпоральної дії нормативно-правових актів із позицій загальної теорії права¹. Щодо проблеми дії у часі конституційно-правових норм, за умов відсутності відповідних теоретичних наробок, вона залишається відкритою й потребує дослідження, тим більше, що рішення Конституційного Суду України засвідчують наявність різних підходів до її розв'язання.

Аналізу темпоральної дії конституційно-правових норм мають передувати загальнотеоретичні уточнення.

Загальна теорія права виділяє три види дії правової норми у часі, якими є: зворотна дія (ретроактивність, ретроспективність нового закону), негайна дія (безпосередність нового закону) та перспективна дія (дія нового закону на «майбутні» відносини)².

Названі види темпоральної дії нормативно-правових актів (правових норм) визнаються правозастосовною практикою. Зокрема, Конституційний Суд України у Рішенні № 1-рп/99 від 9 лютого 1999 р. у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів зазначає: «У регулюванні суспільних відносин застосовуються різні способи дії в часі нормативно-правових актів. Перехід від однієї форми регулювання суспільних відносин до іншої може здійснюватися, зокрема, негайно (безпосередня дія), шляхом перехідного періоду (ультраактивна форма) і шляхом зворотної дії (ретроактивна форма)»³.

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: теория, законодательство, судебная практика / Д. Н. Бахрах. – М., 2004. – 224 с.; Бахрах Д. Н. Три способа действия во времени новых правовых норм и три способа прекращения действия старых норм / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 2005. – № 9. – С. 5–12; Пушняк О. В. Ультраактивна дія в часі нормативно-правових актів / О. В. Пушняк // Держ. буд-во та місц. самоврядування. – 2005. – Вип. 9. – С. 152–159; Пушняк О. В. Негайна дія нормативно-правових актів у часі / О. В. Пушняк // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2005. – № 74. – С. 10–16; Погребняк С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення : дис. ... канд. юрид. наук / С. П. Погребняк. – Х., 2001. – 257 с.

² Див.: Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1982. – С. 241–246; Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: теория, законодательство, судебная практика / Д. Н. Бахрах. – М., 2004. – 224 с.; Бахрах Д. Н. Три способа действия во времени новых правовых норм и три способа прекращения действия старых норм / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 2005. – № 9. – С. 5–12.

³ Рішення Конституційного Суду України № 1-рп від 9 лютого 1999 року у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 7. – Ст. 255.

Три варіанти дії нормативно-правових актів у часі забезпечують стабільність та необхідну гнучкість правового регулювання в часі — минулому, теперішньому і майбутньому¹.

Для кращого розуміння дії «нової» правової норми у часі слід враховувати спосіб припинення дії попередньої норми, співвідношення між існуючим нормативно-правовим актом і актом, який його змінює. Так, зворотна дія закону означає дострокове припинення дії попереднього нормативно-правового акта; його пряма дія є результатом негайного припинення «старої» норми, а перспективна дія пов'язана з переживанням (ультраактивністю) попередніх норм².

Негайна (пряма, безпосередня) дія правової норми (нормативно-правового акта) у часі, яка означає, що правова норма починає діяти з моменту набуття чинності, є звичайним принципом, загальним правилом, винятки з якого становлять зворотна і перспективна дія «нової» норми та ультраактивна дія «старої» норми. Однак законодавство не розкриває сутності негайної дії, так само як не визначає поняття «зворотна дія», «ультраактивна дія», «перспективна дія». Зазначена прогалина законодавства разом із відсутністю на теоретичному рівні чіткого розмежування видів дії правової норми в часі створюють ситуацію, коли принцип темпоральної дії правової норми стає незрозумілим для суб'єктів правових відносин.

Найменшу кількість суперечок викликає перспективна дія правової норми, яка означає поширення юридичної сили нормативно-правового акта лише на суспільні відносини, які виникли *після* набуття ним чинності. При цьому наголошується, що перспективна дія приписів «нового» нормативно-правового акта нерозривно пов'язана з ультраактивністю попереднього. Переживання «старих» норм має місце у тому випадку, коли нормативно-правовий акт, який було скасовано, певною мірою продовжує регулювати суспільні відносини³. Відповідно, «нова» правова норма поширюється лише на «майбутні» відносини. Зазначимо, що ультраактивність «старих» нормативно-правових актів і перспективність «нових» є доволі поширеним явищем, однак така дія

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Три способа действия во времени новых правовых норм и три способа прекращения действия старых норм / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 2005. – № 9. – С. 11.

² Див.: Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: теория, законодательство, судебная практика / Д. Н. Бахрах. – М., 2004. – 224 с.

³ Див.: Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – С. 246.

правових норм у часі стає можливою лише за наявності спеціальної законодавчої вказівки.

Прикладом перспективної дії «нових» і переживаючої дії «старих» конституційно-правових норм є, зокрема, п. 13 Перехідних положень Конституції України: «Протягом п'яти років після набуття чинності цією Конституцією зберігається існуючий порядок арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи».

Негайна дія — поширення дії правової норми на факти минулого та правові відносини, які виникли раніше, що змінює права та обов'язки їх учасників із дати набрання нормою чинності, а також на факти і відносини, що виникли після набрання нею чинності¹. Зворотна дія норми має місце у випадку, коли її юридична сила поширюється на відносини, які виникли до дати набрання нею чинності; при цьому зворотна дія передбачає частковий або повний перегляд відносин, які існували раніше.

Отже, як негайна, так і зворотна дія правової норми передбачає можливість застосування «нової» норми щодо відносин, які виникли в минулому. Разом із тим негайна дія нормативно-правового акта є звичайною практикою, а зворотна дія, за рідкісним винятком, — порушенням конституційного принципу «закон не має зворотної сили» (*lex ad praeterian non valet*). Наявною є проблема, що потребує теоретичного розв'язання.

Вважаємо, що при розмежуванні зазначених видів дії нормативно-правових актів у часі слід враховувати тип правових відносин, які становлять предмет правового регулювання, а саме — їхню тривалість. Застосування «нової» правової норми до тривалих правових відносин, тобто відносин, які виникли в минулому, але продовжуються на момент та після набуття нею чинності, означає негайну дію нормативно-правового акта. Інакше кажучи, тривалий характер суспільних відносин виключає зворотну силу «нового» закону, який їх регулює, навіть якщо ці відносини виникли до того, як «новий» закон набрав чинності.

Відповідно, при застосуванні принципу негайної дії правової норми «... зберігаються всі ті наслідки, які відбулися за старого закону, і тільки ті юридичні факти, які виникнуть після набуття чинності новим законом, будуть ним регулюватися... Усе, що було здійснено за старим

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: теория, законодательство, судебная практика / Д. Н. Бахрах. – М., 2004. – С. 11.

законом до цього моменту, не змінюється. Закон впливає тільки на ті права і обов'язки, які виникнуть після того, як він набуде чинності»¹; тобто негайна дія передбачає, що «новий» закон може надавати нових наслідків відносинам, що виникли під час дії «старого» законодавства².

На відміну від негайної дії, зворотна дія нормативно-правових актів означає ревізійний характер нових норм, оскільки закон, який має зворотну силу, розглядається як такий, що існував у минулому, на момент виникнення правових відносин³. Норма зворотної дії змінює відносини, які виникли й завершилися до набуття нею чинності⁴.

Як свідчить історія, принцип «закон зворотної сили не має» (був сформульований ще давньоримськими юристами на протидію сваволі законодавця, який надавав зворотної сили законам, що погіршували становище людей, мали для них несприятливі наслідки за дії, які на час їх вчинення визнавалися законними. Отже, мета цього принципу — поставити заслін порушенню прав і свобод людини з боку влади⁵.

Показовий приклад застосування зворотної сили закону у сфері державно-владних відносин дає політична історія Англії в період зародження парламентаризму. У XVII–XVIII ст. англійський парламент для переслідування і знищення своїх політичних ворогів або просто небажаних осіб мав у своєму розпорядженні засіб, «надзвичайно енергійний і свавільний»⁶, відомий як акт обвинувачення (*act of attainder*). Він являв собою не що інше, як закон, але закон особливий, який видавався *ad hoc* і мав зворотну силу. З його допомогою парламент міг покарати, і доволі суворо (покаранням, як правило, були страта, позбавлення волі, конфіскація майна) за такі діяння, які в момент їх вчинення не були ні протиправними, ні навіть політично помилковим.

¹ Див.: Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве / А. А. Тилле. – М., 1965. – С. 95.

² Там само. – С. 88–89.

³ Там само. – С. 96.

⁴ Див.: Бахрах Д. Н. Три способа действия во времени новых правовых норм и три способа прекращения действия старых норм / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 2005. – № 9. – С. 11.

⁵ Окрема думка судді Конституційного Суду України Козюбри М. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2001 від 5 квітня 2001 року у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки) // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 36. – Ст. 1033.

⁶ Див.: Эсмен А. Общие основания конституционного права / А. Эсмен ; под ред. М. М. Ковалевского. – М., 1898. – С. 98.

Act of attainder пропонувався і вотивався як звичайний закон. «Це було застосування визнаної за парламентом верхньої влади і водночас найбільш повне змішання законодавчої влади і судової, найбрутальніше порушення елементарних принципів правосуддя»¹.

Акт обвинувачення іноді використовувався замість імпічменту (у зазначений період часу імпічмент широко використовувався англійським парламентом), наприклад, коли особа ухилялася від переслідування або відмовлялася відповідати на звинувачення. Від процедури імпічменту *act of attainder* відрізнявся тим, що перша дотримувалася правильних форм судочинства: звинувачення виходило від нижньої палати, яка призначала зі свого середовища представників для його підтримки в Палаті лордів; звинувачуваному надавалося право обрати собі захисника, якщо він бачив у цьому необхідність, або ж будувати захист самостійно і т. д.

Акт обвинувачення був законом, що встановлював злочин і визначав покарання за нього в кожному конкретному випадку *pro renata*. О. Д. Градовський порівнює його з остракізмом афінян. Але якщо остракізм обмежувався вигнанням винного, то акт обвинувачення засуджував його до страти або до «псування крові» (позбавлення правового статусу, майна, відторгнення від суспільства)².

Зазначимо, що акт обвинувачення був винаходом не стільки парламенту, скільки самої королівської влади. Наприклад, Едуард IV використав його, щоб позбутися свого брата — герцога Кларенського. При Тюдорах, зокрема при Генріхові VIII, на підставі *act of attainder* були страчені такі небажані королю фігури, як Томас Мор — автор «Утопії» та Ганна Болейн — дружина монарха.

У подальшому акт обвинувачення обертається вже проти королівських прерогатив. Найбільш відомий випадок його застосування належить до 1640 р. Саме в такому порядку був визнаний винним і засуджений до страти улюбленець Карла I — лорд Стаффорд після того, як суд відмовив у порушенні проти нього кримінального переслідування.

Остання спроба використати акт обвинувачення датується 1820 р. Тоді звинувачення було пред'явлено королеві Кароліні, дружині Георга IV. Утім спроба засудити її виявилася невдалою — акт був відкли-

¹ Див.: Эсмен А. Общие основания конституционного права / А. Эсмен ; под ред. М. М. Ковалевского. – М., 1898. – С. 98.

² Градовский А. Д. Государственное право : учебник / А. Д. Градовский. – СПб., 1882. – С. 474.

каний ще до того, як він встиг пройти обидві палати парламенту. Не скасований офіційно парламентом акт обвинувачення вийшов із практичного вживання як такий, що зовсім не відповідає вимогам сучасної правової держави¹.

Безумовно, застосування зворотної сили закону є грубим порушенням права. Однак не меншим порушенням є також заперечення негайної дії нормативно-правового акта або спроба надати ультраактивність «старим» нормам у випадках, коли це безпосередньо не передбачено законом.

У цьому контексті заперечення викликають окремі правові позиції Конституційного Суду України щодо тлумачення принципу незворотності дії нормативно-правових актів у часі і поняття «зворотна дія закону». Зазначимо, що правові позиції Конституційного Суду України є обов'язковими для всіх суб'єктів правових відносин, що зумовлює особливе значення праворозуміння єдиного органу конституційної юрисдикції для правозастосовної практики.

Конституційний Суд України неодноразово звертався до визначення змісту положення ч. 1 ст. 58 Конституції України, згідно з яким нормативно-правові акти не мають зворотної дії у часі.

Так, у Рішенні № 1-зп від 13 травня 1997 р. у справі щодо несумісності депутатського мандата Конституційний Суд України зазначив, що: «... закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії у часі. Це означає, що вони поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності»². Такий підхід дозволив Конституційному Суду України визнати, що вимоги несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності не поширюються на депутатів, обраних до встановлення цієї вимоги, оскільки в іншому випадку це означатиме порушення принципу «закон не має зворотної сили».

У цій справі на особливу увагу заслуговують аргументи, викладені в окремій думці суддею М. Савенком, який зазначає, що рішення має стосуватися питання тлумачення не ст. 58 — принципу незворотності закону у часі, а ст. 8 — принципу негайної дії норм Основного Закону.

¹ Див.: Жилин А. А. Учебник государственного права : пособие к лекциям : в 2 ч. / А. А. Жилин. – М., 1916. – Часть 1: Общее учение о государстве в связи с основными началами иностранного государственного права. – С. 241.

² Рішення Конституційного Суду України № 1-зп від 13 травня 1997 року у справі про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243²¹, 243²², 243²⁵ Цивільного процесуального кодексу України (у справі щодо несумісності депутатського мандата) // Офіц. вісн. України. – 1997. – № 20. – Ст. 117.

«Норми Конституції України, — пише М. Савенко, — є нормами прямої дії. Це стосується і положень статей 78 і 81 Конституції України. Обмеження в застосуванні окремих норм і положень Конституції України перелічені в перехідних положеннях Конституції України. Будь-яких обмежень стосовно прямого та безпосереднього застосування статей 78, 81 перехідні положення Конституції України не встановили... Тлумачення статей 78, 81 Конституції України слід було давати з урахуванням усіх зазначених загальноновизнаних принципів визначення дії правової норми в часі, що Судом не було зроблено»¹.

Наведемо ще кілька позицій Конституційного Суду України, в яких дається тлумачення зворотної дії нормативно-правового акта у часі: «За загальноновизнаним принципом права закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплений у частині першій статті 58 Конституції України, за якою дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце»².

«Суть зворотної дії у часі законів та інших нормативно-правових актів полягає в тому, що їхні приписи поширюються на правовідносини, які виникли до набрання ними чинності, за умови, якщо вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи»³.

Такий підхід до визначення зворотної сили нормативно-правового акта можна визнати прийнятним лише щодо нетривалих відносин. Однак стосовно відносин, які мають триваючий характер, подібне визначення зворотної дії означає неможливість застосування норми «нового» нормативно-правового акта щодо відносин, які виникли до набуття ним чинності, але продовжують існувати. Як наслідок, відбувається змішування зворотної і безпосередньої дії нормативно-правового акта у часі, заперечується можливість негайного застосування правової норми.

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Савенка М. Д. у справі про офіційне тлумачення статей 58, 78, 81 Конституції України та статей 243²¹, 243²², 243²⁵ Цивільного процесуального кодексу України // Офіц. вісн. України. – 1997. – № 20. – Ст. 117.

² Рішення Конституційного Суду України № 1-рп від 9 лютого 1999 року у справі про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 7. – Ст. 255.

³ Рішення Конституційного Суду України № 6-рп від 19 квітня 2000 року у справі про зворотню дію кримінального закону у часі // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 39. – Ст. 1662.

Якщо погодитися з наведеними правовими позиціями Конституційного Суду України, «новому» акту надається лише перспективна (майбутня) дія, тобто дія на правові відносини, які виникнуть після набрання ним чинності. Відповідно за «старим» нормативно-правовим актом визнається універсальна ультраактивність, тобто навіть у випадках, коли це не передбачено законом, акт, який було скасовано, продовжує регулювати суспільні відносини.

Позиція Конституційного Суду України, відповідно до якої закони та інші нормативно-правові акти поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття ними чинності, була покладена в основу Рішення № 22-рп/2003 від 25 грудня 2003 року у справі про строки перебування на посту Президента України, в якому зазначається, що «...положення частини третьої статті 103 Конституції України, за яким одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд, треба розуміти так, що це положення поширюється лише на осіб, яких обирають на пост Президента України після набуття чинності Конституцією України 1996 року. Особа, яку вперше було обрано Президентом України за чинною Конституцією України в 1999 році, має право балотуватися на чергових виборах Президента України у 2004 році». У мотивувальній частині рішення зазначається: «Оскільки частина третя статті 103 Конституції України не містить будь-яких винятків щодо дії передбаченого нею обмеження у часі, а в інших нормах Конституції України також немає застережень про надання зворотної дії положенню зазначеної статті, це положення поширюється лише на правовідносини, які виникли після набрання чинності Конституцією України»¹.

По цій справі, так само як і по справі щодо несумісності депутатського мандата, Конституційний Суд не врахував триваючого характеру суспільних відносин (здійснення державно-владних повноважень), які виникли до прийняття нових конституційно-правових норм, існували на момент набуття ними чинності і продовжували існувати після цього.

Рішення у справі щодо строків перебування на посту Президента України не було прийнято одностайно. Справедливо критикуючи думку більшості, суддя В. Шаповал зазначає: «Сформульована в Рішенні

¹ Рішення Конституційного Суду України № 22-рп/2003 від 25 грудня 2003 року у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 52. – Ст. 2830.

позиція є хибною і з огляду на те, що тим самим теоретично уможливується перебування тієї самої особи на посту Президента України, по суті, довічно. Прийняття згодом нової редакції чинної Конституції України або навіть внесення до неї змін стосовно наявного на момент таких змін статусу Президента України «провокувало» б формальний висновок про те, що перший строк перебування на посту новообраного Президента України починається лише після виборів, які вперше відбудуться після повної ревізії Конституції України або внесення відповідних змін, і складення ним присяги. Далі – *ab initio*... Незворотність дії нормативно-правового акта в часі означає неможливість перегляду правовідносин, які виникли внаслідок реалізації певних правових норм, що діяли до набуття чинності відповідним актом. Конституція України містить норми як негайної, так і перспективної дії, але вона не містить норм зворотної дії. Саме тому на основі її норм не було випадків ревізії таких правовідносин»¹.

«Стаття 58 Конституції України, — зазначає суддя М. Савенко, який також не погодився з рішенням більшості, — закріпила лише один із загальновизнаних принципів сучасного права щодо зворотної дії норм права в часі і не охоплює інших принципів визначення дії правових норм у часі, зокрема таких, як негайна дія норми та дія норми на перспективу. Загальновизнаний принцип негайної дії норм права закріплено у статті 8 Конституції України, якою встановлено, що норми Конституції України є нормами прямої дії і застосовуються безпосередньо з моменту набрання ними чинності. Відтворене у Рішенні розуміння принципу незворотної дії норм права у часі істотно відрізняється від його доктринального праворозуміння»².

Значимо, що Конституційний Суд України має досвід прийняття рішення, в якому дається правильне тлумачення зворотної дії нормативно-правового акта в часі, тобто тлумачення, що відповідає як

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України № 22-рп/2003 від 25 грудня 2003 року у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 52. – Ст. 2830.

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Савченка М. Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2001 від 5 квітня 2001 року у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 36. – Ст. 1033.

положенням загальної теорії права, так і вимогам практики правозастосування. Зокрема, у Рішенні № 3-рп/2001 від 5 квітня 2001 р. у справі про податки Конституційний Суд України з приводу принципу незворотності закону зазначає: «Конституція України закріпила принцип незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів (ч. 1 ст. 58). Це означає, що дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і *закінчилися* (курсив наш. — Авт.) до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом»¹.

Проте, на жаль, розглядаючи справу щодо строків перебування на посаді глави держави, Конституційний Суд України не застосував наведену правову позицію. Можливо, цьому завадило особливе політичне значення рішення, яке приймалося перед президентськими виборами.

Ще одним прикладом виникнення в українській політичній практиці питання про дію норм конституційного права в часі є Постанова Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів Президента України» № 1212-VI від 1 квітня 2009 р., якою чергові вибори глави держави призначалися на 25 жовтня 2009 р.²

Аргументація призначення президентських виборів на цю дату була викладена у Пояснювальній записці до проекту зазначеної Постанови і будувалася за такою схемою: «...на день вступу Президента України на пост діяла норма частини п'ятої статті 103 Конституції України в редакції від 28 червня 1996 року, згідно з якою чергові вибори Президента України проводяться в останню неділю жовтня п'ятого року його повноважень. Внесені до частини п'ятої статті 103 Конституції України зміни фактично збільшують строк повноважень Президента України, оскільки має місце перенесення дати виборів з останньої неділі жовтня на останню неділю останнього місяця п'ятого року повноважень Президента України. У разі застосування Верховною Радою України конституційних положень щодо строків призначення виборів Президента України виходячи із змін, внесених до частини п'ятої статті 103 Основного Закону України, слід розглядати як надання таким

¹ Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2001 від 5 квітня 2001 року у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки) // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 36. – Ст. 1033.

² Про призначення чергових виборів Президента України: Постанова Верховної Ради України № 1212-VI від 1 квітня 2009 р. // Голос України. – 2009. – № 61. – 4 квіт.

положенням зворотної дії в часі, що не узгоджується з базовим принципом Основного Закону України»¹.

Наведена аргументація не є бездоганною. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» № 2222-15 від 8 грудня 2004 р. змінив не лише ст. 103, а й інші статті Конституції України, які визначають повноваження глави держави, причому ці зміни, так само як і зміни до ст. 103, набули чинності після вступу на посаду діючого глави держави. Отже, якщо застосовувати «стару» редакцію ст. 103 і призначати вибори на жовтень 2009 р., то, за аналогією, слід поширити дію норм Конституції України в редакції від 28 червня 1996 р. на всі без винятку відносини за участі Президента України. Іншими словами, Президент України, який вступив на посаду 23 січня 2005 р., до набуття чинності конституційними змінами, протягом усього терміну президентських повноважень мав керуватися «дореформеною» Конституцією України. Однак він діяв, виходячи з норм «нової» редакції. Тому поширення принципу неприпустимості зворотної дії закону в часі лише на питання дати президентських виборів означає вибіркове застосування зазначеного принципу і не має із правом нічого спільного.

Крім того «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Конституції України» визначають, які принципи й норми «старої» редакції Конституції України продовжують діяти. Так, наприклад, п. 2 «Прикінцевих та перехідних положень» встановлює, що «Верховна Рада України, обрана у 2002 році, продовжує здійснювати конституційні повноваження до дня набуття повноважень Верховною Радою України, обраною у 2006 році». Однак Закон не містить жодних застережень щодо президентських виборів, не обумовлює жодних особливостей проведення першого, після набуття чинності конституційними змінами, голосування з цього питання. Отже, чергові президентські вибори мали відбуватися за нормами чинної Конституції України. Саме така позиція викладена в Рішенні Конституційного Суду України № 10-рп/2009 від 12 травня 2009 р. у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 17 Закону України «Про вибори Президента України» та Постанови Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів Президента

¹ Пояснювальна записка до проекту Постанови Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів Президента України» № 3655-1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=34271

України»¹. На жаль, зазначене Рішення не містить аналізу дії правових норм у часі.

Отже, проблема темпоральної дії конституційно-правових норм має принципове значення і потребує вироблення єдиного підходу до її вирішення, оскільки в іншому випадку може стати джерелом політичних ускладнень і конфліктів.

На нашу думку, в основу визначення принципу дії нормативно-правових актів у часі слід покласти правову позицію, яка міститься у Рішенні Конституційного Суду України № 3-рп/2001 від 5 квітня 2001 р. у справі про податки: дія нормативно-правових актів не може поширюватися на відносини, які *виникли і завершилися* до набрання ними чинності, оскільки це означатиме порушення принципу незворотності дії закону у часі.

Відповідно до принципу негайної дії правової норми, новий нормативно-правовий акт поширюється на відносини, які виникли до набуття ним чинності й продовжуються після цього, якщо інше спеціально не встановлюється законом.

¹ Рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2009 від 12 травня 2009 року у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 17 Закону України «Про вибори Президента України» та Постанови Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів Президента України» // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 37. – Ст. 1263.

В. Нестерович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного та міжнародного права Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

Лобіювання як конституційно-правовий механізм захисту прав і свобод людини та громадянина

Значущою ознакою демократичної й правової держави є наявність різноманітних ефективних механізмів захисту прав і свобод людини та громадянина. Серед таких пропоную виокремити лобіювання (від англ. lobbying)¹, під яким прийнято розуміти процес легітимного впливу на чітко визначені законом органи влади, а також на їх посадових осіб з боку зареєстрованих у встановленому законом порядку осіб із метою закріплення власних інтересів чи інтересів третіх осіб (замовників) у нормативно-правових актах, що приймаються². Недарма у зарубіжних наукових джерелах діяльність лобіста під час лобіювання порівнюється з діяльністю адвоката під час судового розгляду³. Хоча слід зауважити, що адвокат працює в умовах, коли законодавство вже існує, але його норми порушуються, а лобіст діє, коли воно ще тільки формується, у тому числі й за його допомогою. Проте і адвокат, і лобіст відстоюють цілком конкретні інтереси обмеженого кола осіб — своїх замовників у конкретній справі усіма правовими способами та засобами.

У вітчизняній науці вивчення лобіювання як механізму захисту прав і свобод людини та громадянина частково знайшло свій вияв у роботах таких дослідників, як О. Длугопольського, А. Євгенєвої, О. Лісничука, О. Молодцова, О. Одінцової, І. Сікори, М. Розумного, Є. Тихомирової. Однак у їхніх працях означена проблематика переважно розкривається у політологічному контексті та фактично не береться до уваги її юридичний вимір, зокрема у конституційно-правовій площині. Тому метою статті є дослідження лобіювання як конституційно-правового механізму захисту прав і свобод людини та громадянина.

¹ The Oxford English dictionary. Being a corrected re-issue with an introduction, supplement and bibliography of a new English dictionary on historical principles / Edited by James A.H. Murray, Henry Bradley, W.A. Craigie, C.T. Onions. – Volume VI. – Oxford: Clarendon Press, 1970. – P. 376.

² Lobbying: Access and influence in Whitehall. House of Commons, Public Administration Select Committee. First Report of Session 2008-09. – Volume I. – London, 2009. – P. 28–29.

³ Kiplinger W. M. Washington Is Like That / W. M. Kiplinger. – Fourth Edition. – New York-London: Harper & Brothers Publishers, 1942. – P. 279.

Лобіювання як конституційно-правовий механізм захисту прав і свобод людини та громадянина може здійснюватися у двох формах — за допомогою безпосередніх та опосередкованих методів лобіювання.

Безпосередні (прямі, традиційні¹) методи лобіювання — здійснення лобістами і лобістськими об'єднаннями безпосереднього впливу шляхом встановлення прямих контактів та проведення зустрічей із представниками влади. Усталеним серед лобістської громадськості є розуміння того, що правила нормотворчої процедури диктують стратегію лобіювання у цілому². Це, з одного боку, змушує лобістів та лобістські об'єднання узгоджувати лобістські дії з конкретними стадіями правотворчого процесу, які передбачені Конституцією та регламентними актами відповідних органів публічної влади³. З другого — лобісти та лобістські об'єднання майже завжди схильні до маніпулювання регламентними процедурами при лобіюванні⁴.

Конституційно-правовим підґрунтям для здійснення безпосереднього лобіювання є конституційні норми, які гарантують право брати участь в управлінні державними справами; направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів влади; на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб — на свій вибір; на свободу об'єднання у громадські організації для здійснення й захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів; будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань тощо.

Безпосередні методи лобіювання здійснюються у формі:

1. Підготовки проектів нормативно-правових актів та винесення їх на обговорення відповідних органів. Основа безпосереднього лобіювання ґрунтується передусім на технологіях «know-how» — знання справи та «know-who» — знання того, хто саме цю справу може ви-

¹ Turner H. A. Politics in the United States. Reading in Political Parties and Pressure Groups / H. A. Turner. – New York: McGraw-Hill Book Company, Inc., 1955. – P. 166.

² Wolpe B. C. Lobbying Congress: How the System Works / B. C. Wolpe, B. J. Levine. – Second Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1996. – P. 36.

³ Kurczewcka U. Lobbying w Unii Europejskiej / U. Kurczewcka, M. Mołęda-Zdziech ; Instytut Spraw Publicznych. – Warszawa, 2002. – S. 48-49.

⁴ Lorch R. S. Democratic Process and Administrative Law / R. S. Lorch. – Detroit: Wayne State University Press, 1969. – P. 20–21.

рішити та до кого можна звернутися¹. Це детерміновано тим, що кожний вид нормативно-правових актів пов'язаний із компетенцією владних органів певного рівня. Тому підготовка, розгляд та прийняття кожного з них в ієрархії актів має специфічний характер, що у свою чергу обумовлює відповідний формат лобіювання.

Якщо це проект законодавчого акта, то після розробки його нормативних положень лобістом чи лобістським об'єднанням проект вноситься до парламенту через чітко визначених законом суб'єктів права законодавчої ініціативи та додаються до його тексту відповідні супровідні документи: пояснювальна записка, фінансово-економічне обґрунтування тощо. Додатковими факторами на користь прийняття «лобістського» законопроекту є його внесення до законодавчого органу в співавторстві, тобто декількома законодавцями, їх авторитет, а також час обговорення проекту в парламенті².

Проект підзаконного нормативно-правового акта має значно менш бюрократизовану процедуру прийняття та, як правило, ініціюється лобістами і лобістськими об'єднаннями через консультативно-дорадчу установу, створену при органі виконавчої влади або органі місцевого самоврядування.

2. Інформування представників влади шляхом поширення серед них різноманітних досліджень, інших інформаційно-аналітичних матеріалів тощо. Ці матеріали використовуються лобістами та лобістськими об'єднаннями як нагальна аргументація своєї позиції у прийнятті бажаного нормативно-правового акта чи його відхилення під час безпосередніх контактів із представниками влади. При лобіюванні закону часто використовується такий прийом, як «персоніфікація» (або локалізація) аргументів — «прив'язування» лобістами та лобістськими об'єднаннями отриманої інформації до виборчого округу законодавця, на підставі яких останнього переконують, що законопроект, який розглядається у парламенті, є вигідним для електоральної групи, що підтримує цього парламентаря.

При цьому лобісти та лобістські об'єднання переконують не голосливно, у них вже наготові дослідження, які проведені з орієнтацією на місцеві умови та з використанням місцевого матеріалу. Необхідно

¹ Wolpe B. C. Lobbying Congress: How the System Works / B. C. Wolpe, B. J. Levine. – Second Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1996. – P. 14–16.

² Oleszek W. J. Congressional Procedures and the Policy Process / W. J. Oleszek. – Fifth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2001. – P. 75; Squire P., Lindsay J., Covington C. Smith E. Dynamics of Democracy. – Madison-Sydney: Brown & Benchmark, 1995. – P. 304.

підкреслити, що у більшості випадків вони мають об'єктивний характер. Це зумовлено не стільки чесністю та порядністю лобістів, яка, поза сумнівом, має місце, скільки усталеним алгоритмом — якщо лобіст чи лобістське об'єднання нададуть неправдиву інформацію представникам влади, вони можуть скористатися з цього у даній ситуації, але в майбутньому з ними на контакт не піде жоден із представників влади. Недарма американські вчені Б. Вулп та Б. Левайн порівнюють надану лобістами та лобістськими об'єднаннями інформацію у будь-якій формі з облігаціями, які у майбутньому можуть принести відповідні дивіденди¹.

3. Участі у роботі засідань парламентських і урядових комітетів, комісій, робочих груп, консультативно-дорадчих установ, які створені при органах влади. Даній формі безпосереднього лобіювання лобісти надають особливого значення, оскільки саме у комітетах, робочих групах та комісіях напрацьовуються концептуальні засади проектів нормативно-правових актів, остаточні варіанти яких доповнюється відповідними висновками, що інколи має вирішальне значення при подальшому стадійно-процесуальному проходженні цих проектів.

Це підтверджують і статистичні дані, згідно з якими приблизно 90 % законодавчих ініціатив здебільшого в економічній та господарській галузях, у країнах із міцними традиціями парламентаризму надходить від урядових відомств і питома вага пропозицій проходить саме через консультативно-дорадчу систему вищевказаних установ². Інституційна взаємодія агрегованих інтересів з органами влади здійснюється у «режимі консультацій» та «режимі делегування»³, тобто, уточнює німецький вчений Ю. Хабермас, у форматі так званої «ліцензованої компетенції»⁴.

4. Консультування представників влади щодо питань, які є предметом лобіювання. Здебільшого «консультативне» лобіювання спрямоване на парламентарів, яким, зважаючи на надзвичайно широкий спектр ініційованих питань, досить складно самотійно глибоко розі-

¹ Wolpe B. C. Lobbying Congress: How the System Works / B. C. Wolpe, B. J. Levine. – Second Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1996. – P. 13.

² Conrad D. P. The German Polity / D. P. Conrad. – Sixth Edition. – New York: Longman Publishers USA, 1996. – P. 189; Norton P. The British Polity. – Third Edition. – New York: Longman, 1994. – P. 275.

³ Lewin L. Governing Trade Unions in Sweden / L. Lewin. – Cambridge: Harvard University Press, 1980. – P. 66.

⁴ Habermas J. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats / J. Habermas. – Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. – S. 352.

братися в усіх тонкощах кожного законопроекту, який готується до обговорення у законодавчому органі. Але за конституцією їм доводиться голосувати з кожного питання, яке виноситься на голосування, підтримувати одні й не підтримувати інші рішення. Зрозуміло, що від того, як вони проголосують, залежатиме їх ділова репутація та авторитет, а звідси рейтингова оцінка електорату, що найбільше їх хвилює, особливо напередодні проведення виборів.

Щодо важливості «консультативного» лобіювання в Україні, насамперед у законопроектній роботі, доречно навести низку статистичних даних з цього питання. Так, згідно з матеріалами «круглого столу», проведеного вітчизняним діловим виданням «Бізнес», народний депутат України за один робочий день пленарного тижня бере участь у прийнятті 50–60 рішень. Тобто на прийняття кожного з них витрачається приблизно 15–20 хвилин¹. Фактично 9 із 10 законів, додає український правник О. Ющик, приймаються вітчизняними парламентарями «наосліп» — без ознайомлення з текстом². Тому саме повнота та надійність інформації, якою, як правило, володіють лобісти, мають високо цінуватися представниками влади, оскільки це дозволяє значно розширити інформаційний ресурс правотворчого процесу.

Американський сенатор Д. Мак-Клур, із приводу інформаційної сили лобіювання зазначив: «Я особисто переконаний, що лобісти відіграють дуже корисну роль. Якщо вам потрібно одержати достовірну інформацію, якщо ви хочете відчувати дихання громадської думки, дзвоніть лобістам, які підтримують певне питання, і лобістам, які виступають проти нього. Вас миттєво проконсультують. Вони викладуть вам найпереконливіші аргументи з обох сторін. Здається, ця система спрацьовує»³.

Якщо ж законодавця не вдалося переконати, то лобісти для заблокування подальшого стадійно-процесуального проходження небажаного проекту вдаються до використання технологій «інформаційного шуму» — створення штучної альтернативності законопроектів, тобто внесення одного чи декількох проектів на протипагу іншому, який є предметом лобіювання⁴, або так званих «поправок вбивць» — по-

¹ Шинкаренко И. Лоббизм – это деньги? / И. Шинкаренко : материалы круглого стола // Бизнес. – 1999. – № 22 (333). – 31 мая. – С. 12.

² Ющик О. Парламент України у кривому дзеркалі законодавчого процесу / О. Ющик // Юрид. вісн. України. – 2001. – № 13 (301). – 29 берез.-4 квіт. – С. 1.

³ Цит. за: Cutlip S.M. Effective Public Relations / S.M. Cutlip, A.N. Center, G.M. Broom. – 8-th ed. – Prentice Hall, 1999. – P. 20.

⁴ Oleszek W. J. Congressional Procedures and the policy Process / W. J. Oleszek. – Fifth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2001. – P. 99.

дання до парламенту пропозицій, голосування проти яких завдає значної шкоди електоральному рейтингу народного обранця. Тобто вони сформульовані таким чином, що законодавець фактично голосує проти інтересів своїх виборців. Підкреслюю, що ці дії не виходять за межі чинного законодавства та здійснюються згідно з передбаченими регламентними процедурами.

2. Опосередковані (непрямі, новітні¹) методи лобіювання — організація та проведення лобістами та лобістськими об'єднаннями публічних заходів, які спрямовані на підтримку або для протистояння питанням, що є предметом лобіювання. Сукупність опосередкованих методів лобіювання у зарубіжній науковій літературі називають ще «лобіюванням на рівні коріння трави» («lobbying at grass roots»)². Ця категорія також вживається як нормативне поняття в лобінговому законодавстві Канади³. Вітчизняні вчені широко використовують цю термінологію для позначення опосередкованого лобіювання⁴.

Конституційно-правова сутність опосередкованих методів лобіювання впливає з реалізації базових конституційних прав і свобод людини та громадянина: свободи думки і слова, вільного вираження своїх поглядів і переконань; права збирати, зберігати, використовувати чи поширювати інформацію у будь-який спосіб; збиратися мирно, без зброї та проводити збори, мітинги, походи і демонстрації; направляти індивідуальні чи колективні звернення до органів публічної влади тощо. Тому опосередковані методи лобіювання *de jure* можуть бути реалізовані навіть за відсутності спеціального законодавства про лобіювання. Однак його наявність робить цю діяльність більш регламентованою, прозорою й інституційною, що безперечно стимулює розвиток громадських ініціатив та значно збільшує їх роль і вагу у формуванні національного законодавства.

Потреба у використанні непрямих методів лобіювання постає тоді, коли прямі перестають бути дієвими або є сумнівні в їх результативності. Не викликає сумніву думка американських вчених, що пред-

¹ Turner H.A. Politics in the United States. Reading in Political Parties and Pressure Groups / H.A. Turner. – New York: McGraw-Hill Book Company, Inc., 1955. – P. 166.

² Jost K. The Supreme Court A to Z / K. Jost. – Second Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1998. – P. 320; Oleszek W. J. Congressional Procedures and the Policy Process / W. J. Oleszek. – Fifth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2001. – P. 36.

³ Registrar of Lobbyists. Annual Reports 2007-2008 / Government of Canada. – Ottawa, 2008. – P. 3.

⁴ Див.: Королько В. Г. Основы публич рилейшинз / В. Г. Королько. – М., 2000. – С. 363; Тихомирова Є. Б. PR-формування відкритого суспільства : монографія / Є. Б. Тихомирова. – К., 2003. – С. 188.

ставники влади у більшості випадків приймають нормативні рішення не на основі того, що є об'єктивним чи реальним, а на основі того, що привернуло їхню увагу та викликало у них емоції¹. Отже, єдиний шлях вплинути на процес прийняття нормативно-правових актів — вплинути на сприйняття тих, хто їх приймає.

Широкого застосування цей вид методів лобіювання набув у 60-ті роки ХХ ст., коли у США активізувалися загальнонаціональні виступи американців за громадянські права, а також проти війни у В'єтнамі². Особливо потрібно відзначити плідну діяльність «Народної коаліції за мир та справедливість» у масштабній кампанії «Лобі народу» (People's Lobby)³. Якщо звернутися до вітчизняних прикладів, то як результативне використання опосередкованих методів лобіювання слід назвати кампанії, організовані Асоціацією українських банків проти підвищення податків у банківській галузі, інвесторами, що постраждали від афери «Еліта-центр», спрямовані на повернення своїх коштів тощо.

Опосередковані методи лобіювання здійснюються у формі:

1. Відправлення заяв, скарг, пропозицій поштою (електронною поштою), телеграфних або факсимільних повідомлень чи іншої кореспонденції представникам влади. Метою є створення у них уяви про наявність широкої громадської думки за чи проти певного рішення органів публічної влади. Сутнісною рисою цих повідомлень є те, що всі вони мають ту саму тему, подібний зміст та спрямовані на вирішення однієї проблеми⁴. Такий прийом фахівці у галузі лобіювання умовно називають «штучною ношею»⁵ чи «напишіть вашому народному обранцю»⁶.

Зокрема, у США функціонують лобістські фірми, які спеціалізуються на створенні потоку листів і телеграм до органів влади, які нібито відправлені тими чи іншими громадянами⁷. Результати парламент-

¹ Squire P. *Dynamics of Democracy* / P. Squire, J. Lindsay, C. Covington, E. Smith. – Madison-Sydney: Brown & Benchmark, 1995. – P. 261-262.

² Jillson C. *American Government. Political Change and Institutional Development* / C. Jillson. – Orlando: Harcourt Brace College Publishers, 1999. – P. 183.

³ Lowy T. *American Government: Freedom and Power* / T. Lowy, B. Ginsberg. – New York-London: W.W. Norton & Company, 1990. – P. 536.

⁴ Oleszek W. J. *Congressional Procedures and the policy Process* / W. J. Oleszek. – Fifth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2001. – P. 36.

⁵ Тихомирова Є. Б. *PR-формування відкритого суспільства: монографія* / Є. Б. Тихомирова. – К., 2003. – С. 188.

⁶ Kiplinger W. M. *Washington Is Like That* / W. M. Kiplinger. – Fourth Edition. – New York-London: Harper & Brothers Publishers, 1942. – P. 287.

⁷ Lawson K. *The Human Polity. A Comparative Introduction to Political Science* / K. Lawson. – Fourth Edition. – Boston-New York: Houghton Mifflin Company, 1997. – P. 231.

ських розслідувань щодо цих фактів свідчать, що більшість таких повідомлень відправляються від імені давно померлих осіб або з неіснуючої адреси¹. Останні діяння при встановленні складу правопорушення, наприклад, згідно з американським законодавством, тягнуть за собою юридичну відповідальність.

Відзначу, що штучні масові відправлення листів законодавці доволі часто розпізнають і не піддаються їхньому впливу. Тому з метою маскування організованої лобістської кампанії під природну стурбованість громадян використовуються технології, за яких досягається «ефект спонтанності»². Насамперед, лобістські групи організують проведення різноманітних навчальних курсів у регіоні, з якого будуть відправлені звернення представникам влади. Однак трапляються випадки, наголошує Л. Мілбрайт, коли замість бажаного звернення, яке виборець повинен був скласти, він посилає офіційній особі отримані від лобіста інструктивні матеріали щодо написання петицій³.

2. Проведення публічних заходів («круглих столів», конференцій, семінарів) за участю представників влади та громадськості. Основною метою їх проведення є оформлення лобістської ініціативи як громадської експертизи положень певного проекту нормативно-правового акта. За результатами громадського обговорення ухвалюються резолюції та звернення до органів влади щодо вирішення питання про прийняття, зміну, скасування чи втрату чинності певного нормативно-правового акта, який є предметом лобіювання.

Що стосується України, то варто звернути увагу на доволі низький коефіцієнт корисної дії використання цієї форми опосередкованого лобіювання у вітчизняному правотворчому процесі. Органи влади найчастіше реагують, якщо взагалі реагують, на направлені на їх адресу резолюції, декларативними заявами чи абстрактними підзаконними правовими актами, тобто які не забезпечені реальним механізмом їхнього застосування.

3. Проведення публічних зібрань громадян — мітингів, походів, демонстрацій чи пікетів. Лобісти завжди намагаються задіяти потенціал публічних масових акцій, коли їм потрібен масштабний тиск громад-

¹ Davidson R. H. Congress and its Members / R. H. Davidson, W. J. Oleszek. – Eighth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2002. – P. 355.

² The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation / Co-Editors Johnny H. Killian, George A. Costello. – Washington: U.S. Government printing office, 1996. – P. 1101.

³ Milbrath L. W. The Washington Lobbyist / L. W. Milbrath. – Chicago: Rand McNally, 1963. – P. 246.

ськості на владні інституції¹. Доречно навести думку американського вченого Дж. Беррі, що лобіювання як один із інститутів громадянського суспільства сприяє залученню пересічних громадян до вирішення державних і суспільних справ². Особливо виразно у вітчизняній конституційній практиці дана форма опосередкованого лобіювання виявилась у період «Помаранчевої революції», коли парламент та Верховний Суд України під час прийняття рішень про скасування результатів повторного голосування з обрання Президента України у 2004 р., були піддані добре скоординованому вуличному лобістському тиску.

4. Розміщення у мас-медіа коментарів фахівців, результатів різноманітних досліджень, опитувань, аналітичних матеріалів тощо. Лобіювання з використанням ЗМІ є доволі ефективним. Це обумовлено, по-перше, значним авторитетом останніх у громадській свідомості; по-друге, здатністю впливати на значну аудиторію та, по-третє, нерідко моделювати й організовувати суспільну поведінку на основі заданих мас-медіа зразків. Під впливом насамперед телебачення сформувався новий тип людини — *homo viemens*, чий розум формується не за допомогою концепцій абстрактних розумових побудов, а за допомогою зображень. Гомо віденс просто «дивиться» і його кругозір обмежений тим, що йому дають побачити³. На думку канадського вченого М. Маклюєна, автора концепції «глобального селища», ЗМІ виступають своєрідним аналогом центральної нервової системи, що у свою чергу дозволяє індивіду співіснувати на основі сприйняття наслідків як своїх дій, так і дій інших.

Експерти, переводячи дані тенденції у правову площину, наголошують, що у сучасному глобалізованому, інформаційному суспільстві засоби масової інформації є однією з констант правотворчого процесу⁴. Лобісти широко співпрацюють із представниками мас-медіа, оскільки за допомогою них можна надати певному питанню, що обговорюється у правотворчому органі, суспільної значущості. Особливої уваги лобісти надають своєчасному розміщенню адресної інформації у стрічці новин⁵.

¹ Graber D. A. *Mass Media and American Politics* / D. A. Graber. – Sixth Edition. – Washington, D.C.: A Division of Congressional Quarterly Inc., 2002. – P. 53–55.

² Berry J. M. *Lobbying for the People: the political behavior of public interest groups* / J. M. Berry. – Princeton-New York: Princeton University Press, 1977. – P. 288.

³ Сарторі Д. Порівняльна конституційна інженерія: дослідження структур, мотивів і результатів / Д. Сарторі; пер. з 2-го англ. вид. – К., 2001. – С. 141.

⁴ Oleszek W. J. *Congressional Procedures and the Policy Process* / W. J. Oleszek. – Fifth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2001. – P. 34.

⁵ Berkman R. *Politics in the Media Age* / R. Berkman, L. Kitch. – New York: McGraw-Hill Book Company, 1986. – P. 95.

Засоби масової інформації також доволі часто використовуються як засіб тиску на представників влади. Однією із найбільш поширених його форм є розміщення у ЗМІ різноманітних рейтингів народних обранців чи соціологічних досліджень. Оприлюднені рейтинги, особливо в авторитетних періодичних друкованих виданнях та на телебаченні, є важливою формою громадського контролю за законодавцями та досить широко використовуються зацікавленими особами у лобістських цілях.

Позитивним щодо цього є досвід США, де кожного року лобістські активи суспільних груп проводять дослідження щодо голосування членів Конгресу з питань, які стосуються статусних ознак чи сфери інтересів цієї групи. За результатами досліджень законодавці отримують бали, що переводяться до загальної шкали процентного рейтингу, за яким лобісти підраховують, скільки разів той чи інший парламентар голосував відповідно до інтересів групи. Відлік починається з «0» і закінчується «100%». Якщо законодавець, наприклад, набрав 90 %, це означає, що він підтримував позицію групи майже завжди¹. Найбільш активними у використанні даної форми впливу на парламентарів є екологи, які систематично оприлюднюють так звану «брудну дюжину» — список законодавців, які найменше підтримували ініціативи, що спрямовані на поліпшення охорони довкілля².

Останніми роками можна простежити тенденцію до розширення інструментарію методів лобіювання у зв'язку зі стрімким розвитком комп'ютерних мереж, передусім всесвітньої інформаційної мережі Інтернет, які створили якісно новий глобальний вимір інформаційного простору — кіберпростір. Віртуальні лобістські офіси, кіберкоаліції з лобіювання, веб-портали органів державної влади все більше інтегруються до системи прийняття нормативно-правових актів.

Тенденція до поширення використання лобістами комп'ютерних мереж при лобіюванні обумовлена низкою чинників: по-перше, у порівнянні з телебаченням та друкованими ЗМІ це значно дешевше; по-друге, комп'ютерні мережі надають не менш широкі можливості для адресації спеціальної інформації цільовій аудиторії; по-третє, надзвичайно висока інтерактивність кібер-простору; по-четверте, онлайн-комунікація дає змогу громадянам залучитися до процесу лобіювання без адміністративних ризиків, тобто без контактної участі; по-п'яте, листи за електронною поштою набагато швидше досягають свого адресата, ніж їхні аналоги традиційної пошти чи телеграмні повідомлення.

¹ Davidson R. H. Congress and its Members / R. H. Davidson, W. J. Oleszek. – Eighth Edition. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 2002. – P. 360.

² Moore J. L. Elections A to Z / J. L. Moore. – Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1999. – P. 211.

Щодо правових основ лобіювання через комп'ютерні мережі, то це одна із найменш урегульованих сфер цього політико-правового феномену. Позитивним у цьому відношенні є те, що всі вітчизняні законопроекти допускають можливість лобіювання з використанням комп'ютерних мереж. Разом з тим законопроекти не розкривають механізму здійснення даної форми опосередкованого лобіювання, що є найсуттєвішим щодо їх унормування.

Важливим моментом у правовому врегулюванні лобіювання з використанням комп'ютерних мереж є законодавче визначення звернень, які надійшли електронною поштою чи в інший спосіб через Інтернет-мережу та надання їм статусу офіційних звернень до органів державної влади, органів влади АРК та органів місцевого самоврядування. Це продиктоване тим, що в Україні спілкування громадян з посадовими особами даних органів все більше набуває загальноновизнаної форми, що у свою чергу має знаходити відображення у чинному законодавстві.

Фрагментарне унормування цього питання у Законі України «Про статус народного депутата України», у якому у ч. 3 ст. 28 передбачено надання народному депутату адреси електронної пошти¹ та у деяких підзаконних нормативно-правових актах, як наприклад, у Постанові Кабінету Міністрів України «Деякі питання щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 15 жовтня 2004 р. № 1378, якою затверджено «Порядок проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики»², не забезпечує ефективної реалізації конституційного права громадян на звернення, оскільки у них відсутній імператив на обов'язкову відповідь посадових осіб на електронні звернення, які надійшли на їх офіційну електронну адресу. Отже, наразі досить нагально постала проблема щодо законодавчого визначення електронних звернень.

Таким чином, конституйоване лобіювання є вагомим та ефективним конституційно-правовим механізмом захисту прав і свобод людини та громадянина. Тому від того, наскільки швидко воно отримає інституційне оформлення в Україні, залежить і реальна можливість використання лобістських технологій різними суб'єктами суспільних відносин у національній царині захисту прав і свобод людини та громадянина, яка наразі досить нагально потребує відповідних дієвих механізмів.

¹ Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листопада 1992 р. № 2790-ХІІ (з наст. змінами та допов.) // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 3. – Ст. 17.

² Деякі питання щодо забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Кабінету Міністрів України від 15 жовтня 2004 р. № 1378 (з наст. змінами та допов.) // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 42. – Ст. 2773.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Пилипчук, директор Інституту дослідження проблем державної безпеки, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

Етапи формування суверенної Української держави (історико-правові та політичні аспекти)

Історичне минуле свідчить, що протягом багатьох століть український народ активно боровся за своє майбуття. Національна державність формувалася в надзвичайно складних, часто трагічних умовах. Доводилося протистояти не лише агресивним сусідам, які не раз намагалися запровадити на українських землях колоніальний чи напівколоніальний режим, а й боротися із внутрішніми чварами, непорозуміннями, бажаннями тих чи інших політичних діячів поставити власні амбіції над інтересами народу.

Логічним наслідком цих тисячолітніх процесів, а також подій періоду 1980-х років, що відбувалися на теренах колишнього Союзу Радянських Соціалістичних Республік, одним із засновників якого була Українська Радянська Соціалістична Республіка, стало утворення незалежної держави — України. У контексті зазначеного актуальною постає проблема висвітлення політичних та історико-правових аспектів формування суверенної Української держави.

Як відомо, у квітні 1985 р. Політбюро Комуністичної партії Радянського Союзу (КПРС) було проголошено новий політичний курс т. зв. «**перебудови**», одним із основних наслідків якого став розвиток процесів демократизації в суспільстві. З цього приводу актуальними є оцінки російських вчених щодо **змісту вказаної політичної доктрини**, згідно з якою було визнано таке¹:

1) система цінностей західноєвропейського гуманізму є основним критерієм оцінки подій, котрі відбуваються у світі;

¹ Див.: Райгородский В. Л. Политические и правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук : 23.00.02 / В. Л. Райгородский. – Ростов н/Д, 2004. – 284 с.

2) народи, які населяють планету, становлять єдину систему;

3) подальша інтеграція народів має ґрунтуватися на основі реалізації норм та цінностей концепції прав і свобод людини.

Указані трансформаційні зміни стали вкрай важливими з погляду припинення «холодної війни» та гонки озброєнь, розвитку демократичних інститутів, а також прав і свобод громадян на пострадянському просторі.

Водночас, наприкінці 1980-х почали відбуватися кардинальні зміни в організації та функціонуванні державного механізму, в соціально-економічній та інших сферах життєдіяльності суспільства. Активного розвитку набували центробіжні процеси, наслідком яких став т. зв. «парад суверенітетів».

Суть його полягає в тому, що протягом 1989–1990 рр. низка союзних республік прийняла декларації про державний суверенітет. Одними із перших ці документи були ухвалені у Прибалтійських радянських республіках (Естонія, Латвія, Литва) та Росії (червень 1990 р.). До ключових особливостей декларації про державний суверенітет Російської Федерації слід віднести визнання верховенства російських законів перед законами СРСР. Тобто Росія стала однією із перших союзних республік, що почали формувати політико-правові механізми подальшої ліквідації Радянського Союзу.

Декларація про державний суверенітет України була прийнята 16 липня 1991 р. З погляду державотворення вона визначала ключові аспекти формування і розвитку національної державності на основі здійснення українським народом свого невід’ємного права на самовизначення, передбачала запровадження розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову, введення українського громадянства тощо.

У контексті формування системи забезпечення національної безпеки Декларацією передбачалися розвиток суверенної держави в існуючих кордонах та здійснення захисту національної державності, закріплення права на власні Збройні Сили, внутрішні війська й органи державної безпеки.

Звертає на себе увагу зважений підхід до формування правоохоронних органів та військових формувань в Україні. Як свідчить аналіз, у Декларації це питання було розділене на дві частини:

– система органів і військ МВС та органи державної безпеки в Україні мали передаватися під юрисдикцію республіки та підпорядковуватися Верховній Раді;

– стосовно Збройних Сил було лише задекларовано право їх можливого створення в Україні.

Цей підхід, вважаємо, на той час був виправданий і надалі забезпечив створення власних Збройних Сил та інших військових формувань України.

Одним із ключових положень Декларації, яке забезпечило формування конституційно-правових засад становлення суверенної держави, було проголошення принципу верховенства Конституції та законів України на своїй території.

Загалом, реалізація закладених у Декларації принципів мала привести до формування нової суспільно-політичної системи й нового конституційного ладу в Україні, а прийняття радянськими республіками декларацій про державний суверенітет створювало реальні передумови до припинення існування СРСР як державного утворення та, як наслідок, створення низки суверенних держав.

За цих умов розпочалася руйнація системи державного управління, поглибилися кризові явища в економіці та суспільстві, а Радянський Союз опинився на межі розпаду. Для виходу із кризи колишнім керівництвом СРСР і союзних республік почала активно опрацьовуватись ідея щодо підписання нового союзного договору та утворення **Союзу Суверенних Держав (ССД)**. Згідно з положеннями проекту договору ССД фактично мав стати конфедерацією, а союзні республіки — набути реальних прав у соціально-економічній та інших сферах. Водночас, фінансова система, координація економічної діяльності, питання зовнішньої політики, оборони і безпеки мали залишитись у віданні єдиного центру.

Протягом 1990 р. і першої половини 1991 р. у Верховній Раді УРСР та інших союзних республік тривало обговорення проекту нового союзного договору. Наприкінці 1990 р. дебати висвітлили досить широкі розбіжності позицій із цього приводу: від беззаперечного схвалення договору до рішучого відкидання самої ідеї входження України в будь-які політичні союзи.

На початку 1991 р. центральні органи влади СРСР перейшли до силових методів припинення національно-визвольного руху, зокрема у Прибалтійських республіках. Реагуючи на такі дії, Президія Верховної Ради УРСР оприлюднила заяву, в якій наголосила на необхідності забезпечення конституційного порядку, поваги до закону та ви-

словила свою підтримку законно обраним органам державної влади Литви¹.

Проти підписання нового союзного договору активно виступила і частина керівників колишньої КППС та СРСР, за ініціативою яких уночі 19 серпня 1991 р. (незадовго до очікуваного підписання договору про Союз Суверенних Держав) було утворено **Державний комітет з надзвичайного стану в СРСР** (сумнозвісний «ГКЧП») та оголошено про введення такого стану в деяких регіонах Радянського Союзу.

Утім спроба збереження СРСР силовим шляхом виявилася неефективною. Однією з основних причин цього була сформована в суспільстві потреба здійснення кардинальних трансформаційних змін. Подібні настрої існували і серед військовослужбовців Збройних Сил та співробітників органів КДБ, МВС і прокуратури, які мали забезпечувати введення в країні надзвичайного стану.

Із цього приводу заслуговують на увагу оцінки Л. Млечина, який із посиланням на співробітників колишнього 5 Управління КДБ СРСР (захисту конституційного ладу) зазначав: «...шістдесят-сімдесят відсотків співробітників чекали і бажали істотних змін... Багато співробітників у процесі роботи свідомо змінювали свою позицію...»².

Подібні трансформаційні зміни відбувалися й серед співробітників колишнього КДБ, МВС, прокуратури та військовослужбовців Збройних Сил в УРСР. Ще з кінця 1980-х років окремі з них порушували питання стосовно доцільності перебування в КППС та виходили з партії, що вважалося на той час надзвичайною подією. Згодом переважна більшість представників силових структур підтримала створення суверенної Української держави і склала присягу на вірність Українському народові. Як свідчить аналіз, за своїм світоглядом це були вже інші люди, ніж на початку «перебудови» у середині 80-х років минулого століття. Безумовно, частина з них не сприйняла нових змін та звільнилася зі служби, частина переїхала до інших республік колишнього Союзу. Водночас багато професійно підготовлених фахівців силових структур у 1991–1994 рр. повернулися в Україну. За оцінками експертів Британського Центру конфліктології, це значно зміцнило кадровий потенціал суб'єктів сектору безпеки України³.

¹ Див.: Алексеев Ю. М. Україна на зламі історичних епох (Державотворчий процес 1985–1999 рр.) : навч. посіб. / Ю. М. Алексеев, С. В. Кульчицький, А. Г. Слюсаренко. – К., 2000. – С. 71–72, 76.

² Млечин Л. М. Председатели органов госбезопасности. Рассекреченные судьбы / Л. М. Млечин. – 3-е изд., доп. – М., 2003. – С. 698.

³ Gordon Bennett. The SBU – The Security Service of Ukraine [Електронний ресурс]. – Central Eastern Europe Series. – 04/25. – Режим доступу: <http://www.da.mod.uk/csrc>.

Загалом, указані процеси сприяли цивілізованій (на основі закону) розбудові незалежної України.

У порядку порівняння слід зауважити, що на відміну від України, зокрема, у Польській Народній Республіці (ПНР) на початку 1980-х було запроваджено військовий стан, а співробітники силових структур брали активну участь у його підтриманні. Правовим наслідком цього було проведення т. зв. «люстрації» на етапі зміни конституційного ладу в Польщі. Враховуючи зазначене, не зовсім коректними з історичного і правового погляду виглядали пропозиції представників окремих політичних сил щодо використання польського досвіду та проведення «люстрації» в Україні серед представників силових структур, які своєю працею сприяли утворенню незалежної Української держави.

Наочним підтвердженням цього висновку є і те, що перші юридичні оцінки неправомірності рішень «ГКЧП» в Україні були здійснені 19 — 20 серпня 1991 р. співробітниками слідчого відділу колишнього КДБ УРСР і передані керівництву України. 20 серпня 1991 р. Президія Верховної Ради УРСР прийняла заяву, в якій зазначалося, що до рішення позачергової сесії Верховної Ради УРСР положення постанов Державного комітету з надзвичайного стану в СРСР не мають юридичної сили на території України, надзвичайний стан в УРСР не запроваджується і підстав для нього не вбачається¹.

Досить чітку, на наш погляд, оцінку подій того часу було висловлено в газеті «Правда»: «...після провалу спроби державного перевороту процес руйнування країни набув обвального характеру»².

У цьому контексті з політичного і правового погляду вирішальним щодо припинення існування Радянського Союзу був п'ятий надзвичайний 3'їзд народних депутатів СРСР, який відбувся 2–5 вересня 1991 р. в Москві (3'їзд на той час був вищим державним органом СРСР. — *Авт.*). 3'їзд народних депутатів СРСР розпочався з оголошення керівником Казахстану Н. Назарбаєвим **Спільної заяви Президента СРСР, президентів та голів Верховних Рад союзних республік**, згідно з якою передбачалося³:

– підписати Договір про Союз Суверенних Держав, участь у якому кожна республіка має визначити самостійно;

¹ Заява Президії Верховної Ради УРСР // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 40. – Ст. 529.

² Правда. – 5 верес. 1991.

³ Правда. – 6 верес. 1991; Правда. – 7 верес. 1991.

- заключити економічний союз між усіма республіками та утворити міжреспубліканський економічний комітет для управління і координації народним господарством та здійснення економічних реформ;
- створити Раду представників народних депутатів від союзних республік і Державну Раду у складі Президента СРСР та вищих керівників республік;
- ухвалити угоду у сфері оборони з метою збереження єдиних збройних сил та воєнно-стратегічного простору, здійснення радикальних реформ у Збройних Силах, КДБ, МВС, Прокуратурі СРСР з урахуванням суверенітету республік.

Після бурхливого обговорення цього питання народними депутатами СРСР було ухвалено «Постанову про заходи, що впливають із спільної заяві Президента СРСР та вищих керівників союзних республік», Закон «Про органи державної влади та управління Союзу РСР у перехідний період», а також «Декларацію прав і свобод людини».

Ключовими положеннями цих документів було те, що **вся повнота влади передавалася суверенним республікам та Державній Раді СРСР** у складі Президента СРСР та вищих керівників союзних республік. Водночас на території Союзу **запроваджувались європейські та загальносвітові стандарти з прав людини.**

Надалі, схвалення 1 грудня 1991 р. Акта проголошення незалежності України більшістю населення України (90,3 %) створило якісно нову політико-правову ситуацію не тільки в Україні, а й у колишньому СРСР.

Завершився цей процес 8 грудня 1991 р., коли президенти Росії та України і Голова Верховної Ради Білорусії зібралися у Мінську і проголосили, що СРСР як суб'єкт міжнародного права і геополітична реальія припиняє своє існування, а також підписали Угоду про створення **Співдружності Незалежних Держав (СНД)**, до якої могли приєднатися як члени колишнього СРСР, так і інші країни. 21 грудня 1991 р. на зустрічі в Алма-Аті до СНД приєдналися ще вісім колишніх союзних республік, чим вони також підтвердили припинення існування СРСР.

Відповідно до положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів, Угоду про створення СНД Верховна Рада України ратифікувала 10 грудня 1991 р. із застереженнями. Зокрема, у Заяві Верховної Ради України з приводу укладення Угоди про Співдружність Незалежних Держав зверталась увага на неоднозначне тлумачення окремих положень і загального спрямування цього документа (*як можливої основи для створення нової союзної держави*) офіційними колами сторін, що його

уклали. Основні застереження стосувалися питань захисту державного суверенітету, оборони, безпеки та міжнародних відносин¹. Як наслідок, нині **Україна є асоційованим членом СНД**.

Загалом, протиборство різних політичних сил, спрямоване на збереження **федеративної держави — СРСР** чи створення на її базі нової **конфедеративної держави — ССД**, завершилось перетворенням колишніх союзних республік на **15 незалежних держав** та утворенням **СНД**, основною метою якої стало виконання функцій перехідного характеру та цивілізованого роз'єднання колишніх радянських республік.

Таким чином, формування суверенної Української держави відбувалося за вкрай складних історичних та політичних умов. Наведений аналіз дає змогу виокремити **два етапи формування суверенної Української держави**.

Перший (липень 1990 р. — серпень 1991 р.) — з ухвалення Декларації про державний суверенітет України до прийняття Акта проголошення незалежності України.

Другий (серпень — грудень 1991 р.) — від прийняття Акта проголошення незалежності України до його підтримання на всенародному референдумі та створення СНД.

Розглянемо історико-правові аспекти формування суверенної держави — України.

Перший етап формування Української держави, як зазначалося, розпочався з ухвалення 16 липня 1990 р. Верховною Радою УРСР **Декларації про державний суверенітет України**, яка створювала передумови до кардинальної зміни правового поля в Україні.

Із метою реалізації положень Декларації про державний суверенітет України 3 серпня 1990 р. Верховна Рада УРСР ухвалила Закон «Про міністерства і державні комітети Української РСР», що визначав **систему органів державної влади** республіки².

Водночас відповідно до Постанови Верховної Ради УРСР від 3 серпня 1990 р. «Про реалізацію Закону «Про економічну самостійність Української РСР»», усі дії суб'єктів господарських відносин, які суперечили державному суверенітету та економічним інтересам республіки, заборонялися, Раді Міністрів УРСР доручалося у двомісячний термін підготувати 19 проектів законодавчих актів (*про землю*,

¹ Заява Верховної Ради України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 13. – Ст. 180.

² Про міністерства і державні комітети Української РСР : Закон Української РСР // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 33. – Ст. 482.

власність, оподаткування, оренду, підприємництво, акціонерні товариства, банки, фінансово-кредитну систему, цінні папери і фондовий ринок, податкову інспекцію, митну службу, зовнішньоекономічну діяльність та ін.), прийняття яких мало забезпечити створення економічного підґрунтя державного суверенітету України¹.

В умовах гострої політичної боротьби восени 1990 р. Верховна Рада УРСР ухвалила Закон «Про зміни і доповнення до Конституції Української РСР». Згідно з цим Законом скасовувалася ст. 6 Конституції про керівну роль Комуністичної партії; закріплювались основи діяльності різних політичних партій в Україні; заборонялося створення угруповань, що ставили за мету зміну насильницьким шляхом конституційного ладу, порушення територіальної цілісності держави, розпалювання релігійної та національної ворожнечі; проголошувалося верховенство законів республіки на території України, а найвищий судовий контроль покладался виключно на Верховний Суд Української РСР.

Наступним кроком щодо зміцнення структур державної влади було ухвалення Закону «Про місцеві ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування», згідно з яким сільські, селищні, районні, міські й обласні ради здобули самостійність і незалежність у межах своїх повноважень при вирішенні питань місцевого значення.

Водночас активна законотворча діяльність здійснювалась у сфері міжнародних відносин. Важливим щодо визнання державного суверенітету союзних республік було укладення 19 листопада 1990 р. у м. Києві Договору між Українською РСР і Російською РФСР, а також 29 грудня 1990 р. у Мінську Договору між Українською РСР та Білоруською РСР. Обидва документи були ратифіковані парламентами вказаних республік і подані для реєстрації у встановленому порядку до Організації Об'єднаних Націй².

Одночасно вживали заходів щодо реалізації положень Декларації про державний суверенітет України у сфері правоохоронної діяльності та проходження військової служби громадянами України. Так, у листопаді 1990 р. було прийнято Постанову Верховної Ради «Про невідкладні заходи по зміцненню законності і правопорядку в республіці». Для забезпечення належного правопорядку і законності Раді

¹ Про реалізацію Закону «Про економічну самостійність Української РСР»: Постанова Верховної Ради УРСР від 3 серпня 1990 р. // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 34. – Ст. 500.

² Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 49. – Ст. 636, 637; Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 9. – Ст. 86.

Міністрів УРСР, місцевим органам влади і правоохоронним органам доручалося вжити низку невідкладних заходів, зокрема¹:

- скасувати рішення рад та виконавчих комітетів, які виходили за межі їхньої компетенції, суперечили Конституції та іншим законодавчим актам;
- здійснюючи контроль за роботою правоохоронних органів, не допускати втручання в їхню діяльність;
- заборонити створення військових, охоронних та інших воєнізованих формувань, не передбачених законами;
- укласти з Радою Міністрів СРСР угоду про взаємовідносини у сфері діяльності правоохоронних органів.

Крім цього, доручалося забезпечити удосконалення структури органів МВС з урахуванням статусу України як суверенної держави. У цілому на початку 1991 р. вся система органів, військ і закладів МВС в УРСР, у тому числі союзного підпорядкування, мала перейти під юрисдикцію України.

Для вдосконалення структури державного управління у квітні 1991 р. було ухвалено Закон «Про утворення Кабінету Міністрів Української РСР» у складі: Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єра, віце-прем'єра, державного секретаря Кабінету Міністрів, державних міністрів та міністрів Української РСР². У липні 1991 р. було ухвалено досить важливий Закон «Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР». Вибори Президента УРСР були призначені на 1 грудня 1991 р.

Аналіз названих та інших законодавчих актів дає підстави стверджувати, що після прийняття Декларації про державний суверенітет України **в період з липня 1990 до серпня 1991 р. були сформовані правові основи для проголошення незалежності України, розбудови системи державного управління, забезпечення безпеки і правопорядку в державі.**

Особливістю *другого етапу* формування суверенної Української держави, як зазначалося, була активізація державотворчих процесів після спроби державного перевороту в СРСР. Розпочався цей етап із прийняття 24 серпня 1991 р. **Акта проголошення незалежності**

¹ Про невідкладні заходи по зміцненню законності і правопорядку в республіці: Постанова Верхов. Ради УРСР // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 51. – Ст. 647.

² Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 26. – Ст. 289; Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 28. – Ст. 342.

України¹, в якому зазначалося, що виходячи із смертельної небезпеки, яка нависла була над Україною у зв'язку з державним переворотом в СРСР, права на самовизначення, передбаченого статутом ООН та іншими міжнародно-правовими документами, здійснюючи Декларацію про державний суверенітет України, Верховна Рада УРСР проголошує незалежність України та створення самостійної держави — України. Далі в документі наголошувалося, що віднині на території України мають чинність виключно Конституція і закони України.

Одночасно Верховна Рада ухвалила постанову про політичну обстановку і негайні дії щодо створення умов для запобігання новим спробам військового перевороту, якою Урядові доручалося організувати перехід у власність України підприємств союзного підпорядкування, ввести в обіг власну грошову одиницю й забезпечити її конвертацію, а також спільно з профільними комітетами Верховної Ради підготувати необхідні проекти законодавчих актів у сфері оборони і державної безпеки². Згідно з постановою Верховної Ради «Про департизацію державних органів, установ та організацій» військовослужбовці та співробітники органів прокуратури, МВС та КДБ України були зобов'язані припинити своє членство в будь-якій політичній партії чи русі³.

Враховуючи **історичні уроки початку ХХ ст.**, коли допущені керівництвом Української Народної Республіки прорахунки у військовій сфері значною мірою зумовили втрату національної державності, Верховною Радою та урядом суверенної України **велика увага приділялася розбудові власних Збройних Сил та інших суб'єктів сектору безпеки.**

Зокрема, у серпні — грудні 1991 р. в Україні, на відміну від багатьох інших союзних республік, була проведена значна за обсягами законодавча робота у сфері оборони і безпеки. У цей період, зокрема, було утворено Раду оборони України на чолі з Президентом України; ухвалено Концепцію оборони та будівництва Збройних Сил України; прийнято закони «Про оборону України» і «Про Збройні Сили України»; видано Указ Президента України «Про Збройні Сили України», який

¹ Про проголошення незалежності України : Постанова Верхов. Ради УРСР // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 38. – Ст. 502.

² Про політичну обстановку на Україні і негайні дії Верховної Ради України по створенню умов неповторення надалі військового перевороту : Постанова Верхов. Ради України // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 503.

³ Про департизацію державних органів, установ та організацій : Постанова Верхов. Ради України // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 504.

постановляв про створення Збройних Сил України на базі військових формувань, що дислокувались в Україні, крім військ, що входили до складу Стратегічних Сил стримування; ухвалено постанову Верховної Ради «Про створення Служби національної безпеки України». Одночасно розгорталися Державний комітет у справах охорони державного кордону України та Прикордонні війська України, формувалося правове поле їх діяльності — ухвалено закони «Про державний кордон України» та «Про прикордонні війська України».

Таким чином, у серпні-грудні 1991 р. в Україні було створено **необхідні конституційно-правові передумови для розбудови незалежної держави — України, її Збройних Сил та інших суб'єктів сектору безпеки України.**

Дослідження історико-правових та політичних аспектів формування суверенної Української держави дає підстави зробити такі основні висновки:

1) в Україні наприкінці 80-х — на початку 90-х років минулого століття під час трансформації суспільно-політичної системи, органів державної влади та силових структур був узятий за основу підхід щодо побудови правової держави і розв'язання наявних проблем у сфері державотворення шляхом прийняття відповідних законодавчих актів;

2) створення суверенної держави — України відбувалося за вкрай складних історичних та політико-правових умов, аналіз яких дає змогу виокремити два етапи формування Української держави:

перший (липень 1990 р. — серпень 1991 р.) — з ухвалення Декларації про державний суверенітет України до прийняття Акта проголошення незалежності України. Його особливістю було формування конституційно-правових основ для проголошення незалежності України;

другий (серпень — грудень 1991 р.) — від прийняття Акта проголошення незалежності України до його підтримання на всенародному референдумі та створення СНД. Його особливістю було правове оформлення виникнення незалежної держави — України, правове оформлення ліквідації СРСР та створення СНД;

3) система вжитих у липні 1990 р. — грудні 1991 р. правових заходів у вкрай складних суспільно-політичних умовах забезпечила захист державного суверенітету і територіальної цілісності України, належного правопорядку та безпеки громадян, суспільства і держави.

В. Стрілець, професор Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Організація волосних та сільських революційних комітетів у Полтавській губернії (грудень 1919 р. — лютий 1920 р.)

Потреба вивчення процесу конструювання радянської влади в Україні в період Української революції 1917–1920 рр. зумовлюється надзвичайною політизацією цього питання на сучасному етапі розвитку української держави. Особливістю підходів радянської історичної та історико-правової науки до зазначеної проблеми була наявність обов'язкового набору ідеологічних штампів, котрих неможливо було уникнути, а сучасні науковці приділяють не надто багато уваги радянському державному будівництву, особливо на місцевому рівні. Метою статті є дослідження нормативної бази створення волосних та сільських революційних комітетів як надзвичайних місцевих органів радянської влади та реальний процес їх організації в Полтавській губернії, що охоплювала значну частину території України, на межі 1919–1920 рр.

Правовий статус та підходи до організації революційних комітетів як надзвичайних органів радянської влади визначалися прийнятим 24 жовтня 1919 р. Всеросійським Центральним Виконавчим Комітетом (ВЦВК) і Радою Оборони Радянської Росії «Положенням про революційні комітети (ревкоми)»¹. Це Положення стало основою для розробки не лише в РСФРР, а й в інших радянських республіках, зокрема в УСРР, місцевими партійними та радянськими організаціями, фронтовими та армійськими установами багатьох інструкцій, положень та інших актів, в яких більш конкретно визначалися правове становище, завдання, структура та функції ревкомів. Так, Інструкцією ревкомам, організованим у сфері впливу Південного фронту (далі — Інструкція), прийнятою революційною військовою радою (реввійськрадою) цього фронту 18 листопада 1919 р. (а саме в зоні дій цього фронту опинилася наприкінці 1919 р. територія Полтавської губернії), визначався порядок організації ревкомів у районі дій армій Південного фронту. Згідно з Інструкцією ревкоми у великих містах і на вузлових залізничних станціях могли

¹ Декреты Советской власти. – Т. VI. – 1 авг. – 9 дек. 1919 г. – М., 1973. – С. 225–226.

створюватися лише реввійськградою фронту, а в інших містах — реввійськградами армій під контролем реввійсьради фронту¹. Таким чином, Інструкція визначала порядок організації ревкомів лише на губернському та повітовому рівнях, оскільки волосні центри розташовувалися не в містах, а у великих селах або містечках.

Водночас місцеві організації Комуністичної партії (більшовиків) України (КП(б)У) керувалися й іншим документом про відновлення радянської влади в Україні. Ще наприкінці 1918 р. на основі Декрету Тимчасового робітничо-селянського уряду України «Про організацію влади на місцях» було розроблене «Тимчасове положення про організацію робітничо-селянської влади на місцях», в якому зазначалося, що на звільнених територіях негайно мали організовуватися невеликі мобільні військово-революційні комітети, а в селах — комітети бідноти. Такі ревкоми (очевидно, мався на увазі їх волосний рівень) мали об'єднуватися повітовими, а останні — губернськими військово-революційними комітетами. Ревкоми мали організовуватися безумовними прибічниками радянської влади, насамперед, місцевими більшовицькими партійними організаціями. Зазначалося право урядової влади назначати в місцеві (тобто у волосні ревкоми) своїх представників із покладанням на них певних обов'язків, або «без конкретних вказівок, яка саме робота в місцевому ревкомі поручається призначеному урядом товаришу». Передбачалося, з огляду на неповне представництво всіх робітників і найбіднішого селянства певної території в місцевих ревкомах, зміна складу останніх урядовим розпорядженням². Тимчасове положення стало частиною нормативної бази і УСРР, оскільки було включене 1919 р. у Зібрання узаконень і розпоряджень її уряду і використовувалося певною мірою як правове забезпечення процесу конструювання місцевих органів радянської влади протягом зазначеного періоду.

На практиці в Полтавській губернії організація губернського і повітових ревкомів відбувалося в основному на базі Положення про революційні комітети від 24 жовтня 1919 р. військовою владою Південного фронту та частково згаданого «Тимчасового положення про організацію робітничо-селянської влади на місцях»³. На формування

¹ Власть Советов. – Полтава, 1919. – 14 дек.

² Собрание узаконений и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Украины. – 2-е изд. – 1919. – № 1. – (1–30 июня 1919 г.). – С. 6–7.

³ Див.: Стрілець В. В. Організація губернського та повітових революційних комітетів у Полтавській губернії (грудень 1919 р. – січень 1920 р.) / В. В. Стрілець // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 3(58). – С. 96–104.

місцевих (волосних та сільських) ревкомів військова влада безпосередньо не впливала. Хоча поодинокі призначення волосних ревкомів останньою мали місце. Так, військовою владою був призначений Срібнянський волосний ревком Прилуцького повіту¹ та Нехворощанський волосний ревком Костянтиноградського повіту².

Відповідні нормативні документи створеного 11 грудня 1919 р. Всеукраїнського революційного комітету не вплинули істотно на порядок та процес формування місцевих ревкомів губернії. Оскільки Всеукраїнський ревком реального впливу на організацію Полтавського губернського і повітових ревкомів губернії не мав, то останні фактично зігнорували його «Тимчасове положення про організацію Радянської влади на Україні» від 22 грудня 1919 р., за яким місцеві ревкоми мали призначатися вищестоящими ревкомом³, тим більше, що процес створення місцевих ревкомів через їх обрання вже почався і на той час охопив значну територію Полтавської губернії. На практиці при організації місцевих ревкомів на межі 1919–1920 рр. реалізовувалася ідея саме виборів волосних і сільських ревкомів. У такий спосіб радянська влада губернського і повітового рівня намагалася певним чином легітимізуватися, адже досить хитким і непевним було її становище в українському селі.

18 грудня 1919 р. ще перший склад Полтавського губернського ревкому направив телефонограму повітовим ревкомом із вимогою організувати в повітах волосні ревкоми, хоча жодних додаткових розпоряджень щодо правил їх організації не було направлено⁴. Інструкції з організації волосних і сільських ревкомів були розіслані на місця інформаційно-інструкторським підвідділом відділу управління реорганізованого Полтавського губернського ревкому лише в період з 20 січня по 10 лютого 1920 р. (точну дату встановити не вдалося), тобто тоді, коли, за свідченням документів, більшість відповідних ревкомів у повітах губернії вже було організовано⁵. Очевидно, що губернський ревком видав такі інструкції лише після розробки НКВС РСФРР «Положення про сільські ревкоми», що доповнило згадане,

¹ Трудящиеся Полтавщины в борьбе за установление и укрепление Советской власти (1917–1920 гг.): Сб. док. и материалов. – Полтава, 1957. – С. 165.

² Державний архів Полтавської області (Далі – ДАПО). – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 163. – Арк. 417 зв.

³ Радянське будівництво на Україні в роки громадянської війни (1919–1920) : 36. док. і матеріалів. – К., 1957. – С. 26.

⁴ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 8. – Арк. 13.

⁵ Там само. – Спр.158. – Арк. 66.

прийняте 24 жовтня 1919 р. ВЦВК і Радою Оборони Радянської Росії «Положення про революційні комітети (ревкоми)». «Положення про сільські ревкоми» готувалося на початку 1920 р. і на місяць поступило лише з початком лютого¹. Тому у справі організації місцевої влади ініціатива була за створеними на межі 1919–1920 рр. повітовими ревкомами, які, реалізуючи ідею формування місцевих ревкомів, зустрілися з прагненням широких кіл змученого постійними змінами влади селянства до стихійної самоорганізації.

У деяких місцевостях губернії створення місцевої влади ініціювалося знизу і в досить різних формах. Так, у грудні 1919 р. у Хорольському повіті, де ставлення до влади було загалом співчутливе, часто селяни за власною ініціативою організовували сільські і волосні ревкоми, керуючись при цьому інструкціями, що збереглися з попереднього періоду існування радянської влади (ймовірно, інструкціями про вибори місцевих рад)². У відозві Пирятинського повітового ревкому (виданій або у грудні 1919 р., або у січні 1920 р.) згадувалися «агенти Денікіна та петлюрівської армії», котрі самочинно скликали в повіті волосні сходи та обирали волосні ради, проводячи до цих рад «жовто-блакитних шовіністів»³. У деяких місцевостях цього повіту всупереч волі повітового ревкому обрані в такий спосіб волосні та сільські ради існували і в лютому 1920 р.⁴ Зокрема, волосна рада та її виконком, а не ревком, існували до кінця лютого 1920 р. у Харківській волості повіту, а в Яблунівській волості — волосна рада⁵. У Черняхівській волості повіту протягом січня — лютого 1920 р. одночасно існували волосний ревком та волосна рада з виконкомом⁶.

Організуючи вибори волосних і сільських ревкомів, повітові ревкоми керувалися ідеєю радянської влади як диктатури пролетаріату та найбіднішого селянства, але спочатку далеко не завжди їм вдавалося реалізувати зазначений принцип на практиці, оскільки він суперечив реальним настроям, особливо на селі, та самій ідеї виборів як таких, котрі асоціювалися в селян із закріпленою в свідомості в попередні періоди революції ідеєю загального виборчого права.

¹ Див.: Бугай Н. Ф. Чрезвычайные органы Советской власти: ревкомы. 1918–1921 гг. / Н. Ф. Бугай – М., 1990. – С. 33–34.

² ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 158. – Арк. 5 зв.

³ Трудящиеся Полтавщины в борьбе за установление и укрепление Советской власти (1917–1920 гг.): Сб. док. и материалов. – Полтава, 1957. – С. 174.

⁴ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 142. – Арк. 188, 250.

⁵ Там само. – Арк. 345 зв.

⁶ Там само. – Арк. 356–360.

У зв'язку з цим деякими повітовими ревкомками розроблялися відповідні, умовно кажучи, «компромісні» інструкції з організації (виборів) місцевих ревкомів. Наприклад, в інструкції Лубенського повітового ревкому за підписом голови ревкому волосним ревкомкам та старостам тих волостей, де ревкоми були відсутні, містилася вимога організувати ревкоми в селах повіту за такими правилами: 1) сільські ревкоми у складі трьох осіб наділені всією повнотою влади в селі; 2) сільський ревком обирається на загальних зборах бідняків і середняків села; 3) у виборах ревкому не мають права брати участь селяни, котрі займали які-небудь посади за гетьманської чи денікінської влади; усі землевласники (як селяни, так і поміщики), котрі мали землі більше, ніж могли її обробити і тому здавали землю в оренду, або використовували найману працю; асоціальні елементи (зłodії, п'яниці та спекулянти). Інструкцією визначався також порядок проведення сходу (загальних зборів) жителів села, що включав обрання голови і секретаря сходу, оголошення інструкції ревкому, висування кандидатів та голосування методом підняття рук. Протокол сходу за підписами всіх грамотних селян мав бути направлений у волосний ревком¹.

Інші повітові ревкоми у відповідних інструкціях акцентували увагу на питанні відповідного соціального складу місцевих ревкомів. Так, 3 грудня 1919 р. Роменський повітовий ревком постановив терміново організувати в повіті волосні та сільські ревкоми у складі голови і двох членів шляхом скликання зборів членів колишніх волосних виконавчих комітетів, комітетів бідноти та осередків КП(б)У, розробити з цією метою відповідні інструкції та направити на місця інструкторів повітового ревкому².

Процес організації місцевих ревкомів у різних повітах ішов по-різному. В більшості повітів губернії такі ревкоми були організовані невдовзі після утворення повітових ревкомів, а в деяких місцевостях сільські та волосні ревкоми так і не були сформовані аж до виборів рад навесні 1920 р. Так, більшість місцевих ревкомів Роменського повіту організовані в грудні 1919 р. місцевими радянськими активістами на основі згаданих інструкцій повітового ревкому, а деякі волосні, наприклад, Бобрицький, Глинський та Перекопівський, — представниками повітового ревкому³. У Прилуцькому повіту Переволочнянський волосний ревком обрано на зборах представників сільських ревкомів

¹ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 150. – Арк. 38 зв.

² Там само. – Спр. 7. – Арк. 4 зв.

³ Там само. – Арк. 6.

волості¹. Іваницький волосний ревком обрано на підставі телефонограми повітового ревкому на засіданні представників сіл волості за головування колишнього волосного старшини². Гнилицький волревком теж обрано на засіданні представників сіл волості. Ревком села Середівки цього ж повіту обрано 1 грудня 1919 р. на загальних зборах селян, а в ролі організатора виборів виступив сільський староста³. У Роменський і Великобубнівський волосні ревкоми Роменського повіту увійшли представники від сільських громад⁴. До складу Бобрицького волосного ревкому Роменського повіту увійшли члени колишнього волосного виконкому, а в Курманівський та Медвежівський волосні ревкоми увійшли як члени колишніх сільських виконкомів, так і комбідів⁵.

Білоцерківський волосний ревком Лохвицького повіту обрано 12 січня 1920 р. на зборах 29-ти представників сільських громад волості. Голосували в спосіб подання записок⁶. Сільськими сходами обрані сільські ревкоми Свиридівської волості Лохвицького повіту та з'їздом їх членів обрано волосний ревком⁷. Волосний ревком Петрівської волості Костянтиноградського повіту обрано 29 грудня 1919 р. на засіданні волосної революційної ради у складі 15-ти представників від сільських громад волості⁸. Берестовенський волосний ревком цього ж повіту обрано 1 січня 1920 р. на загальних зборах, як зазначалося в документі, «громадян сіл» волості⁹. Волосні ревкоми Карлівської та Леб'яжівської волостей обрано відповідно 23 грудня 1919 р. та 1 січня 1920 р. на загальних зборах лише жителів містечка Карлівки та села Леб'яже, тобто без залучення представників від населених пунктів волостей¹⁰. Із другої спроби (з інтервалом у дві доби) обрано Михайлівський волосний ревком Костянтиноградського повіту. Перший раз 10 січня 1920 р. у Михайлівці зібралися на загальні збори представники населених пунктів волості з розрахунку один представник від 50 жителів. Однак збори, вирішивши, що гідних кандидатур на посади членів ревкомів серед членів зборів немає, постановили провести пере-

¹ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 157. – Арк. 18.

² Там само. – Спр. 157. – Арк. 38.

³ Там само. – Спр. 150. – Арк. 42.

⁴ Там само. – Спр. 157. – Арк. 64.

⁵ Там само. – Спр. 7. – Арк. 47.

⁶ Там само. – Арк. 47 зв., 48.

⁷ Там само. – Ф. 3179. – Оп. 1. – Спр. 3. – Арк. 25.

⁸ Там само. – Арк. 38 зв.

⁹ Там само. – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 163. – Арк. 421.

¹⁰ Там само. – Арк. 423.

обрання представників на нові волосні збори. 13 січня новими зборами волосний ревком у складі трьох членів було обрано. Збори доручили обраному волосному ревкому видати розпорядження на місця про обрання сільських ревкомів та відмінити посади сільських старост і збирачів податків¹. Машівський волосний ревком цього ж повіту обрано на загальних зборах обраних від сільських громад волості 18 грудня 1919 р. делегатів у складі 55-ти із загальної кількості 82-х².

Царичанський волосний ревком Кобеляцького повіту був призначений інструктором повітового ревкому з місцевих членів КП(б)У. Волосними сходами обрані Кобеляцький та Маячківський волосні ревкоми. Тричі обирався Кустолівський волосний ревком цього ж повіту³. У Полтавському повіті волосні ревкоми організовувалися з допомогою 8-ми інструкторів повітового ревкому. Вже на кінець грудня 1919 р. із 20-ти волостей повіту волосні ревкоми було організовано у 18-ти волостях⁴.

У звіті відділу управління Лубенського повітового ревкому (травень 1920 р.) зазначалося, що організація волосних і сільських ревкомів у повіті відбувалася зі значними труднощами через зумовлене непевністю в міцність радянської влади небажання сільської бідноти і середняків йти в ревкоми, що призвело до того, що в деяких селах повіту ревкоми не були організовані взагалі⁵. Лише після неодноразових розпоряджень Лохвицького повітового ревкому вдалося організувати Чорнухинський волосний ревком⁶.

У деяких місцевостях губернії за умов відсутності вчасних відповідних вказівок від губернського та повітових ревкомів за ініціативою місцевих осередків КП(б)У на основі, зокрема, згаданого «Тимчасового положення про організацію робітничо-селянської влади на місцях» створювалися, або відновлювалися й інші органи радянської влади: виконавчі комітети сільських і волосних рад та комітети бідноти. Так, у наказі Прилуцького повітового ревкому від 29 грудня 1919 р. констатовалося утворення на частині території повіту згідно з розпорядженням повітового ревкому волосних і сільських ревкомів, а в інших населених пунктах, очевидно, під впливом місцевих осередків КП(б)У —

¹ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Арк. 452–454 зв.

² Там само. – Спр. 163. – Арк. 382.

³ Там само. – Спр. 145. – Арк. 57–58 зв.

⁴ Там само. – Спр. 158. – Арк. 3, 4 зв.

⁵ Там само. – Спр. 150. – Арк. 298.

⁶ Там само. – Ф. 3179. – Оп. 1. – Спр. 3. – Арк. 27.

волосних і сільських комітетів бідноти. «Хоча суть від цього і не змінюється, — характерним чином зазначалося в наказі, — але до переходу радянської влади в повіті на мирне становище з утворенням рад, влада має перебувати в руках тимчасових революційних органів — ревкомів». Цим же документом повітовий ревком наказав, не проводячи перевибори, перейменувати сільські і волосні комітети бідноти в сільські і волосні ревкоми¹. У Нехворощанській волості Костянтиноградського повіту на основі призначеного військовою владою волосного ревкому та членів колишнього волосного виконавчого комітету 13 січня 1920 р. було організовано тимчасовий волосний виконавчий комітет, який мав уособлювати волосну владу до майбутніх виборів рад². З утворенням на початку грудня 1919 р. Переяславського повітового ревкому у волостях повіту розпочалася організація волосних ревкомів, а в селах — комітетів бідноти, що мусило губернський ревком відмінити створення останніх³.

Загалом склад обраних місцевих ревкомів Полтавської губернії виявився неблагоннадійним, а то й ворожим новій владі. Наприклад, до сільських ревкомів Білоусівської волості Лохвицького повіту були обрані сільські старости⁴, а в Миргородському повіті членами Шишацького волосного ревкому включно з головою цього ревкому були обрані навіть учасники одного з попередніх повстань проти радянської влади, у зв'язку з чим Шишацький повітовий комітет КП(б)У постановив арештувати зазначених посадових осіб⁵. Тому там, де обрані селянами ревкоми за своїм складом не задовольняли більшовицьку владу, губернський та повітові ревкоми організовували їх перевибори. На реорганізацію у формі перевиборів місцевих ревкомів вплинула й Інструкція «Всім губернським і повітовим ревкомам» Всеукраїнського ревкому, що надійшла до губернського ревкому 22 січня 1920 р., у якій чітко зазначалося, що в загальній конструкції радянської влади волосні і сільські ревкоми є організацією міської і сільської бідноти⁶.

Перевибори місцевих ревкомів у тому чи іншому масштабі відбулися в усіх повітах губернії. Так, у Лубенському повіті, як зазначалося в доповіді відділу управління повітового ревкому від 18 лютого 1920 р., були переобрані ті волосні і сільські ревкоми, «які опинилися не на

¹ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 153. – Арк. 47.

² Там само. – Спр. 163. – Арк. 417 зв.

³ Там само. – Спр. 158. – Арк. 101 зв.

⁴ Там само. – Ф. 3179. – Оп. 1. – Спр. 3. – Арк. 37.

⁵ Там само. – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 6. – Арк. 101.

⁶ Там само. – Арк. 59.

висоті свого становища»¹. У зв'язку з обранням до усіх місцевих ревкомів Лохвицького повіту, за визначенням губернського ревкому, «куркулів», тобто заможних селян, останні були переобрані під керівництвом відділу управління повітового ревкому². А в Лучанській волості цього ж повіту склад сільських ревкомів переобирався декілька разів³.

Відповідна, за визначенням губернського ревкому, «ревізія» місцевих ревкомів із метою очищення від куркулів відбулася у всіх волостях Зінківського повіту⁴. Повна або часткова реорганізація (переобрання) волосних ревкомів відбулася і в 10-ти волостях Кременчуцького повіту з причини «політичної неблагонадійності, недієздатності і службових зловживань» членів волосних ревкомів⁵. У Гадяцькому повіті, за оцінкою губернського ревкому, через самовідсторонення сільської бідноти від політичного життя у складі сільських і волосних ревкомів та під впливом місцевих боротьбистів опинилося багато «куркульських елементів», що змусило повітовий ревком провести «ревізію» місцевих ревкомів із метою заміни їх неблагонадійного «шкідливого» складу на представників незаможного селянства⁶.

Але навіть після переобрання склад ревкомів деяких повітів не задовольнив повністю губернську та повітового рівня владу. Так, п'ятий повітовий з'їзд рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів Лубенського повіту вже 14 квітня 1920 р. під впливом повітового ревкому більшістю голосів прийняв досить красномовну резолюцію, в якій, зокрема, констатувалася повна відсутність допомоги повітовому ревкому з боку волосних і сільських ревкомів повіту, оскільки до їх складу входили «здебільшого куркулі і елементи, ворожі до радянської влади»⁷. Навіть після переобрання місцевих ревкомів Кременчуцького повіту в них, за оцінкою повітового ревкому, переважали «куркулі»⁸.

Отже, організація волосних і сільських ревкомів у Полтавській губернії відбувалася здебільшого губернським та повітовими ревкома-ми, зорганізованими в основному на базі нормативних актів Радянської Росії (прийнятого ВЦВК і Радою Оборони РСФРР «Положення про

¹ ДАПО – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 150. – Арк. 29.

² Там само. – Спр. 158. – Арк. 101 зв.

³ Там само. – Ф. 3179. – Оп. 1. – Спр. 3. – Арк. 38.

⁴ Там само. – Ф. 1865. – Оп. 1. – Спр. 158. – Арк. 103 зв.

⁵ Там само. – Арк. 233 зв.

⁶ Там само. – Спр. 144. – Арк. 1; Спр. 158. – Арк. 98 зв. – 99.

⁷ Там само. – Спр. 150. – Арк. 255 зв.

⁸ Там само. – Ф. 1203. – Оп. 1. – Спр. 6. – Арк. 16 зв.

революційні комітети (ревкоми)»), у формі виборів. Відповідні нормативні акти вищих органів державної влади Радянської України (ВЦВК, РНК та Всеукраїнського ревкому) у процесі конструювання місцевих ревкомів відігравали другорядну роль. Змучена постійними змінами влади, реакційною денікінською політикою значна частина сільського населення губернії досить активно включилася у процес організації місцевих ревкомів, але його результати в соціально-політичному відношенні не задовольнили губернський та повітові ревкоми. Тому місцеві ревкоми реорганізовувалися у формі переобрання, з тим, щоб їх склад відповідав принципу радянської влади як диктатури пролетаріату та найбіднішого селянства. Зрештою, влада губернського і повітового рівня в результаті такого переобрання домоглася більш-менш прийнятної для себе соціального складу місцевих ревкомів, але так і не довіряла їм до кінця. Інакше й не могло бути з тією владою, яка утвердилася в основному військовими методами і сповідувала чужу демократичним принципам ідею радянської влади як диктатури.

А. Козаченко, доцент Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Організаційно-правова діяльність земства з метою розвитку аграрної галузі наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст.

На думку багатьох вчених, у наш час залишається актуальним досвід формування ринкових відносин у аграрній галузі після селянської реформи 1861 р. Основними складовими трансформування аграрних суспільних відносин була проблема модернізації аграрної галузі, формування ринку землі та фермерських господарств. Як стверджує один із дослідників історіографії цієї проблеми В. М. Шевченко, уперше питання формування земельного ринку торкнулися земські статистики та економісти О. О. Русов, М. В. Порш, О. М. Зак, В. В. Святловський. Зазначена проблема залишалася у полі зору радянських істориків. Після проголошення незалежності України науковий інтерес щодо процесу формування ринку землі помітно збільшився. Історичні дослідження формування ринку землі у другій половині ХІХ — на початку ХХ ст. проводили О. П. Реєнт, Ю. П. Присяжнюк, І. В. Хміль, В. М. Шевченко, М. А. Якименко¹. Роль земств у формуванні ринкових аграрних відносин стала предметом дослідження земствознавців А. І. Лохматової, Т. В. Лобас² та ін.

Зважаючи на актуальність зазначеної проблеми, автор статті ставить собі за мету на прикладі Полтавського земства розкрити організаційно-правову роль земського самоврядування у процесі модернізації аграрної галузі та формування поземельних ринкових відносин наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст.

Нормативно-правову базу правової діяльності земського самоврядування у аграрній галузі становили загальноімперські та локальні нормативно-правові акти. Згідно зі ст. 2 Положення про губернські

¹ Див.: Шевченко В. М. Проблема ринкових аграрних відносин в Україні другої половини ХІХ – початку ХХ ст. в історіографії / В. М. Шевченко // Укр. іст. журн. – 2007. – № 5. – С. 188–205.

² Лохматова А. І. Катеринославське земство / А. І. Лохматова. – Запоріжжя, 1999. – С. 66–82; Лобас Т. Земські заклади і становлення інститутів управління аграрною галуззю економіки Лівобережної і Слобідської України у другій половині ХІХ – на початку ХХ ст. / Т. Лобас // Наук. зап. – Вип. 45. – К., 2002. – С. 44–51.

і повітові земські установи 1890 р. (далі — Положення) до відання земства належало забезпечення населення продуктами харчування, здійснення протиепізоотичних заходів, захист посівів зернових та інших сільськогосподарських культур, організація боротьби із природними шкідниками. Положення 1890 р. вказувало на те, що на земство покладалося забезпечення розвитку землеробства: «допомога місцевому землеробству усіма засобами, що від земства залежали»¹. Повноваження та функції земства в аграрній галузі врегульовували нормативно-правові акти Державної ради, Сенату, Комітету міністрів; циркуляри, положення, інструкції, програми та правила Міністерства внутрішніх справ, Міністерства державного майна і Міністерства землеробства; циркуляри і розпорядження губернаторів, розпорядження уповноваженого від Міністерства землеробства по Полтавській губернії, управляючих державним майном та удільною конторою, губернських та повітових агрономів і ветеринарних лікарів.

Наприкінці ХІХ ст. земство активізувало роботу з розробки локальних нормативно-правових актів, що мали на меті розвиток аграрних відносин. У 1890 р. Полтавське губернське земство звернулося з клопотанням до уряду про надання йому права видавати обов'язкові для виконання на території губернії постанови для боротьби з епізотіями та розпочало роботу над правилами ветеринарного нагляду². Земські збори ухвалили постанови про товариства взаємного кредиту 1891 р., про заразні хвороби домашніх тварин 1899 р., Статут Лубенської сільськогосподарської школи 1892 р., Статут Полтавської нижчої школи огородництва та садівництва 1894 р., Статут Полтавського дослідного поля 1893 р.

Після прийняття Положення 1890 р. у складі земств почали формуватися спеціальні органи та посади при управах, які займалися проблемами сільськогосподарського виробництва. У 1890 р. при Полтавській і Хорольській повітових управах було створено сільськогосподарські ради та комісії, до складу яких входили гласні, земські службовці, представники від селян. У 1892 р. Полтавські губернські земські збори ухвалили рішення про формування сільськогосподарських рад і бюро при повітових управах. До складу сільськогосподарської ради

¹ Положение о губернских и уездных земских учреждениях 1890 г. // Полн. собр. законов Рос. империи. – Спб., 1893. – № 6927. – Т. X. – С. 495.

² Журналы Полтавского губернского земства (далі – ПГЗ) собрания XXVI очередного созыва 1890 г. – Полтава, 1891. – С. 10, 14.

входили голова й члени земської управи, по два представники від повітових сільськогосподарських товариств¹.

Здебільшого аграрні питання розглядала створена у 1900 р. економічна рада. Упродовж 1900 р. відбулося три засідання економічної ради Полтавського губерньського земства, під час яких розглядалися питання про запровадження дослідних полів, будівництва елеваторів та про шляхи підвищення ефективності торгівлі зерновими. Економічна рада констатувала, що основним напрямом її діяльності є пошук шляхів підвищення продуктивності землеробства та забезпечення ефективної торгівлі сільськогосподарською продукцією².

У 1901 р. економічна рада розробила проект Програми економічної діяльності Полтавського губерньського земства. Перший пункт проекту давав визначення економічної діяльності земства як «заходи, спрямовані на розвиток місцевого землеробства, торгівлі й промисловості»³. Пріоритетний характер розвитку землеробства земство пояснювало сприятливими кліматичними умовами та родючими ґрунтами губернії. Саме завдяки землеробству можливий розвиток торгівлі й промисловості. З огляду на це, як зазначалося у проекті, земство повинно докласти максимум зусиль для розвитку землеробства. Тому проектом передбачалися такі заходи для розвитку аграрної галузі: проведення статистико-економічного обстеження губернії, підвищення культури землеробства шляхом покращення агротехніки, розвиток переселенського руху. Однак після тривалого обговорення економічна рада дійшла висновку про необхідність доопрацювання проекту — проведення економічної експертизи основних його положень⁴.

У період, що розглядається, економічна рада рекомендувала шляхи підвищення продуктивності сільськогосподарського виробництва, здійснювала фінансову експертизу запровадження нових агротехнічних заходів, меліорації земель, будівництва шляхів сполучення та промислових підприємств, проводила юридичну експертизу відчуження земської нерухомості, брала участь у роботі Переселенської організації.

Наприкінці XIX — на початку XX ст. земство запровадило низку посад фахівців у аграрній галузі. Відповідно до Табелю посад 1893 р.

¹ Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865–1892 гг.). – Полтава, 1893. – С. 21.

² Экономическая и сельскохозяйственная деятельность Полтавского земства // Приложение к журналу «Хуторянин». – Полтава, 1901. – № 7. – С. 3.

³ Там само. – С. 11.

⁴ Экономическая и сельскохозяйственная деятельность Полтавского земства // Приложение к журналу «Хуторянин». – Полтава, 1901. – № 7. – С. 12, 26.

при земських управах передбачалися посади ветеринарного лікаря, фельдшера, землеміра і садівника¹. У 1901 р. було запроваджено посади земського агронома і гідротехніка.

У 1891 р. Полтавське губернське земство розробило програму дій з метою розвитку землеробства, яка передбачала проведення таких заходів: проведення наукових досліджень (статистичних, ґрунтово-геологічних, агрономічних і метеорологічних); запровадження спеціальних земських органів; поширення сільськогосподарських знань; поліпшення якості сільськогосподарських угідь шляхом осушення боліт, зрошення у засушливих регіонах, проведення боротьби з пісками; забезпечення сільськогосподарських виробників технічними засобами, добривами, посівним матеріалом, продуктивними породами тварин, засобами боротьби зі шкідниками, ветеринарними засобами; кредитування сільськогосподарських виробників².

У 90-ті роки XIX ст. уряд розпочав залучати земське самоврядування до розробки комплексних заходів подолання кризи в аграрній галузі, вирішення продовольчої проблеми, формування ринку землі та фермерських господарств. У 1895 р. Міністерство землеробства звернулося до земства із запитом про те, які невідкладні заходи потрібно здійснити в аграрній галузі. З цією метою Кременчуцька повітова управа створила комісію, яка розробила такі рекомендації для уряду: провести погашення банкам боргів за неповернуті селянами кредити, що були їм надані для викупу поміщицької землі; встановити державний контроль за цінами на хліб та на торгівлю хлібом і збіжжям; унормувати діяльність селянських артілей і споживчих складів; надати земствам державний кредит для надання позик селянам; забезпечити розвиток ощадних кас при державному банку для селян; зменшити норми оподаткування селян; створити державне насінневе та тваринницьке господарство для забезпечення селян; скасувати митні збори на сільськогосподарські машини; забезпечити систематичне поширення сільськогосподарських знань; запровадити всезагальну початкову освіту; дозволити скликання з'їздів сільськогосподарських виробників³. На думку автора, зазначені рекомендації мали прогресивний фаховий характер, їх реалізація неодмінно дала б по-

¹ Систематический свод постановлений и распоряжений ПГЗ за вторые четыре десятилетия (с 1883 по 1894 г.). – Полтава, 1901. – Вып. 2. – С. 133–135.

² Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865–1892 гг.). – Полтава, 1893. – С. 6–7.

³ Систематический сборник постановлений Кременчугского уездного земского собрания 1865–1899 гг. / сост. И. М. Бондаренко. – Кременчуг, 1900. – С. 435–437.

зитивні результати. Проте царський уряд дослухався лише до частини пропозицій земства.

Ознаками формування ринку землі наприкінці XIX ст. було збільшення селянського та скорочення дворянського землеволодіння. Станом на 1905 р. дворянське землеволодіння на території Лівобережних губерній України скоротилося на 35 %¹. Як стверджує Б. Б. Веселовський, у 1905 р. дворяни Полтавської губернії володіли 1 млн 78 тис. дес. землі. Середній розмір дворянського землеволодіння у Полтавській губернії складав 111 дес., тоді як у Катеринославській губернії він становив 748 дес. Втрачена дворянами земля перейшла у власність селян та представників інших недворянських станів. Селяни збільшили приватне землеволодіння у 4 рази, міщани — 2 рази, духовенство на 3/4, купці — на 12 %. У 1905 р. приватне землеволодіння інших станів, у тому числі і селян, складало 602 тис. дес.² Однак царський уряд та консервативно налаштована частина земських гласних намагалися зупинити цей процес. Закон від 14 грудня 1893 р. «Про деякі заходи щодо попередження відчуження селянських надільних земель» забороняв селянам вільно розпоряджатися купленою надільною землею. Достроковий викуп селянами земельних наділів міг здійснюватися за згоди 2/3 сільського сходу та затверджувався повітовим з'їздом земських начальників³.

Земство визначило основні напрями проведення статистичних досліджень. У 1892 р. губернські земські збори розглянули і затвердили план проведення статистичних робіт на території Полтавської губернії. План передбачав збір та обробку інформації про території і населення губернії, землеволодіння, стан сільськогосподарського виробництва і види землеробства, становище промислових підприємств, стан торгівлі, про ціни на товари та оплату праці, становище освітніх закладів, стан виконання повинностей та сплати податків, про забезпеченість населення продуктами харчування, про міграцію населення, стан шляхів сполучення губернії й страхування населення⁴. Такий план мав

¹ Панченко П. П. Аграрна історія України : підруч. / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 35.

² Див.: Веселовский Б. История земства за 40 лет / Б. Веселовский. – Спб., 1911. – Т. 4. – С. 288; Панченко П. П. Аграрна історія України : підруч. / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 54.

³ Див.: Селіхов Д. Заборона продажу викуплених селянами надільних земель в Україні наприкінці XIX ст. та її соціально-економічні наслідки / Д. Селіхов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4. – С. 133.

⁴ Див.: Велецкий С. Н. Двадцать пять лет деятельности земства в Полтавской губернии с 1866 по 1892 год. Краткий очерк / С. Н. Велецкий. – Полтава, 1894. – С. 77.

комплексний характер, а результати статистичних досліджень давали можливість визначити стратегічні напрями діяльності губернського і повітових земств у аграрній галузі.

Земство провело роботу з упорядкування агротехнічних досліджень. У 1893 р. земські збори затвердили Програму діяльності Полтавського дослідного поля. Програма передбачала проведення досліджень із проблем використання сівозмін і парів, внесення органічних та мінеральних добрив, строки обробки полів під озимі культури¹.

Після тривалої підготовки у 1893 р. Полтавське земство організувало проведення губернської сільськогосподарської виставки. Виробники сільськогосподарської продукції дістали можливість ознайомитися, придбати або замовити найновіші зразки техніки та знарядь праці, посівний матеріал, саджанці високопродуктивних сортів рослин, продукцію тваринництва та птахівництва². Під час виставки земство організовувало проведення конкурсів серед кращих експонатів та нагороджувало переможців грамотами і преміями. Земські виставки виконували важливу інформаційну функцію, вони стимулювали виробників сільськогосподарської продукції до модернізації виробництва.

Важливою складовою процесу формування ринкових відносин була кооперація сільськогосподарських виробників. У Полтавській губернії активний кооперативний рух розпочався на початку ХХ ст. Розуміючи перспективність цієї справи, земство всебічно сприяло становленню і розвитку кооперації на селі. Так, наприклад, відомий діяч Кременчуцького земства С. Маслов стверджував, що «агрокультурні заходи легко здійснюються через кооперативи. Те, що не під силу окремому селянському господарству, доволі легко здійснюється за допомогою кредитного або сільськогосподарського товариства»³.

Кооперація сільськогосподарських виробників здійснювалася шляхом створення сільськогосподарських товариств, кредитних та позичково-ощадних товариств, споживчих товариств. Особливого значення Полтавське губернське земство надавало запровадженню сільськогосподарських товариств, які повинні виконувати на лише госпо-

¹ Див.: Третьяков С. Исторический очерк Полтавского опытного поля (1884–1900 гг.) / С. Третьяков // Хуторянин. – 1909. – 28 окт. – № 42. – С. 1418.

² Див.: Велецкий С. Н. Двадцать пять лет деятельности земства в Полтавской губернии с 1866 по 1892 год. Краткий очерк / С. Н. Велецкий. – Полтава, 1894. – С. 63.

³ Цит. за: Крот В. Роль Кременчуцького повітового земства в становленні та діяльності кооперації на селі / В. Крот, Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 6. – С. 25.

дарську, а й просвітницьку функцію. За Статутом сільськогосподарських товариств 1904 р., «вони є опорними пунктами для роботи агрономів. У них і через них він виконує головну функцію — пропаганду сільськогосподарських знань. До них він приурочує такі заходи практичного характеру, як прокатні станції, злучні пункти, показові поля»¹. За даними Б. Б. Веселовського, у 1905 р. сільськогосподарським товариствам Полтавської губернії належало понад 200 тис. дес. землі².

Земство надавало фінансову допомогу сільськогосподарським товариствам. У 1904 р. губернські земські збори ухвалили рішення про надання товариствам одноразової субсидії у сумі 200 крб при створенні та 100 крб щорічно. У 1906 р. земство вирішило надавати товариствам субсидії у сумі 360 крб для утримання секретаря³. На думку дослідників цього питання, фінансова допомога земства сільськогосподарським товариствам складала близько 15 % їхнього бюджету, що суттєво перевищувало урядову допомогу⁴.

Сільськогосподарські товариства створювалися з ініціативи земських агрономів або селян. Утім основна роль у цій справі належала земству. У Кременчуцькому повіті перше сільськогосподарське товариство виникло у 1904 р. Станом на 1914 р. у повіті налічувалося 20 сільськогосподарських товариств, які об'єднували 1803 селянських господарств. Їх бюджет складав 70287 крб⁵.

Процес створення фінансових кооперативних установ земство започаткувало у 70-ті роки XIX ст., але їх розвиток і активна діяльність припадає на початок XX ст. Так, наприклад, у Кременчуцькому повіті у 1900 р. було створено три кредитних товариства. У 1914 р. на території повіту діяло 17 кредитних товариств, які об'єднували 16681 особу. Їх основний капітал складав 87601 крб, а чистий прибуток — 21340 крб. Станом на 1912 р. у повіті налічувалося 6 позичково-ощадних товариств. Найбільшим серед них було Кременчуцьке позичково-ощадне товариство, до складу якого входило 2918 членів⁶.

¹ Крот В. Роль Кременчуцького повітового земства в становленні та діяльності кооперації на селі / В. Крот, Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 6. – С. 25.

² Веселовский Б. История земства за 40 лет / Б. Веселовский. – Спб., 1911. – Т. 4. – С. 288.

³ Систематический сборник постановлений Кременчугского уездного земского собрания. Дополнение 1 (1899–1909 гг.). – Кременчуг, 1910. – С. 64.

⁴ Див.: Крот В. Роль Кременчуцького повітового земства в становленні та діяльності кооперації на селі / В. Крот, Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 6. – С. 26.

⁵ Отчет управы за 1914 год. Кременчугское земство. – Кременчуг, 1915. – С. 264.

⁶ Там само. – С. 270–271.

Створення споживчих товариств земство обґрунтовувало необхідністю захисту селян від недобросовісної конкуренції, стримуванням зростання цін на продукти харчування, інформуванням населення про ситуацію на ринку сільськогосподарської продукції. Про темпи росту споживчої кооперації свідчать такі цифрові дані: у 1905 р. на території Російської імперії налічувалося 641 селянське споживче товариство, а у 1911 р. — 4715 товариств¹. У 1914 р. на території Кременчуцького повіту діяло 24 споживчих товариства. Кременчуцьке земство у 1914 р. запровадило посаду спеціаліста з кооперації, який повинен аналізувати діяльність споживчих кооперативів, надавати їм консультації, сприяти створенню нових кооперативів, пропагувати необхідність кооперації, забезпечувати кооперативи нормативними документами, розробляти заходи щодо поліпшення їх роботи, забезпечувати проведення з'їздів представників споживчих кооперативів². Як стверджують дослідники Кременчуцького земства, створення споживчих кооперативів привело до зниження цін на продукти сільського господарства в межах від 5 % до 20 %³.

Наприкінці XIX — на початку XX ст. земство суттєво збільшило кількість складів для реалізації сільськогосподарської техніки, зняряд праці мінеральних добрив, засобів боротьби із шкідниками, посівного матеріалу. Станом на 1895 р. земські склади функціонували у всіх 15 повітах губернії. На цей час у Чернігівській губернії їх налічувалося 8, а у Харківській — 2. Полтавській губернії належало провідне місце у справі запровадження сільськогосподарських складів не тільки серед українських губерній, а й взагалі по Росії⁴. Економічна ефективність функціонування сільськогосподарських складів залежала від організаційної діяльності повітової земської управи. Серед повітів Полтавської губернії найефективніше налагодити роботу сільськогосподарського складу вдалося Костянтиноградському земству. Його річний обіг складав 136 тис. крб. Успішно діяли Зіньківський, Миргородський та Хорольський земські сільськогосподарські склади. Недостатньо уваги

¹ Див.: Панченко П. П. Аграрна історія України : підруч. / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 83.

² Отчет по экономическим мероприятиям Кременчутской уездной управы за 1915 год. – Кременчут, 1916. – С. 26.

³ Див.: Крот В. Роль Кременчуцького повітового земства в становленні та діяльності кооперації на селі / В. Крот, Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 6. – С. 26.

⁴ Див.: Крот Л. Роль земських установ Полтавської губернії в організації та діяльності сільськогосподарських закладів / Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 2–3. – С. 106.

розвитку сільськогосподарського складу приділяло Кременчуцьке земство¹.

Земство започаткувало практику рекламування продукції, що знаходилася на складах, через періодичні друковані видання. Так, зокрема, журнал «Хуторянин» у кожному номері містив інформацію про сільськогосподарську техніку: парові та нафтові локомотиви, нафтові та газогенераторні двигуни, різноманітні види сіялок Харківського, Єлисаветградського, Бердянського та інших заводів, парові молотарки, дискові плуги, культиватори, снопов'язалки, сінокосилки тощо.

На Московському з'їзді діячів агрономічної допомоги, який відбувся у 1901 р., було визначено основні принципи діяльності земських складів. У резолюції з'їзду зазначалося, що склади повинні пропонувати виробникам найновіші якісні зразки сільськогосподарської техніки, посівного матеріалу, добрив та іншої продукції. Земства повинні дбати про зниження ціни на товари, що реалізуються через сільськогосподарські склади. Земські склади повинні інформувати сільське населення про технічні характеристики сільськогосподарської техніки, пропагувати застосування нових продуктивних знарядь праці. Автор підтримує висновок дослідника земських складів Л. М. Крот про те, що їх діяльність мала прогресивний характер, сприяла упровадженню передових методів ведення сільського господарства², а отже, забезпечувала модернізацію аграрної галузі.

Таким чином, Полтавське земство досягло помітних результатів щодо організаційно-правового забезпечення процесу модернізації сільського господарства та формування ринкових відносин на селі. Це сталося завдяки обуржуазненню земських гласних представників від дворянства. У результаті обуржуазнення дворянства переважна частина земських гласних підтримувала американський шлях розвитку аграрних відносин. Свідченням тому є удосконалення земської нормативно-правової бази, розробка програм розвитку сільськогосподарського виробництва, проведення наукових досліджень, впровадження спеціальних органів, які мали забезпечувати розвиток аграрної галузі. Земство сприяло формуванню ринку землі, підтримувало сільськогосподарську кооперацію.

¹ Крот Л. Роль земських установ Полтавської губернії в організації та діяльності сільськогосподарських закладів / Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 2–3. – С. 106.

² Там само. – С. 107.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

О. Дзьобань, доктор філософських наук,
професор Національної юридичної ака-
демії України імені Ярослава Мудрого

Національні інтереси як основа національної безпеки: світоглядно-методологічні аспекти

Сучасна соціальна реальність потребує науково обґрунтованого філософського аналізу проблем національної безпеки, оскільки стан соціокультурних перетворень, що є характерним для сучасної України, по суті, вже містить елементи небезпек. Актуальною є необхідність розуміння й забезпечення національної безпеки в умовах існування широкого кола внутрішніх і зовнішніх загроз національним інтересам України.

У сучасній світовій науковій парадигмі спостерігається широкий спектр підходів до розуміння сутності національної безпеки. Особливо негативного значення тут набуває неоднозначність розуміння основних ключових категорій цієї проблеми. Оскільки при формулюванні категорії національних інтересів усі теоретики включали до неї категорію національної безпеки, надаючи останній вирішального значення, у подальшому ці дві категорії ніби злилися в одну.

За наявності численних підходів до визначення змісту національної безпеки більшість дослідників сходяться на думці, що в основі соціального феномену, що відповідає даному поняттю, лежать національні інтереси. Якщо вести мову про власне філософський підхід до дослідження феномену національної безпеки, то слід підкреслити, що подібний підхід розглядає граничні підстави існування даного феномену, й увага фокусуватиметься на достатньо широкому спектрі питань, пов'язаних із забезпеченням соціальних умов і можливостей існування й виживання людини і суспільства. У цій статті спробуємо розглянути й проаналізувати проблеми рефлексії національних інтересів з точки зору філософської теорії суспільства й основних аспектів його життєдіяльності.

Національні інтереси генетично виникають, формуються й існують, як правило, до появи довгострокових і короткострокових загроз і небезпек, конкретизуються у міру їх актуалізації й загострення і об'єктивуються в систему національної безпеки за допомогою різних методів, форм і засобів. Таким чином, уявляється методологічно коректним і евристично значущим прийняти саме національні інтереси за основоположний фундамент національної безпеки.

Національні інтереси входять до числа базових наукових категорій західної гуманітарної традиції, передусім у Західній Європі і США. Ще в XIX ст. французький державний діяч і історик А. Тьєр і чотирикрать очільник англійського уряду лідер ліберальної партії У. Гладстон увели термін «національні інтереси» в політичну лексику. Критикуючи політику Наполеона III, А. Тьєр не припиняв повторювати, що слід піклуватися про інтереси і що нічого, окрім них, не може визначати політичний курс Франції. У 70-х рр. XIX ст. У. Гладстон опублікував серію статей, в яких стверджував, що велич і благополуччя англійців знаходяться на Британських островах, а не поза ними, будь то навіть імперські колоніальні володіння.

У той же час деякі вчені, приділяючи основну увагу дослідженню категорії «інтерес», торкалися зокрема і деяких сторін інтересу національного, висуваючи низку цікавих ідей. До таких вчених належать, наприклад, Г. Глезерман та А. Здравомислов. Їхні праці будувалися на аналізі економічних, політичних, духовних аспектів національного інтересу, але пов'язували його головним чином з інтересами союзного Центру, що виключало можливість всебічного, неупередженого аналізу суті й особливостей національного інтересу¹.

Змістовне усвідомлення категорії «національні інтереси» в Україні почалося в 90-х роках XX ст. після розпаду СРСР². Це пов'язано з тим, що через особливості історичного розвитку України національні інтереси протягом тривалого часу ідентифікувалися політичною елітою країни з державними пріоритетами. За останні сто років національні інтереси або підмінялися династичними, або, щонайменше, відтіснялися на другий план. Комуністична система усунула суспільство від

¹ Див.: Здравомыслов А. Г. Потребности. Интересы. Ценности. – М., 1986. – 221 с.; Здравомыслов А. Г. Социология российского кризиса : Ст. и докл. 90-х гг. / А. Г. Здравомыслов. – М., 1999. – 350 с.; Глезерман Г. Е. Законы общественного развития: их характер и использование / Г. Е. Глезерман. – М., 1983. – 261 с.

² Див.: Концепція національних інтересів України / В. О. Шевченко, М. М. Іващенко [О. П. Стремоухов (ред.)]. – К., 1996. – 64 с.; Сікора І. В. Національні інтереси України та лобістські технології бізнесу / І. В. Сікора. – К., 2000. – 126 с.

участі у формуванні основ державної політики і не змогла виробити і реалізувати програму національних інтересів не як державних, а як безпосередньо суспільних. Проте їй вдалося створити могутній промисловий потенціал, досягти важливих наукових результатів, добитися значних успіхів у таких галузях, як охорона здоров'я, освіта та інші соціальні програми.

На сьогодні категорія «національні інтереси» — одна з найпоширеніших і таких, що важко піддаються точному визначенню. Сенс цього поняття полягає в якомусь уособленні вищих цінностей і цілей держави, спільноти. Проте через неоднозначні тлумачення існує достатня кількість визначень, що позначається як на реальній політиці, так і на ідеологічних конструктах.

Слід зазначити також появу деяких додаткових чинників, що зовсім не пояснюють сенс цієї категорії. Серед них два уявляються найбільш істотними. По-перше, це глобалізація суспільного розвитку, яка висуває на передній план загальнолюдський зміст інтересів усіх націй і держав, затушовуючи власне національне. По-друге, політичний і культурний плюралізм, зростаюче різноманіття поглядів, точок зору, позицій — піддає сумніву саму можливість виведення загальнонаціонального знаменника в тій чи іншій конкретній спільноті.

У цій статті під національними інтересами розумітимемо сукупність загальних для членів даної соціокультурної спільноти інтересів і потреб, задоволення і захист яких є необхідною умовою її існування й підтримки ідентичності як суб'єкта історії. У національних інтересах виражається потреба соціокультурної спільноти займати те місце у світовій спільноті, яке максимально відповідає її культурно-історичним і духовним традиціям, дозволяє якнайповніше реалізувати її потенційні ресурси.

Формування національних інтересів є історичним процесом, обумовленим становленням громадянського суспільства і правової держави, оскільки саме на цій стадії розвитку формується нація як єдине громадянське і правове ціле. До цього моменту, як стверджує російський дослідник О. Волобуєв, можна вести мову лише про державні інтереси, в яких у найбільш сублімованому вигляді відображені інтереси правлячої еліти, домінуючого етносу тощо¹.

Погодимось з точкою зору І. Яковенка стосовно того, що національні інтереси як домінанта політичного процесу виникають з їх

¹ Россия: государственные приоритеты и национальные интересы / под ред. О. В. Волобуева. – М., 2000. – С. 4.

усвідомленням, коли складається більш-менш масова інтелектуальна еліта як владна, так і опозиційна, здатна осмислювати реальність у категоріях соціально-диференційованих, етнонаціональних і загальнодержавних інтересів; до цього поняття національних інтересів позбавлене сенсу¹.

Генетично національні інтереси пов'язані з етнічною підставою². Спочатку вони формуються на національно-етнічній базі, але не зводяться до неї, тим більше не детермінуються нею. Ця роль належить соціокультурному чиннику. В ході історичного розвитку суспільства роль останнього у формуванні національних інтересів зростає, а роль етнічного чинника все більше відходить у тінь. У сучасних розвинених суспільствах етнічна підстава вже не відіграє домінуючої ролі у визначенні національних інтересів, оскільки ці суспільства стають етнічно змішаними і дифузними. Етнічна належність починає деполітизуватися і менше впливає на розуміння національних інтересів.

Головним політичним інститутом вираження й захисту національних інтересів є держава. Будь-яка держава тією чи іншою мірою опирається на загальнонаціональний інтерес, тобто виражає потреби соціокультурної спільноти, усвідомлені в їх сукупності з виділенням ієрархії пріоритетів внутрішньої й зовнішньої політики. Разом з тим національні інтереси зовсім не є монополією держави. Державні й національні інтереси не є тотожними. По-перше, довготривалі (корінні) національні інтереси не завжди збігаються з інтересами і долею такого політичного інституту, як держава, конкретні типи якої є історично короткочасними. По-друге, політична мобілізація населення, його залучення до політики здійснюється також і громадянським суспільством. Саме тут формуються суспільна свідомість і громадянська відповідальність, здатні впливати на вироблення основних параметрів загальнонаціональних інтересів. Тому інститути громадянського суспільства відіграють виключно важливу роль в усвідомленні, реалізації й захисті національних інтересів.

Зазвичай, національні інтереси існували відтоді, як виникла держава (упродовж тривалого історичного часу ще не правова), як політична організація суспільства, яке тільки в Новий час трансформова-

¹ Яковенко И. Г. Российское государство: национальные интересы, границы, перспективы / И. Г. Яковенко. – Новосибирск, 1999. – С. 23.

² Див.: Дзьобань О. П. Національна безпека України: концептуальні засади та світоглядний сенс : монографія / О. П. Дзьобань. – Х., 2007. – 284 с.; Національна безпека України в етно-ментальному та міжнародному вимірах : монографія / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, Ю. Ю. Калиновський, Н. І. Моїсєєва. – Х., 2004. – 276 с.

лося в громадянське. Але до формування правової держави і становлення в її рамках громадянського суспільства (двоєдиний синхронізований процес) національні інтереси могли виступати виключно в трансформованому вигляді державного інтересу. Хоча так само могли й не бути включеними у проголошений державний інтерес, оскільки визначення його було прерогативою верховної, найчастіше монархічної, влади. У пріоритетах державної політики перш за все реалізовувалися інтереси пануючих політичних і соціальних груп.

Фактично національні інтереси повинні втілювати у собі зв'язок громадянського суспільства й держави, взаємодію між ними. Порушення цієї взаємодії, гегемонія одного з начал і слабкість, пригніченість іншого завдають збитку національним інтересам, деформуючи їх. Так, при деспотичній формі правління громадянське суспільство перебуває у пригніченому стані, і тоталітарна влада нав'язує суспільству своє бачення національних інтересів, у якому об'єктивно-історичні тенденції й соціокультурні потреби даної національної спільноти відображаються односторонньо й спотворено. У разі ж гегемонії громадянського суспільства та/або слабкості держави загальний публічний інтерес позбавляється інституційної опори і державно-правового захисту. У даному випадку домінують приватні, здебільшого корпоративні інтереси, кожний з яких претендує на загальнонаціональний статус.

У цьому контексті цікавою є думка Дж. Локка, висловлена ним у творі «Два трактати про правління»: «Влада суспільства або створеного людьми законодавчого органу ніколи не може розповсюджуватися далі, аніж це необхідно для загального блага... хто б не володів законодавчою або верховною владою в будь-якій державі, він зобов'язаний правити згідно зі встановленим постійним законом, проголошеним народом і відомим народу... все це повинно здійснюватися ні для якої іншої мети, а тільки на користь миру, безпеки й суспільного блага народу»¹.

Формування національного інтересу є надзвичайно складним і динамічним процесом, оскільки будь-яке суспільство є картиною багатозарового переплетіння багатоманітних суперечливих інтересів. У ньому стикаються, взаємодіють, протиборствують приватні специфічні інтереси різних суспільних груп. Через цю взаємодію приватних інтересів різних рівнів відбувається вельми важка інтеграція потреб, устремлінь і запитів соціальних, етнічних, культурних, релігійних

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении. Кн. вторая / Локк Дж. // Соч. : в 3 т. – М., 1988. – Т. 3. – С. 337.

меншин даного суспільства в систему загальних національних інтересів. При цьому необхідним є осмислення як довготривалих історичних чинників — від географічних до етнопсихологічних, так і урахування сучасної внутрішньої і міжнародної ситуації, особливостей даної епохи, сьогодення.

Будь-яка людська спільнота потребує певних умов для розвитку і виступає об'єктивним носієм певних інтересів. У системі інтересів провідними мають стати інтереси нації, як їх сукупність, так і умови реалізації. Істотний елемент цілісної структури суспільних інтересів — сукупність інтересів різних спільнот.

За тривалістю функціонування інтереси можна поділити на загальнонаціональні й групові, корінні й приватні, тривалі й тимчасові, віддалені й найближчі, вищі й базові.

Типологічні ознаки суспільних інтересів можуть бути виділені й за сферами життєдіяльності людей: інтересу соціальних дій, національно-визвольного руху та ін. Стосовно багатоманітних форм матеріального й духовного виробництва складаються інтереси розвитку техніки, науки, мистецтва, літератури тощо. У сферах суспільного життя існують економічні, політичні й духовні інтереси. Національний інтерес, будучи складним явищем, включає до своєї структури інтереси розвитку даної спільноти людей, що історично склалася, тобто інтереси розвитку державності, культури, мови, мистецтва, літератури, морального престижу нації і т. д.

Центральною ланкою в дослідженні національних інтересів є проблема їх визначення, використовуючи при цьому об'єктивні, самоочевидні критерії. Найбільш правильним уявляється аналіз національних інтересів крізь призму корінних інтересів, що виражають первинні базові потреби спільноти. Необхідно відзначити, що вони повинні виражати довгострокові, неідеологізовані універсальні цінності, головне призначення яких — сприяти самозбереженню й розвитку спільнот, задоволенню їх основних, аж до біологічних, потреб.

Корінні інтереси будь-якого суспільства — від людства в цілому до локальних соціально-культурних організмів як його складових, конкретних етнічних спільнот — у результаті зводяться до усвідомлення потреб свого збереження, нормального функціонування, відтворення, розвитку. Останні й виступають спонукальними стимулами до тих або інших практичних дій. Але вся складність здійснення достовірної національної політики полягає в тому, щоб при осмисленні і тлумаченні корінних інтересів суспільства локальні чинники не змішувати з довго-

тривалими, щоб національні інтереси не підміняти черговими політичними комбінаціями, ідеологемами, не говорячи вже про вузькопартійні й кланові пристрасті, а тим більше особисті амбіції.

Імовірно, доцільно було б розділити всю сукупність корінних національних інтересів, що виражають базові потреби спільноти, використовуючи при цьому об'єктивні, самоочевидні критерії, на дві групи. Перша група визначається внутрішніми умовами життєдіяльності даної спільноти, друга — зовнішніми параметрами.

До першої групи національних інтересів слід віднести: збереження територіальної цілісності, забезпечення здоров'я і відтворення населення, збереження сприятливих екологічних умов для сьогодення і на майбутнє, організація ефективного виробництва на базі використання науково-технічного потенціалу, збереження і розвиток національної культури, забезпечення прав і свобод, гарантій розвитку особистості. До другої групи інтересів, пов'язаних із забезпеченням вигідного балансу сил на міжнародній арені, слід віднести такі: досягнення сприятливої зовнішньополітичної ситуації, забезпечення вигідних зовнішньоекономічних відносин, забезпечення воєнної безпеки, зацікавленість у стабільному мирі, міжнародній взаємовигідній співпраці й безпеці (особливо, коли йдеться про боротьбу з тероризмом).

Оптимальний варіант вираження національних інтересів у державній політиці досягається тоді, коли держава набуває у громадянському суспільстві опори й знаходить протипагу авторитарним тенденціям. У цьому випадку ключовим питанням при визначенні національних інтересів є здатність влади виражати потреби суспільного розвитку. Важливо, в якому ступені влада працює на себе, а в якому на суспільство, інтегруючи в політиці інтереси різних соціальних груп і прошарків з урахуванням реальних можливостей держави (фінансових, соціально-економічних, природно-географічних, геополітичних, безпекових тощо). Чим вища «відкритість» влади, її залежність від громадської думки й суспільної активності, тим більше державна політика відповідатиме національним інтересам; чим менше влада залежна від суспільства, тим вище вірогідність підміни національних інтересів егоїстичними інтересами правлячої еліти.

Плюралізм інтересів політичних сил і соціальних страт є, безумовно, одним із стимуляторів історичного розвитку, визначаючи його спрямованість, темпи та інтенсивність. Причому плюралізм інтересів зростає в поліетнічному й поліконфесійному середовищі. У країнах етнічно й конфесійно однорідних плюралізм інтересів є звуженим,

відповідно збільшується імовірність формування загального інтересу. Там, де суспільство (точніше, контрольована суспільством еліта) бере участь у виробленні такого інтересу, він стає «загальнонаціональним». У країнах, де громадянське суспільство слабо розвинене, цю функцію бере на себе сама влада. У даному випадку загальний інтерес виступає як пріоритетно державний і часто не збігається з національними інтересами. Він виражає й відображає інтереси не всього суспільства, а його окремих частин (політичних еліт, партій, бюрократії, соціальних груп тощо), тому, можна припустити, що якщо поняття «соціальний інтерес» є плюралістичним, то поняття «національний інтерес» — моністичним, оскільки відображає якусь рівнодіючу величину в сукупності інтересів, яка усвідомлюється суспільством. У всьому світі, зокрема у країнах, що володіють багатовіковими демократичними традиціями, існує певний ступінь розбіжності між тим, як розуміють національні інтереси еліта й маси, правлячі кола й опозиція. Як свідчить історія, у бюрократичного апарату, що становить кістяк державного механізму, є власні корпоративні інтереси, які не завжди збігаються з потребами суспільства.

Незважаючи на самоочевидні положення, що розкривають зміст поняття національних інтересів, у реальному житті конкретні форми соціальної організації, система управління й господарювання, діяльність політичних партій і лідерів, пануюча ідеологія найбезпосереднішим, а часом і вирішальним чином впливають на осмислення, тлумачення й реалізацію національних інтересів. І річ у тім, що характер подібної дії, ступінь його відповідності національним інтересам, не говорячи вже про можливість відігравати позитивну роль у формуванні історичної долі, не завжди є позитивними. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що саме національні інтереси є критеріями цінності або деструктивності певних ідеологічних конструкцій, у тому числі й тих, що лежать в основі внутрішньої і зовнішньої політики.

У даному контексті для України пріоритетним стає завдання захисту власних корінних національних інтересів, що супроводжується необхідністю створення адекватної ідеології й проведення відповідної політики. Усвідомлення цієї проблеми для політичної влади було довгим, суперечливим і хворобливим процесом, оскільки послідовно рушилися численні задані зсередини й ззовні параметри зовнішньо- і внутрішньополітичних доктрин. Так, після розпаду СРСР поступово зонами національних інтересів США були оголошені різні регіони пострадянського простору, додавалося й додається максимум зусиль для перешкоджання інтеграційним процесам серед країн СНД. Такі полі-

тичні дії є логічним продовженням ідеологічно оформлених Збігневом Бжезинським концепцій національних інтересів єдиної супердержави світового масштабу. І, нарешті, низка військових агресій США, проголошена НАТО нова стратегія забезпечення національних інтересів США, що відмовляється від попередніх оборонних принципів, поставила перед колишніми республіками СРСР, у тому числі й перед Україною, дилему: або забезпечення своїх корінних національних інтересів для збереження свого цивілізаційного статусу, або втрата позитивної перспективи розвитку. Окрім цього, є ще низка особливостей, без урахування яких неможливо уявити всієї складності завдань, що стоять перед Україною.

По-перше, політикоцентричний спосіб конструювання соціуму безпосередньо після отримання Україною незалежності зумовив домінування державного інтересу над суспільним, перше місце серед пріоритетів за інерцією віддавалося могутності держави, а не добробуту її жителів. Достатньо обширні простори країни, що вимагають значних зусиль для їх підтримки, етнічна різноманітність, особливості національного характеру — все це зумовлювало як національний інтерес всемірне зміцнення держави як організуючого начала, покликаного забезпечити територіальну цілісність і зовнішню безпеку і виробити адекватні форми співіснування різних національно-етнічних, релігійних і культурних спільнот. Тому національні інтереси України, що історично склалися, стали переважно інтересами державними.

Початок формування громадянського суспільства в результаті демократичних реформ створив передумови для того, щоб у розумінні національних інтересів досягався розумний баланс між безпосередньо державними і суспільними потребами, бралися до уваги інтереси різних соціальних груп, приватні інтереси і права громадян.

Збалансованість пріоритетів є найважливішою умовою становлення й функціонування системи національних інтересів будь-якої країни. Це стосується і таких рухомих доданків державної стратегії, як прагнення до стабільності й політичний динамізм (консерватизм і реформізм), а також розподіл витрат державних ресурсів, сил і часу між сферами внутрішньої і зовнішньої політики. В Україні, де історично держава домінує над громадянським суспільством, а останнє є недостатньо розвиненим, досягнення хоча б мінімальної згоди в розумінні національного інтересу і відповідно більш-менш стійкого балансу інтересів є особливо важкою проблемою. Її кардинальне вирішення вимагає розвитку сучасного громадянського суспільства, а до того часу

необхідним є створення тимчасових політичних і соціальних механізмів узгодження й координації багатоманітних приватних інтересів, перш за все, на базі конструктивної взаємодії різних ідейних і політичних течій. Це особливо важливо не тільки тому, що в умовах існуючої ідеологічної розбіжності, плюралізму ідеологій і політологічних концепцій адепти кожною з них представляють тільки себе виразниками і захисниками національних інтересів. Але ще й тому, що останнім часом набувають поширення концепції, які визначаються або ностальгією, або ідеями винятковості українського народу, а то й просто мріями, які підживлюються телеологічними, фіналістами міркуваннями, передрікають фатальну неминучість «щасливого результату».

Формування національних інтересів Української держави можна розглядати у двох аспектах. Перший охоплює сукупність геополітичних інтересів України в системі міжнародних зв'язків і відносин. Слід зазначити, що тривалий час геополітика розумілася в плані безпеки і приросту території даної держави, створення вигідних геополітичних умов для розвитку державної потужності. Саме у царині геополітики найрельєфніше виражаються пріоритети державної політики, які тією чи іншою мірою торкаються інтересів усіх соціальних страт, національностей і конфесійних груп, що проживають на території даної держави. Через дану сферу можна виявити й прослідкувати сукупність пріоритетів, у яких прямо або опосередковано відображаються інтереси певних пануючих страт (наприклад, бюрократичної, партійної еліти тощо).

У подібному контексті можна вести мову про державні інтереси, які в широкому сенсі виявляються на тлі інтересів інших держав, а у вузькому — відображають внутрішній стан даної держави, її здатність або нездатність відстоювати свої інтереси на зовнішньополітичній арені.

Найважливіші національні інтереси України в зовнішньополітичному вимірі в сучасних умовах можна розділити на три основні категорії. На *глобальному рівні* вони полягають в її активній і повноправній участі в побудові такої системи міжнародних відносин, в якій їй відводилося б місце, що найбільшою мірою відповідає політичному, економічному й інтелектуальному потенціалу, військово-політичним і зовнішньоекономічним можливостям і потребам. На *регіональному рівні* національні інтереси зводяться до забезпечення стабільного й безпечного міжнародного оточення, а також до просування і закріплення військово-політичних і економічних позицій України на світовій

арені на основі використання механізмів регіональної співпраці. На *пострадянському просторі* вони полягають у розвитку всебічних зв'язків зі своїми сусідами й участі у розвитку інтеграційних процесів між ними на взаємовигідній основі. Відсутність глибоких розбіжностей у низці країн — екс-республіках СРСР дозволяє розраховувати на можливість поступової реінтеграції.

Другий аспект формування загальнонаціональних інтересів пов'язаний з уявленнями про стратегічну лінію внутрішньої політики. Внутрішній стан держави визначає систему відповідних пріоритетів (класових, кланових, бюрократичних, партійних тощо).

Природно, що для забезпечення як внутрішніх, так і зовнішніх національних інтересів необхідне розуміння їх взаємозв'язку і взаємоопосередкованості. Так, втрата для України традиційних ринків збуту, особливо продукції переробки металу й продукції сільськогосподарського виробництва, а також озброєння і військової техніки, зміна структури експорту у бік сировинних ресурсів негативно позначається і на зовнішніх, і на внутрішніх умовах забезпечення виживаності суспільства.

Очікування багатьох політиків і аналітиків, що у зв'язку з відходом у минуле біполярного світу нібито зникла загроза національним інтересам України, виявилися ілюзією й помилкою. Розуміння сучасного світу як багатополярного, як «світу світів», що розглядається як культурна і цивілізаційна різноманітність, з необхідністю кидає виклик західній, особливо американській вірі в універсальність західної культури, яка підкріплюється об'єднувальними інтеграційними тенденціями: у економічній, фінансовій, інформаційній, правовій та інших сферах. Захід послідовно, упродовж вже багатьох століть зміщує свою цивілізацію з цивілізацією взагалі. Західні теоретики у даній царині впевнені, що всі суспільства хочуть засвоїти західні цінності, інститути, оскільки вони є найкращими, найраціональнішими, найвільнішими тощо, тобто змінити свої ідентичності на ліберальні¹. При бажанні зберегти свою культурну самобутність, при відстоюванні своїх національних інтересів ті або інші країни і їх населення оголошуються такими, що в кращому разі помиляються, у гіршому — є ворогами демократії і, як наслідок, реальною загрозою всьому світу. Подібна політика, заснована на нормативному ставленні до ліберально-західних цінностей, підкріплених могутнім економічним і науково-технологічним

¹ Див.: Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон ; пер. с англ. Т. Велимеева, Ю. Новикова. – М., 2003. – 603 с.

потенціалом, маніфестує не тільки в стратегії «м'якої гегемонії», а й у відкритому застосуванні силових методів, що виправдовуються вищими ідеалами.

Таким чином, сучасний світ характеризується суперечливими тенденціями. З одного боку — претензії на уніполярність Заходу, засновані на нормативному відношенні до власних досягнень і прагненні екстраполювати їх на всю світову спільноту; з другого — багатополарність як культурна й цивілізаційна своєрідність, як збереження власних культурно-цивілізаційних ідентичностей у відповідь на претензії західної універсальності. Тож, для отримання гідного місця Україні необхідно пригадати про пріоритет своїх корінних національних інтересів і, як наслідок, про створення адекватної політики й ідеології.

Як свідчить досвід історії, найбільша небезпека при осмисленні й реалізації національних інтересів виходила від спроб жорсткої ув'язки даної проблеми з тією або іншою ідеологією: будь то формула «самодержавство — православ'я — народність», сучасні радикально-ліберальні тенденції або ідея «світового соціалістичного раю». За своєю суттю національні інтереси є вищими за будь-яку ідеологію. Можна припустити, що саме вони і є найбільш прийнятною ідеологією, яка опрацьовується й постійно довизначається. У зв'язку з цим правомірним уявляється твердження, що національні інтереси можуть бути представлені як оптимальна форма вираження досягнутого владою й суспільством консенсусу, так само як і консенсусу всередині суспільства. У зв'язку з цим необхідно примусити владу почути голос суспільства, а перш за все налагодити стійкий діалог між суспільством і владою, у ході якого була б вироблена концепція національних інтересів.

Закінчення глобальної конфронтації двох наддержав, крах біполярного світу, розвиток процесів глобалізації не привели, як вважали деякі політики і теоретики (у тому числі й колишнього СРСР), до «розчинення» національних інтересів у загальнолюдських. Навпаки, традиційно вузьке розуміння національних інтересів, а у низці випадків і просто національні егоїзми, знов вийшли на перший план. Хоча слід зафіксувати і процес вбирання національними інтересами нових характеристик світової політики, наповнення новим змістом, що враховує інтереси інших країн і світової спільноти в цілому.

Окрім цього, криза механізмів сучасної демократії, ослаблення держав під впливом нових тенденцій, таких як глобалізація, переструктурування економічного й політичного простору, поява нових політичних акторів (ТНК, наддержавних і міждержавних організацій, процес

регіоналізації, зміна меж і способів управління — актуалізувала проблему експлікації поняття національних інтересів у кореляції з поняттям «національна безпека».

Таким чином, національні інтереси — це об'єктивно існуючі, усвідомлені потреби і устремління особистості, суспільства й держави в забезпеченні безпеки у всіх сферах їх життєдіяльності, внутрішньої стабільності в суспільстві суверенітету й територіальної цілісності, міцного положення країни в окремих регіонах і у світі в цілому, досягненні її стійкого функціонування й розвитку.

Дане розуміння національних інтересів із точки зору філософського підходу може бути конкретизовано в таких положеннях:

- національні інтереси покликані забезпечити виживання, безпеку країни, її стійкий і прогресивний розвиток;
- національні інтереси спрямовані на вирішення життєво важливих внутрішніх і зовнішніх завдань, на блокування, нейтралізацію й попередження різних небезпек, викликів, ризиків, загроз;
- національні інтереси виступають як мотиви і причини дій державних структур і соціальних груп з досягнення поставленої ними мети;
- реалізація національних інтересів здійснюється через систему функцій держави, через політичну, правову й етичну регуляцію різних сторін її діяльності, а також за допомогою діяльності інститутів громадянського суспільства;
- національні інтереси — це усвідомлені, сформульовані й офіційно заявлені пріоритети в зовнішній і внутрішній політиці держави, в економічній, соціальній, науково-технічній, культурній, екологічній, військовій та інших сферах життєдіяльності суспільства.

В. Титов, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Теоретичні погляди Олівера Венделла Холмса молодшого*

Олівер Венделл Холмс молодший належить до когорти найбільш відомих і цитованих американських правників. Проте до недавнього часу не тільки у навчальній, а й у науковій літературі пострадянських країн відомості про нього були дуже обмежені. Мені вже доводилося наприкінці 1990-х привертати увагу до поглядів Холмса у зв'язку з обговоренням місця логіки у правознавстві США¹. Відтоді з'явилися російські та українські переклади різних праць Холмса², також йому присвячена досить інформативна стаття Г. Е. Адигезалової³. Проте у цій статті не розглянуті деякі важливі аспекти творчого доробку Холмса, до яких я хотів би привернути увагу вітчизняних юристів, особли-

* Автор висловлює щирю вдячність урядовим організаціям США – Fulbright Program in Ukraine та Kennan Institute за надання можливості ознайомитися з матеріалами для цієї статті протягом стажування у Woodrow Wilson Center (Washington, DC) у 2006 р. Глибока вдячність академіку М. В. Цвіку за цінні поради щодо змісту даної статті.

¹ Див.: Титов В. Д. Виникнення юридичної логіки в США / В. Д. Титов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 4 (15). – С. 129–142.

² Перш за все це фрагменти праць Холмса у перекладі В. В. Безбаха: Забастовка газовщиків (із статті Холмса, опублікованої в журналі «Американское право» в 1873 году); Из письма к Гарольду Дж. Ласки от 26 января 1926 г.; Из особого мнения по поводу конституционности закона штата Нью-Йорк о продаже театральных билетов в деле Тьюсон и Бро против Бэнтон // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. Т. 3 : Европа. Америка: XVII–XX вв. – М., 1999. – С. 662–665; деякі лекції Холмса з його праці «Загальне право» у перекладі Г.А. Есакова: Общее право. Лекция I. Формы ответственности в древности // Российское право в Интернете. 2003 (02); Общее право. Лекция II. Уголовное право // Российское право в Интернете. 2003 (03); Общее право. Лекция III. Деликты // Российское право в Интернете. 2004 (04). Крім того, є публікації інших праць Холмса у перекладі Г. Е. Адигезалової (див.: Холмс О. У. О кодификации и научной организации классификации права / О. У. Холмс // Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 196–198; Холмс О. У. Право: Речь на обеде Ассоциации адвокатов Суффолка 5 февраля 1885 г. / О. У. Холмс // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 189–192; Холмс О. У. Профессия юриста / О. У. Холмс // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 191–192), а також у перекладі П. Тарашука: Голмс О. В. Молодший. Шлях права // Філософія права / за ред. Дж. Фейнберга та Дж. Коулмена. – К., 2007. – С. 172–179.

³ Адигезалова Г. Э. Оливер Уэнделл Холмс / Г. Э. Адигезалова // Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 184–196.

во істориків, теоретиків та філософів права. Досить часто у науковій літературі пострадянських країн філософсько-правова позиція Холмса визначалася некоректно, інколи йому навіть приписували абсолютно невластиві теоретико-методологічні орієнтації, аж до психоаналізу. Наприклад, Л. І. Спиридонов та І. Л. Честнов писали: «Безсумнівний зв'язок психологічної теорії права Л. І. Петражицького з ідеями ... Р. Паунда, а також представників школи правового реалізму США (Д. Франка, К. Ллевелліна, О. Холмса та ін.). Останні доповнили (?) ідеї Л. Петражицького фрейдизмом (?) і розглядали право як психологічні мотиви судді при винесенні ним рішення (емоції, симпатії й антипатії, упередження, інтуїтивні передчуття та інші іраціональні фактори)¹. По-перше, хоча Холмса і вважають попередником правового реалізму², він не належав до цього руху, який виник лише на початку 1930-х років, коли Холмс вже відійшов від активної діяльності; по-друге, він став визнаним самостійним мислителем задовго не тільки до засновників правового реалізму Д. Франка (Jerome Frank, 1889–1957) та К. Ллевелліна (Karl Nickerson Llewellyn, 1893–1962), але й до Л. Петражицького (1867–1931); по-третє, ніщо в текстах Холмса не дає можливості вважати його прихильником судового психоаналізу. Нарешті, варто звернути увагу і на те, що «англомовні читачі покладаються в основному на компіляцію праць Петражицького за редакцією російсько-американського соціолога Н. С. Тімашева у 1955 р. Попри деякі недавні (!) зусилля представити та осмислити його внесок, він залишається практично невідомим на Заході»³. Таким чином, говорити про якийсь вплив Петражицького на Холмса неправильно, і тому слід докладніше ознайомитися з його працями, щоб не робити подібних помилок.

Олівер Венделл Холмс молодший (Oliver Wendell Holmes, Jr, 8.03.1841 — 6.03.1935) народився у шанованій сім'ї, що походила від перших поселенців Массачусетса. Його дід по батькові, Ейбіел (Abiel) Холмс (1763–1837), був священником конгрегаціоналістської церкви Гарвардського університету та істориком Нової Англії; дід по матері, Олівер Венделл, був суддею. На честь діда по матері онук та праонук

¹ Спиридонов Л. И. Л. И. Петражицкий: жизнь и научное наследие / Л. И. Спиридонов, И. Л. Честнов // Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С.18.

² Leiter B. American Legal Realism / B. Leiter // University of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42. – 2003. – P. 3.

³ Leon Petrazycki < http://en.wikipedia.org/wiki/Leon_Petrazycki > Last modified on 11 February 2010.

отримали імена Олівер Венделл — відповідно старший і молодший.

Олівер Венделл Холмс старший (Oliver Wendell Holmes, Sr., 1809–1894) був видатним американським лікарем, винахідником медичних інструментів та методик, деканом Гарвардської медичної школи. Крім того, він також був відомим поетом і письменником, входив до кола класиків американської літератури та одночасно філософів-трансценденталістів Р. Емерсона, Г. Лонгфело, Г. Мелвіла та Н. Хоторна. З цими видатними особами Холмс (старший) мав близькі дружні стосунки.

Таким чином, Олівер Венделл Холмс (молодший) виховувався у рафінованій духовній атмосфері Бостонської інтелектуальної еліти з чітко вираженою аболіціоністською домінантою. Здобув освіту у приватній школі, в 1857 р. вступив до Гарвардського коледжу. У квітні 1861 р. розпочалася Громадянська війна, і молодший Холмс утік до війська північних штатів. Протягом війни (1861–1864) він служив лейтенантом, а згодом капітаном, брав участь у багатьох боях, був тричі поранений. Р. Ніксон наводив свідчення, що під час артилерійського обстрілу Форту Стівенс у липні 1864 р. Холмс побачив якогось цивільного на лінії вогню і вигукнув: «Падай на землю, дурню!» (*Get down, you fool!*)¹. Виявилось, що цим цивільним був Президент Лінкольн. Можливо, виконання цієї команди зберегло йому життя, проте сам Холмс тоді отримав третє поранення. У наведеному епізоді весь характер Холмса — різкий і одночасно щирий і турботливий. Набутий під час війни досвід визначив світоглядний скептицизм Холмса і переконання у справедливості дарвінівської тези про невпинну боротьбу за виживання, яке він проніс через усе життя. Це переконання стало підґрунтям подальшого скептицизму щодо природного права, яке він згодом отожднював із юридичним романтизмом².

Після одужання у 1864 р. Холмс вийшов у відставку і вступив до Гарвардської школи права, яку закінчив у 1866 р. Здобувши юридичну освіту, він вирушив у річну подорож до Європи, під час якої зібрав багаті матеріали для подальших наукових досліджень. Повернувшись із цієї подорожі, розпочав юридичну практику в Бостоні. Одночасно в 1870–1873 рр. став редактором заснованого ним часопису «Американський юридичний огляд» (*American Law Review*), що існує донині як

¹ Public Papers of the Presidents of the United States, Richard Nixon, 1971. – Washington: United States Government Printing Office, 1972. – P. 418.

² Holmes O. W. Natural Law / O. W. Holmes // Collected Legal Papers by Oliver Wendell Holmes. – New York: Peter Smith, 1952. – P. 310.

респектабельне загальнонаціональне видання. У 1873 р. Холмс відредагував класичні «Коментарі до американського права» Джеймса Кента¹.

Того ж року він одружився з Фані Діксвел (Fanny Bowditch Dixwell). Під час весільної подорожі до Англії у 1874 р. Холмс познайомився з багатьма провідними британськими правознавцями того часу, зокрема з істориком права Фредеріком Полоком (Sir Frederick Pollock, 1845–1937)². Із Полоком на довгі роки (аж до смерті Холмса) зав'язалася міцна дружба, що супроводжувалася інтенсивною перепискою³. Можливо, завдяки Полокові Холмс зацікавився історією англійського права і суду. Принаймні, як свідчить лист Полока вже від 1874 р., Холмс повідомляв йому про своє розуміння права — «того, що вирішує суддя», з яким Полок цілком погоджувався⁴.

Для честолюбного юриста, щоб зробити собі ім'я, є два традиційних шляхи: політика і наука. Молодий Холмс безпосередньо не переймався політикою, але досить рано потрапив у поле зору державних діячів. Уже в 1878 р. тодішній Президент США Хейс (Rutherford B. Hayes) збирався призначити Холмса федеральним суддею, але його переконали призначити іншого кандидата. Тоді Холмс звернувся до науки.

У літературі пострадянських країн не згадується важливий факт участі Холмса в діяльності так званого «Метафізичного клубу» (*The Metaphysical Club*). Цей Клуб був неофіційним академічним семінаром випускників Гарвардського університету. В його засіданнях брали участь дуже різні люди — від священників і поетів до професорів математики, фізики, біології та психології. Як відзначає Дж. Шук⁵, історія цього Клубу пройшла дві фази, що відрізнялися складом активних учасників та тематикою. Перша фаза тривала з 1871 р. до середини 1875 р., друга — з початку 1876 р. до весни 1879 р. Домінуючим ідейним стрижнем першої фази був прагматизм, а на другій фазі переважав ідеалізм.

¹ Kent J. Commentaries on American Law / J. Kent. In four volumes. – Boston, 1873.

² Pollock F. The History of English Law before the Time of Edward I / F. Pollock, F.W. Maitland. – Cambridge, 1898. – Two volumes. xxxviii, 688; xiv, 691 pp. Reprinted 1996 by The Lawbook Exchange, Ltd.

³ Holmes-Pollock Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock/ Ed. By M.deWolfe Howe. Third Printing. – Cambridge (Ma), 1941. Two volumes. Xxii, 275; 358 pp.

⁴ Letter to Mr. Holmes, July 3, 1874 // Holmes-Pollock Letters. – Vol. I. – P. 3

⁵ Shook J. The Metaphysical Club <http://www.pragmatism.org/research/metaphysical_club.htm>

Перша фаза Клубу визначалася впливом гарвардських викладачів — засновників прагматизму Ч. Пірса (Charles Sanders Peirce), Ч. Райта (Chauncey Wright) та В. Джеймса (William James). Ці три мислителі сформулювали пізнавальні та методологічні програми прагматизму, який розумівся як продовження дарвінівської філософії. Математик Ч. Райт (1830–1875) сфокусував дослідження своїх колег на феноменалізм та емпіризм у позитивістському стилі Міла, Дарвіна і Спенсера, як життєву альтернативу спекулятивному раціоналізмові.

До активної участі в Клубі Пірс, Райт і Джеймс залучили своїх близьких друзів — юристів Гріна (Nicolas St John Green), Ворнера (Joseph Bangs Warner) та нашого героя Холмса, які поділяли загальні настанови прагматизму щодо людської поведінки і антиформалістичного розуміння права і закону. Пірс визнавав, що його власна роль «батька прагматизму» не повинна затінити важливості внеску Гріна, якого слід визнавати «дідом» цієї філософії. Саме Грін (1830–1876) сфокусував проблематику Клубу на дослідження того, «для чого людина підготовлена діяти».

Згадані вище юристи у Клубі цікавилися теорією еволюції, емпіризмом і прагматичним визначенням людських переконань та активності. Грін і Холмс були насамперед зацікавлені у спеціальних проблемах визначення природи права в культурно-еволюційному контексті та інтерпретації злочинних настроїв. Обидва зробили важливі внески в теорію недбалості (the theory of negligence), що спиралася на прагматичний підхід до «переконань» (beliefs) та стандарт «розумної людини» (reasonable person). Холмс розпочав розробку прагматичного визначення права, що здебільшого орієнтувало на очікування майбутніх наслідків судових рішень, а не тільки на законодавчі акти.

Друга, «ідеалістична», фаза Клубу розпочалася після відбуття Пірса до Європи і переорієнтації проблематики на філософію Канта і Гегеля. Спочатку Холмс відвідував засідання Клубу на цій другій фазі, але скоро припинив брати в них участь, незадоволений надмірним спіритуалізмом нової проблематики. Згодом (у 1881) колишні члени «Метафізичного клубу» створили Гегелівський Клуб.

У 1880 р. Холмс на запрошення Інституту Лоуелла при Гарвардській школі права, що рекрутував талановитих юристів до професури, прочитав цикл лекцій, присвячених різним аспектам загального права. Наступного року на основі цих лекцій він видав книгу «Загальне право», яка ввійшла до англо-американської класики юриспруденції. Як пише Дж. Вайт, автор сучасної біографії Холмса: «Хоча більше роз-

хвалена, чим прочитана, ця книга унікальна в тому, щоб бути одночасно історією загального права Англії й Америки, теорією того, чому воно розвивалося, і філософією того, чим є право»¹.

«Загальне право» починається зі слів, які дуже часто цитуються і вважаються багатьма юристами майже за аксіому не тільки в Америці, а й в усьому світі: «Життя права не було логікою: воно було досвідом»². Ця заява є принциповою антитезою гегелівському положенню про те, що «поняття права за своїм становленням трактується поза наукою права, його дедукція вважається вже наявною, і його слід сприймати як дане»³. Згідно ж Холмсу, загальне право є не нерухомою сукупністю доктрин і виведених з них силогізмів, а органічною структурою, що зростає відповідно до «відчуваних нею запитів часу»⁴. Взагалі, як пояснює Холмс у VI лекції, теорія володіння на Європейському континенті потрапила до рук філософів і стала наріжним каменем для різноманітних спекулятивних систем. «Буде корисним для розважливого мислення показати, що набагато цивілізованіша система, ніж римська (тобто загальне право. — *В. Т.*), створена за планом, що суперечить апріорним доктринам Канта і Гегеля. Ці доктрини розроблені згідно з німецьким розумінням римського права. І більшість спекулятивних юристів Німеччини, від Савінії до Ієринга, що одночасно були професорами римського права, перебували під глибоким впливом, ... кантіанської або посткантіанської філософії. ... Німецька спекуляція ... пригнічує її власну претензію на універсальний авторитет»⁵.

Натомість Холмс продовжив альтернативну теоретичну позицію. Коли він ще тільки починав дослідницьку діяльність, британські філософи права Дж. Бентам і Дж. Остін вже виступили з різкою критикою концепції природного права. Продовжуючи аргументацію Гоббса, вони дивилися на право як на просту команду суверена, або суддів, що представляють суверена, або самих суддів. Сукупність таких команд і відповідних прав та обов'язків мають певну логіку, яка й лежить в основі права. Цей теоретико-методологічний підхід до права відомий як юридичний позитивізм. Його появі (цілком незалежно від загальнофілософського позитивізму О. Конта) сприяла просякнута критицизмом інтелектуальна ситуація епохи після Г'юма і Канта. Згідно з по-

¹ White G. E. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self / G. E. White. — Oxford: Oxford University Press, 1993. — P. 94.

² Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. — Boston, 1881. — P. 1.

³ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М., 1990. — С. 60.

⁴ Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. — P. 1.

⁵ Там само. — P. 260.

глядами Бентама¹, природне право, що так чи інакше мусить впливати з об'єктивної «природи речей», насправді є «деонтологічним», тобто сукупністю суб'єктивно обумовлених моральних обов'язків, бо ми нічого не можемо впевнено знати про «природу» власне речей. Усе, що ми можемо знати, це те, як речі діють на нас.

Є два способи розуміти це положення. Можна, як німецькі ідеалісти на кшталт Шеллінга і Гегеля і як американські трансценденталісти Емерсон і Торо, вважати, що знання того, «як речі діють», обумовлене надпочуттєвим сприйняттям, бо все, що реально існує, є сприйняттям у вашому власному розумі. Протилежна позиція полягає в тому, щоб взагалі забути про метафізичні розмірковування і сконцентруватися на тому, як на практиці поводяться люди.

Холмс пише: «Підстави рішення суто практичні, і вони ніколи не можуть виводитися з граматики чи з логіки»². Теоретико-методологічним результатом такого підходу є біхевіоризм (від behavior — поведінка) як складова частина прагматизму.

По суті, прагматизм Холмса є продовженням класичного позитивізму з акцентом на «те, що спрацьовує» у вирішенні проблем повсякденного життя. «Проблемою» у розумінні прагматиста є сприйняття деякої невідповідності. Якщо вам вдається влаштувати справи так, щоб у вас більше не було цього сприйняття, тоді проблема вирішена. Якщо ефективний спосіб практичного вирішення не відповідає правилам логіки, то щось не так не з вашим вирішенням, а з правилами логіки. Філософія «Загального права» є прагматичною саме в такому значенні. Так, наприклад, у сфері договірної права (contract law) біхевіористська юриспруденція означала, що ви не повинні припускати, що відбулося взаєморозуміння (meeting of minds) між сторонами в контракті: усе, що ви повинні зробити, встановити те, що вони говорили, коли уклали контракт. Якщо вони говорили не те саме, то й не було ніякого контракту. «Розрізнення у праві засновані на досвіді, не на логіці. Тому ділові відносини між людьми не залежать від математичної точності. Що б не було обіцяно, людина має право на оплату своїх послуг, якщо її не надано; але з цього не випливає, що відсутність деяких незначних деталей уповноважить цю людину порушувати контракт... Протилеж-

¹ Bentham J. Deontology or the Science of Morality / J. Bowring, ed. – London: Longman, Rees, Orme, Brown, Green & Longman, 1834. – In 2 vols. Є нове видання: Bentham J. Deontology; together with A Table of the Springs of Action; and the Article on Utilitarianism / Ed. Amnon Goldworth, Oxford/New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983.

² Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. – P. 338.

ні терміни повинні одночасно бути дуже важливими, — настільки важливими для думки суду, що, якби якийсь із них був випущений, контракт відрізнявся б по суті від того, що виражали слова сторін»¹.

Висловлювання «життя права не було логікою» одержало подвійне — так би мовити, вузьке та широке тлумачення, що й провело чітку межу між прихильниками та супротивниками широкого застосування логіки до розробки і оцінки права.

Вузьке тлумачення ґрунтується на буквальному значенні наведеної фрази. Цей зміст співвідноситься не з будь-яким правом, а тільки із «загальним правом» (Common Law), прийнятим в Англії, США та у деяких інших колишніх британських колоніях. Стосовно такої системи права твердження Холмса цілком справедливе — у ній головне не логічна виводимість, а досвід вивчення прецедентів та їхньої адаптації до сучасного правового матеріалу.

Вирване із цього конкретного контексту «широке» тлумачення висловлювання Холмса перетворилося на головну тезу прихильників антиінтелектуалізму в американському правознавстві (Arthur F. Bentley, Brooks Adams та ін.)², що поширили «сказане про частину» на «сказане про ціле» право, ігноруючи не тільки припущену ними грубу логічну помилку, а й звичайний здоровий глузд — з того факту, що *щось не було* логічним, зовсім не впливає, що воно *й не буде* логічним, а тому *й не повинне бути* логічним. Але головний дефект антиінтелектуалістів полягав і у фактичному незнанні, нерозумінні або замовчуванні того, що писав далі Холмс у цій книзі та в інших, також широко відомих працях.

Ще більш ясною і послідовною виглядає його позиція, викладена в статті «Шлях права» (1897). Як основоположник філософії правового прагматизму, Холмс виходив з того, що роль юриста і правової системи в суспільному житті визначається ступенем передбачуваності рішень суду. «Предметом нашого дослідження ... є передбачення (prediction) реалізації публічної влади через інструментальність судів»³. Разом із тим він вважає незадовільним поширене уявлення, що «право є системою розуму, тобто дедукцією з принципів етики, або прийнятих аксіом, або чогось такого, що може збігатися або не збігатися з рішенням».

¹ Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. – P. 312.

² Cohen M. R. The Place of Logic in the Law / M. R. Cohen // Harvard Law Review, 1916. – V. 29. – № 6. – P. 622.

³ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 457.

ням суду»¹. Таке уявлення ґрунтується на помилковому змішуванні розмитих моральних і чітко фіксованих правових вимог. Припустимо, що є якась «погана» людина, яку в праві цікавить тільки те, яке покарання загрожує їй у судах Англії або Массачусетса у випадку невиконання закону, і є «гарна» людина, що буде лояльно поводитися, керуючись лише моральними принципами, незалежно від того — передбачене її поведіння правовими законами чи ні. Холмс заявляє, що як би цинічно це не звучало, він у цьому випадку повністю поділяє розуміння права «поганою людиною», що зовсім не цікавиться дедукціями з моральних принципів і лише бажає знати межі своєї безпечної поведінки, якою б алогічною вона не була. «Передбачення того, що будуть фактично робити суди, і є те, що я маю на увазі під правом»². Реальна практика судів навчає саме з погляду «поганої людини» робити абсолютний мінімум необхідного, щоб уникнути небажаних санкцій. Інакше кажучи, право мусить створювати об'єктивні стандарти, які не залежать від особистих чеснот або доброї волі громадян. Коли суд прагне визначити «намір» (the «intent») того, хто зробив певну дію, за яку тепер постав перед судом, суд не прагне визначити, чи хотіла ця людина зробити добро або завдати шкоди. Суд має цікавитися тільки тим, чи знала вона, якими будуть результати її дій і потім розглядати спостережувану поведінку звинуваченого чи відповідача.

Помилкове не тільки змішування моральних і правових принципів, а й уявлення про те, що логіка є єдиною силою, що забезпечує розвиток права. «Звичайно, у найширшому розумінні це уявлення може бути щирим. Постулат, на підставі якого ми мислимо про світ, полягає в тому, що існує фіксоване відношення між кожним явищем і його підставами та наслідками. Якби існувало явище без таких ... відношень, воно було б чудом. Воно перебувало б за межами причин та наслідків ... і перевершувало б наші розумові здібності. ... Небезпека, про яку я кажу, полягає не у визнанні того, що принципи, які управляють іншими явищами, управляють також і правом, але в тім, що поняття якоїсь даної системи, наприклад нашої, може бути виведене з деяких загальних аксіом поведіння, подібно математичному поняттю»³.

Холмс не заперечує того, що «підготовка юристів містить у собі тренування у виведенні аналогій, дедукцій і класифікацій, а мова су-

¹ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 460.

² Там само.

³ Там само. – P. 464.

дових рішень ґрунтується на мові логіки»¹ як квінтесенції формалізованих причинно-наслідкових відносин. Він погоджується і з тим, що логічний метод і форма забезпечують ясність і послідовність юридичного пізнання. Утім, реалістично оцінюючи правову дійсність, він бачить проблему в іншому: «Ясність взагалі є ілюзія, а послідовність не властива людині. За межами логічної форми знаходяться судження, погоджені з відносною цінністю й значенням конкуруючих законодавчих підстав, які найчастіше явно не виражені, ... і у цьому полягає справжній корінь і нерв юридичного процесу в цілому... Деякі з наших установок непроникні для точного кількісного виміру і тому з них не можна вивести точних логічних висновків. Подібні [установки]... у дійсності є бойовищами, де значення не існують для визначень, придатних на всі часи, і де рішення не може бути чимось більшим, ніж втіленням переваги даного уявлення в даному часі та місці. Ми не знаємо, наскільки велика частина нашого права відкрита для перегляду під впливом невідчутних змін у звичках суспільної свідомості»².

Таким чином, ми зустрічаємо у Холмса не повне заперечення логіки, а одну з перших тверезих спроб установлення реальних обмежень її застосування до діючого права. Саме встановлення цих правових обмежень логічного виведення і повинне бути вихідним пунктом розвитку юридичної логіки, як конкретизації логіки загальної. Принципи юридичної логіки повинні наче «проростати» зі змістовного ґрунту *фактично діючого* права, а не привноситися ззовні.

Як вказує Дж. Вайт, англійські судді створювали загальне право, узгоджуючи свої думки із думками інших суддів і використовуючи якомога давні принципи. Хоча англійські юристи ніколи не заявляли, що загальне право збігається із природним правом, але припускали, що воно формувалося завдяки природному праву. Судді, апелюючи до «правильного розуму», могли розвинути існуючі правила загального права, щоб вони краще відповідали природному праву. (Наприклад, суддя лорд Менсфілд саме на цій підставі наприкінці вісімнадцятого сторіччя остаточно скасував рабство в Англії). Характерно, що судді, які користувалися таким підходом, казали, що вони не *робили* право, а *знаходили* його (they were not making law, but discovering it)³.

Коли американські колонії вийшли з юрисдикції британського парламенту, попри заклик Бентама вони не стали виходити зі сфери

¹ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 465.

² Там само. – P. 466.

³ White G. E. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self / G. E. White. – P. 125.

загального права, бо його створював не парламент, а судді. Загальне право було складним і часто незрозумілим, іноді явно несправедливим. Однак американські юристи все ж навчалися в традиції загального права і призвичаїлися дивитися з підозрою до статутного права. Навіть у наші дні, коли більшість галузей американського права кодифіковані, самі кодекси звичайно містять певний набір правил загального права. І коли судді у країнах загального права інтерпретують ці правила, вони насамперед орієнтуються на думки і рішення інших суддів, а не на текст кодексів.

На судову кар'єру Холмса істотно впливала його громадська популярність. Я незгоден з оцінкою ставлення Холмса до воєнного періоду, що міститься в статті Г. Е. Адигезалової — мовляв, Холмс називав війну «організованою нудьгою» («организованная скука»)¹. Важко сказати, де саме вона знайшла таке висловлювання у Холмса (відповідного посилання на джерело немає), але воно суперечить духові його патріотичних виступів, вже в 1880–1890-х, знаменитих на всю Америку. Так, у промові, проголошеній у День Пам'яті 30 травня 1884 р. з нагоди двадцятої річниці закінчення Громадянської війни перед її ветеранами, він сказав:

«Покоління, що брало участь у війні, виокремилося своїм досвідом. Через велику вдачу в юності наших сердець торкнувся вогонь. Нам було дано довідатися, що життя є глибока і пристрасна річ. ... Ми бачили на власні очі ... снігові вершини честі, і саме ми повинні сказати про них тим, хто прийде після нас»².

Виступаючи через багато років у День Пам'яті 30 травня 1895 р. перед студентами випускних курсів Гарвардського університету, що організували мітинг з цієї нагоди, Холмс говорив таке: «Моралісти і філософи ... заявляють, що війна є злою, дурною і незабаром взагалі зникне. Суспільство, в якому багато філантропів, реформаторів праці і просто модних людей, поєднуються в меланхолійному прагненні комфортно почувати себе ... без великої неприємності або будь-якої небезпеки. ... Я навіть чув запитання, чи варто було взагалі боротися в нашій війні. Є багато тих ... хто думає, що любов до Батьківщини — казка старої баби (an old wife's tale), на зміну їй варто заохочувати інтерес до профспілок, або, під назвою космополітизму, ... своєкорис-

¹ Див.: Адигезалова Г. Э. Оливер Уэнделл Холмс / Г. Э. Адигезалова. – С. 184.

² Holmes O.W., Jr. In Our Youth Our Hearts Were Touched With Fire / O.W. Holmes, Jr. // Speeches by Oliver Wendell Holmes, Junior. – Boston: Little, Brown, and Co., 1891. – P.11.

ливий пошук місця, де максимум задоволення можна одержати за мінімуму витрат»¹.

Цим егоїстичним поглядом Холмс протиставив свою точку зору. «Я думаю, що боротьба за життя є такий порядок світу, на який марно скаржитися. Я можу уявити цей тягар зміненим у спосіб, яким його буде легше перенести, але я не можу припустити, що він коли-небудь буде знятий зі спини людини. Я можу уявити майбутнє, у якому наука ... візьме під свій контроль життя. ... Але ми далекі від такого майбутнього. ... Принаймні тепер, і можливо доти, поки людина залишається на земній кулі, її доля — бій, і вона повинна змиритися з можливістю війни»². Холмс не намагався виправдати чи поетизувати війну, згадуючи не тільки висоти мужності та героїзму, але й ті безперервні і численні незгоди та жахи, що її супроводжують. «Війна, коли ви перебуваєте на ній, страшна і сутужна. Це тільки коли пройде час, ви бачите, що її послання було божественним. Я сподіваюся, що пройде багато часу, перш ніж нас призвуть знову сидіти біля ніг її хазяїна. Але всі ми маємо потребу у подібному вчителі»³. Молоді люди повинні поставити перед собою запитання — в якому світі вони хочуть жити? Чи хочуть вони бути джентльменами? Але бути джентльменом — значить цінувати честь вище за життя. Це було послання до молоді, якій слід не тільки пишатися тим, що вона ось-ось увійде до складу американської еліти, а й відчувати свою відповідальність за долю нації.

Саме завдяки своїм патріотичним виступам Холмс став популярним у всій країні. Зокрема, останнім із цитованих виступів захоплювався Президент Т. Рузвельт (Theodore Roosevelt), який влітку 1902 р. запропонував Сенатові кандидатуру Холмса на посаду судді Верховного суду США. Вже 8 грудня того ж року Холмс почав виконувати ці обов'язки. Хоча більшість американських дослідників вважає, що в цьому призначенні головним мотивом були не політичні міркування, а професійна репутація Холмса, політичної складовою не слід скидати з рахунку. Недовзі Холмс підтримав позицію Президента у так званих Острівних справах (The Insular Cases). Суть цих справ щодо набутих США внаслідок війни з Іспанією острівних територій (Пуерто Ріко, Гавайї, Гуам та ін.) підсумовувалася фразою «Чи мусить Конституція слідувати за прапором?» (Does the Constitution follow the Flag?). Йшлося про те, щоб

¹ Holmes O.W., Jr. The Soldier' Faith <<http://people.virginia.edu/~mmd5f/holmesfa.htm>>

² Там само.

³ Там само.

мешканцям нових територій не надавати конституційних прав громадян США. Більше того, Верховний суд вирішив, що навіть коли мешканці таких територій, як Пуерто Ріко, стануть громадянами США, у них не буде тих самих конституційних прав, як у громадян інших частин США¹.

Широкого суспільного резонансу набула особлива думка Холмса у рішенні Верховного суду США у справі *Lochner v. New York* (1905). Власник хлібопекарні Лохнер порушив закон штату про максимальну тривалість робочого дня у 10 годин, бо уклав зі своїми працівниками договори, що перевищували цей термін. Більшість членів Суду посилялися на 14-ту поправку до Конституції США, вважаючи, що вона забороняла легіслатурам штатів обмежувати свободу підприємця встановлювати тривалість робочого дня для найманих робітників. Незгідний з таким тлумаченням, Холмс обґрунтував особливу думку, в якій заперечував подібну свободу. Ця думка донині є взірцем у трактуванні 14-ї поправки, а конституційність законів щодо обмеження тривалості робочого дня надалі вже ніколи не піддавалася сумніву. Деяким нашим сучасним законопроектувальникам у галузі трудового права варто мати на увазі цей повчальний епізод.

Під час Першої світової війни Холмс виступив проти нових законів, що забороняли публічні виступи, в яких вбачалася «погана тенденція» перешкоджати мобілізації, або критикувати дії уряду, що могло б призвести до «небажаного для суспільного блага результату». Посилаючись на Першу поправку до Конституції у справі *Schenck v. United States* (1919), Холмс вказав, що не існує надійного тесту на визначення «поганої тенденції» і замість неї запропонував користуватися встановленням «ясної та існуючої небезпеки» (clear and present danger)². Через півроку в особливій думці у справі *Abrams v. United States* (1919)³ він заявив, що громадяни можуть говорити чи публікувати все, що побажають, аби тільки в їхніх виступах не було прямого заклику до заколоту. Аргумент «вільного ринку ідей», що є необхідною передумовою демократії, Холмс запозичив від своїх молодих друзів, Гаролда Ласкі та Фелікса Франкфуртера. Поняття ринку ідей відповідало позитивізму та прагматизму Холмса, який відкидав ідею абсолютної істини і відповідної монополії на неї. На його думку, суди повинні забезпечити, щоб навіть «погані ідеї» стали відомими суспільству, тому що інакше

¹ Insular Cases < http://en.wikipedia.org/wiki/Insular_Cases >

² Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

³ Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

немає жодного способу переконатися, що «гарні ідеї» не могли б бути подавлені випадково. Перша поправка, таким чином, має бути не мертвою літерою, а ясним і ефективним обмеженням урядової влади.

Однак не слід вважати Холмса за ліберала. Скоріше, він є прихильником «чесної гри» у позитивістському стилі. У 1917 р. Холмс дав ясне вираження сучасного юридичного позитивізму в його особливій думці Верховного суду у справі *Southern Pacific v. Jensen*, тоді як більшість суддів вважала, що моряк, поранений у порту, не повинен одержати вигоду від закону про компенсації робітникам Штату Нью-Йорк. Морське право того часу не надавало морякам можливості отримати компенсацію за цих обставин, і більшість членів Суду вважала, що слід керуватися саме морським правом, а не законом Нью-Йорка. Холмс думав інакше: «Загальне право є не замислена всюдиприсутність (brooding omnipresence) у небесах, а членороздільний голос певного суверена або квазісуверена»¹. Пізніше, в особливій думці у справі, пов'язаній із конфліктом двох перевізників, у 1928 р. він наголошував: «Право в тому розумінні, у якому суди говорять про нього сьогодні, не існує без деякого певного авторитету, що стоїть за ним... Цим авторитетом, і єдиним авторитетом є держава, і ...голос, прийнятий державою ... промовляє останнє слово»².

Пік популярності Холмса прийшовся на 1920-ті, коли його погляди розповсюдилися серед прихильників соціальних та економічних реформ, борців за громадянські права і навіть лідерів робітничого руху. Тоді у пресі його стали називати «Янкі з Олімпу» і «Великим Незгідним» (the Great Dissenter).

Холмс вийшов у відставку на початку 1932, помер від пневмонії у 1935. Він користувався великою пошаною серед юридичної спільноти та Президента Ф. Д. Рузвельта і його адміністрації. Свій маєток поблизу Бостона він заповідав Урядові США. Похований на Арлінгтонському національному цвинтарі.

Його наступник у Верховному суді Б. Кардозо (Benjamin Nathan Cardozo) охарактеризував його як «найбільший юридичний інтелект в історії англomовного світу».

¹ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 222 (1917) – Mr. Justice Holmes, dissenting.

² *Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.*, 276 U.S. 518, 533, 535 (1928). – Mr. Justice Holmes, dissenting.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

В. Андрейцев, Центр правничої допомоги та досліджень (м. Київ)

Правове регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт: історико-правовий аспект

Виявлення особливостей договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт повною мірою обумовлюється розвитком наукових досліджень, запровадженням їх результатів у практику, обсягом опосередкування правового регулювання цих правовідносин та його досконалості, відповідно до певного історичного періоду розвитку державності та правознавства.

Варто спершу зазначити, що у Зібранні місцевих законів західних губерній 1837 року¹, дія яких поширювалася свого часу на Подільську, Волинську, Київську губернії, у частині чинності законів Цивільних (частина II, книга перша, друга, третя, четверта) не містилося жодних приписів не лише у регулюванні цих договорів, але навіть договорів підрядних.

Не передбачалося спеціальних норм щодо урегулювання цих правовідносин і в проєкті Цивільного уложення 1905 року, хоча моделі правових приписів щодо договору майнового підряду були зосереджені в окремій главі X «Підряд»², зокрема про будівельний підряд.

Відсутні були відповідні приписи і в Цивільному кодексі УСРР 1922 року³, Основах цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік від 8 грудня 1961 року⁴, Цивільному кодексі Української РСР від 18 липня 1963 року⁵.

¹ Див.: Кодифікація цивільного законодавства на українських землях / за наук. ред. проф. Р. О. Стефанчука, доц. М. О. Стефанчука. – К., 2009. – Т. 2. – С. 239–452.

² Там само. – С. 615–617.

³ Див.: Постанова ЦВК УСРР від 16 грудня 1922 року // ЗК УСРР. – 1922. – № 55. – Ст. 780.

⁴ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1961. – № 50. – Ст. 525.

⁵ Відом. Верхов. Ради Української РСР. – 1963. – № 1540-06. – Ст. 572.

Треба сказати, що і російські вчені зауважують із цього приводу про те, що в їхніх кодексах 1922 і 1964 років вказані договори на виконання науково-дослідних робіт, дослідно-конструкторських і технологічних робіт окремо не виділялися¹. І тільки в Основах цивільного законодавства 1991 року вперше у главі про підряд з'явилася стаття, присвячена договорам про виконання науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт².

Дійсно, у главі «Підряд» (статті 91–98) зазначених Основ міститься ст. 97 «Договір про виконання науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт», якою власне започатковане *законодавче регулювання правовідносин про виконання науково-дослідних робіт* (виділено нами. — В. А.), що й обумовило у подальшому кодифікацію законодавчого регулювання у цій частині на рівні суверенних держав, утворених на тлі бувшого Союзу РСР, до повноважень якого виключно належало раніше прийняття відповідних основ цивільного законодавства.

Проте значний історичний період правового регулювання характеризувався саме відомчим нормативно-правовим регулюванням правовідносин на виконання науково-дослідних робіт.

Як зазначав свого часу професор М. П. Ринг, чинна система правового регулювання у цій сфері склалася поступово, оскільки майже протягом 30-ти років у низці урядових постанов бувшого СРСР, як правило, відомчих нормативних актів епізодично вирішувалися окремі питання укладання і виконання договорів на науково-дослідні, конструкторські і технологічні роботи і лише після того, як були створені відповідні економічні передумови³.

Систему нормативно-правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт у певний історичний період складали:

– урядові постанови та інші нормативні підзаконні акти союзного рівня, зокрема, постанова Ради Міністрів СРСР «Про поліпшення науково-дослідної роботи у галузі будівництва і промисловості будівельних матеріалів» від 6 серпня 1958 року⁴, постанова Ради Міністрів

¹ Брагинский М. М. Договорное право. Кн. третья : Договоры о выполнении и оказании услуг / М. М. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 2008. – С. 189.

² Там само. – С. 189.

³ Ринг М. П. Правовое регулирование договоров на выполнение и внедрение научно-исследовательских и конструкторских работ / М. П. Ринг // Сов. государство и право. –1963. –№ 11. –С. 66.

⁴ СП СССР. –1958. –№ 14. –Ст.110.

СРСР «Про порядок фінансування науково-дослідних установ по сільському господарству» від 28 жовтня 1959 року¹, постанова Ради Міністрів СРСР «Про переведення галузевих науково-дослідних і конструкторських організацій на господарський розрахунок» від 01 квітня 1961 року², постанова Ради Міністрів СРСР «Про подальший розвиток науково-дослідної роботи у вищих навчальних закладах» від 20 лютого 1964 року³, постанова Ради Міністрів СРСР «Про зміну порядку планування затрат на науково-дослідні роботи і про розширення прав керівників науково-дослідних установ» від 22 березня 1967 року⁴ та ін.

Важливе значення для становлення і розвитку нормативно-правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт відіграли директивні нормативно-правові акти урядового рівня, зокрема постанова ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР «Про заходи щодо підвищення ефективності роботи наукових організацій і прискорення використання в народному господарстві досягнень науки і техніки» від 24 вересня 1968 року⁵, постанова КПРС і Ради Міністрів СРСР «Про заходи щодо подальшого поліпшення науково-дослідних робіт в галузі сільського господарства» від 2 жовтня 1968 року⁶.

Аналіз наведених вище урядових нормативно-правових актів дозволяє викласти деякі положення та висновки щодо формування та розвитку правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт.

По-перше, запровадження нормативно-правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт обумовлено прискореним розвитком науки і техніки у різних сферах господарювання, особливо в будівництві, промисловості, сільському господарстві, що сприяло в свою чергу подальшому науково-технічному прогресу перебудови традиційних галузей тодішнього народного господарства. А тому договірна форма виконання наукових фундаментальних і прикладних наукових досліджень найбільшою мірою сприяла опосередкуванню правових зв'язків розробників наукових проектів, виконанню науково-дослідних робіт науковими організаціями та установами, тобто виконавців із різноманітними підприємствами, установами, організаціями, як замовниками виконання зазначених робіт.

¹ СП СССР. –1959. –№ 20. –Ст. 161.

² Там само. –1961. –№ 7. –Ст. 54.

³ Там само. –1964. –№ 3. –Ст. 15.

⁴ Там само. –1967. –№ 9. –Ст. 50.

⁵ Там само. –1968. –№ 18. –Ст. 122.

⁶ Там само. –1968. –№ 19. –Ст. 133.

По-друге, на час прийняття названих нормативно-правових актів, очевидно, зростають роль і значення наукових досліджень у вищих навчальних закладах, що сприяло підвищенню ефективності навчального процесу, поглибленню освіти, науки з практикою, застосуванню наукових методів у конкретних умовах народногосподарської діяльності тодішнього державотворення, які скеровувалися директивними нормативно-правовими актами, що впливали на процес правотворчості у бувшому Союзі РСР та союзних республіках.

По-третє, зазначені нормативно-правові акти продукували прийняття на відомчому нормативно-правовому рівні спеціальних актів тогочасного законодавства, які визначали правові форми договорів та порядок їх укладання на виконання науково-дослідних робіт та які конкретизували загальні приписи урядових актів законодавства стосовно окремих галузей народного господарства.

До таких відомчих нормативно-правових актів можна віднести типові положення та типові договори на виконання науково-дослідних робіт, які ухвалювалися конкретними міністерствами та відомствами, або затверджувалися органами держави функціонального призначення. До них можна віднести, скажімо, Тимчасове положення «Про порядок фінансування науково-дослідних робіт по сільському господарству» від 9 травня 1960 року, Типовий договір на виконання науково-дослідних робіт по сільському господарству, який затверджений відповідним міністерством 25 січня 1960 року¹, Положення «Про порядок укладання договорів на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт науково-дослідними і конструкторськими організаціями, що знаходяться на госпрозрахунку», затверджене 7 вересня 1961 року², Типовий договір на виконання науково-дослідних робіт 1961 року³, Положення «Про науково-дослідну роботу у вищих навчальних закладах», затверджене 9 липня 1962 року⁴, Типове положення «Про порядок укладання господарських договорів і видачі внутрішньоміністерських замовлень на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт, затверджене постановою Державного Комітету Ради Міністрів СРСР з науки і техніки

¹ Сборник постановлений приказов и инструкций по финансово-хозяйственным вопросам. – 1960. – № 8. – С. 23–27.

² Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования. – 1962. – №9. – С. 4–7.

³ Там само. – № 11. – С. 4–6.

⁴ Там само. – 1962. – № 9. – С. 8–12.

5 серпня 1969 року¹, та Типовий договір на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт², Загальне положення про науково-дослідні, дослідно-конструкторські і технологічні організації, затверджене Державним Комітетом Ради Міністрів СРСР з науки і техніки від 13 листопада 1970 року³.

Наявність нормативно-правових актів відомчого та міжвідомчого призначення у формі типових, примірних положень, договорів у системі нормативно-правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт — характерна ознака та тенденція розвитку джерел тогочасного договірного права. Як справедливо відзначала О. А. Беляневич, основне призначення таких джерел зводиться до того, що вони визначають необхідну, або бажану, з точки зору держави, модель договірного зобов'язання, а також спрощують процес укладання конкретних господарських договорів (узгодження умов договору)⁴.

Водночас варто відзначити, що це стосується власне не лише господарських договорів, а взагалі договірного права цивілістичного циклу (блоку цивільно-правового регулювання) в широкому розумінні права, що, зокрема, передбачалося ч. II ст. 66 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік від 8 грудня 1961 року (із подальшими змінами і доповненнями), стосовно правил про окремі різновиди договорів підряду в частині обслуговування громадян з наданням права Радам Міністрів союзних республік затверджувати *типові договори* (виділено нами. — В. А.), відступи від умов яких, що обмежували права замовників, визнавалися недійсними (у ред. Указу Президії Верховної Ради УРСР від 30 жовтня 1981 року).

Відповідно до зазначених Основ, а також ЦК УРСР від 18 липня 1963 року, відносини, які виникали у зв'язку з розвитком досягнень науки і техніки, належали до відання Союзу РСР.

Модельний Цивільний кодекс країн СНД 1993 року, наприклад, визначив юридичну природу примірних умов договору (ст. 422)⁵, якою встановлено, що в договорі може бути передбачено, що окремі його

¹ Законодательство о капитальном строительстве. Т. 1. – М., 1977. – С. 583.

² Там само.

³ Экономическая газ. – 1970. – № 52.

⁴ Беляневич О. А. Господарське договірне право України. Теоретичний аспект / О. А. Беляневич. – К., 2006. – С. 184.

⁵ Кодифікація цивільного законодавства на українських землях / за наук. ред. проф. Р. О. Стефанчука, доц. М. О. Стефанчука. – К., 2009. – Т. 2. – С. 1053.

умови визначаються примірними умовами, які розробляються для договорів відповідного виду і опубліковані. Примірні умови можуть бути викладені у формі примірного договору або іншого документа, що містить ці умови.

З викладеного випливає, що за своєю нормативно-правовою природою примірні договори містять приблизний перелік певних умов, які мають міститися у окремих договорах цивільно-правового характеру, що відповідно потрібно відтворювати в окремих договорах, зокрема на виконання науково-дослідних робіт, за умови, що основним договором на їх виконання сторони домовилися про такі обставини, які надають їм можливість уточнити умови взаємних зобов'язань у процесі виконання зазначених робіт та отримання наукового результату відповідної якості.

Ця ідея була у подальшому реалізована і в новому ЦК України (ст. 630) щодо типових умов договору. Зазначеною статтею, зокрема передбачено, що договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. У разі якщо у договорі не містяться посилання на типові умови, то вони можуть застосовуватися як звичай ділового обороту за умови, якщо вони відповідають вимогам, встановленим для звичаю (ст. 7 ЦК України).

Господарський кодекс України, зокрема, передбачає, що Кабінет Міністрів України, уповноважені ним органи виконавчої влади можуть рекомендувати суб'єктам господарювання орієнтовні умови господарських договорів (примірні договори), а у визначених законом випадках — затверджувати типові договори (ч. 2 ст. 179).

Далі цим Кодексом передбачається, що при укладанні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору, зокрема на основі примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладанні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст, а також типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках передбачених законом, іншими органами державної влади, коли органи не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови. (п. 4 ст. 179 ГК України).

Отже, у сьогоденнішніх умовах наявна чітка законодавча формула щодо ролі та призначення примірних і типових договорів як правових форм

регулювання господарських договірних правовідносин, норми яких є загальними, незалежно від конкретних договірних правовідносин, включаючи і ті, які впливають із договірних зобов'язань на створення і передачу науково-технічної продукції (ст. 331 ГК України).

Застосування ж примірної або типової форми відповідних положень як джерел правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт (за цивільним законодавством) або на створення і передачу науково-технічної продукції (за господарським законодавством) дозволяє на їх основі розробляти відповідні положення (інструкції тощо), як правові форми регулювання конкретних правовідносин з урахуванням галузі управління і народного господарства, специфіки виконання науково-дослідних робіт, створення і передачі науково-технічної продукції з альтернативними вимогами стосовно правових документів, що розробляються на підставі примірних (тобто рекомендованих) положень і обов'язкового дотримання вимог стосовно актів правового регулювання, які деталізують специфіку виконання зазначених робіт на підставі типових положень.

Такий стан нормативно-правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт можна визнати, як значною мірою залежним від розвитку тодішньої цивільно-правової науки, яка, за словами проф. М. П. Ринга на той час виявилася невідповідною надати допомогу законодавцю у формуванні норм про взаємовідносини інститутів, конструкторських організацій і вузів із підприємствами і організаціями промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту, торгівлі та інших галузей народного господарства¹.

Варто у цьому зв'язку додати і те, що власне і законодавство у сфері наукової діяльності на той час не було сформоване як окрема галузь, недостатньою мірою проводилися наукові дослідження, які б були присвячені правовому статусу вченого та особливостей правового режиму здійснюваної ним наукової діяльності, що обмежувало правові можливості визначення договірно-правових засад щодо виконання науково-дослідних робіт.

Це прослідковується особливо у відомчому нормативно-правовому регулюванні, окремі нормативно-правові приписи яких вказують на *договори про виконання науково-дослідних робіт* (виділено нами. — В. А.), інші визначають *«договори на виконання науково-дослідних робіт* (виділено нами. — В. А.).

¹ Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы / М. П. Ринг. — М., 1967. — С. 10.

Сучасний ЦК України (ст. 892) визнав офіційну легалізацію договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Отже, він надає відповідь на запитання: «Договори на що?», або «Договори на здійснення певних робіт», урахуваючи, що виконання означає певну дію, діяльність як відповідний процес. Адже виконання науково-дослідних робіт — процес наукового дослідження шляхом синтезу, аналізу відповідних явищ правового характеру, які обумовлюють формування певних наукових положень та висновків, які розглядаються, як «прирощення» нових знань про об'єкти наукового дослідження, що досягаються шляхом інтелектуальної, творчої діяльності.

Договори *«про виконання науково-дослідних робіт»* (виділено нами. — В. А.) — менш точне формулювання, оскільки відповідає на запитання «договори про що?», тобто як завершений у минулому процес наукового пізнання відповідних об'єктів незалежно від досягнутого наукового результату.

Отже, формула закону, у даному випадку ст. 892 ЦК України, на наш погляд, більш точна, оскільки вказує на форму договору, спрямованого на визначення умов виконання науково-дослідних робіт. У той же час, на нашу думку, не виключається також формулювання і словосполучення «договори щодо виконання науково-дослідних робіт», як найбільш вдалого відображення назви договорів та відповідних правовідносин, зокрема «договірних правовідносин щодо виконання науково-дослідних робіт», «договори на проведення наукових досліджень», що більшою мірою узгоджується із законодавством про наукову і науково-технічну діяльність.

Треба зазначити, що і ГК України (ст. 331) передбачає самостійну форму «договору на створення і передачу науково-технічної продукції», який передбачає увесь завершений процес, починаючи від здійснення наукових досліджень та досягнення запланованого наукового результату та його передачі відповідному замовнику за вказаним договором.

Очевидно, що застосування у вказаних сполученнях прийменника «на» є найбільш вдалим лексично і граматично, оскільки він уживається, зокрема для позначення:

а) обставинних відносин для призначення способу дій, особливостей її перебігу;

б) просторових відносин для позначення предмета, на який спрямовується відповідна діяльність, сфери такої діяльності, простору та меж відповідної дії;

в) відношення мети відповідної дії¹.

Саме з цих позицій поняття «*договір на виконання науково-дослідних робіт*» (виділено нами. — В. А.) вказує на мету відповідної діяльності — виконання зазначених робіт, які мають проводитися у певному часі та просторі та відображати сферу відповідної діяльності — наукову діяльність щодо проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень. Із цих позицій застосування прийменника «на» більш практичне, ніж використання прийменника «про», хоча не виключається як можливий варіант й останній, проте він у контексті «*договірних правовідносин про виконання науково-дослідних робіт*» меншою мірою є малозвучним.

Звісно, за таких умов можна апелювати до законодавця, скаржитися на недосконалість механізму нормативно-правового регулювання, його нескоординованість, хаотичність, слабкість законодавчої техніки тощо, однак до законодавчого урегулювання цих правовідносин проблема залишалася відкритою та без належної відповіді самої правової, зокрема цивільно-правової науки, яка не виробила на той час теоретико-правових моделей регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт.

Треба взяти до уваги і ту обставину, що всі правовідносини, які виникали на підставі вищезазначених договорів, складали в той період предмет загальносоюзного законодавства². При цьому, беручи до уваги, що такі договори укладалися виключно між організаціями та відповідно до державних планів, законодавством було передбачено категорію так званих «господарських договорів»³.

Так, постановою ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР «Про заходи щодо підвищення ефективності роботи наукових організацій і прискорення використання у народному господарстві досягнень науки і техніки» передбачалося, що розвиток науки і техніки здійснюється

¹ Див.: Сучасний тлумачний словник української мови / за ред. проф. В. В. Дубчинського. — Х., 2006. — С. 498.

² Див.: Азимов Ч. Н. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Договоры на выполнение проектных и изыскательских работ / Ч. Н. Азимов // Советское гражданское право. Ч. 2 ; под ред. проф. В.Ф. Маслова, проф. А.А. Пушкина. — К., 1978. — С. 232.

³ Там само.

на підставі Державного п'ятирічного плану розвитку народного господарства бувшого Союзу РСР¹.

Основні показники державного плану деталізувалися відповідно в республіканських галузевих п'ятирічних і річних планах науково-дослідних робіт та відповідних планах наукових організацій промислових, науково-виробничих підприємств або об'єднаннях, які після відповідного затвердження в установленому порядку ставали організаційно-правовими передумовами виникнення договірних правовідносин².

Саме на кінець 60-х років минулого століття було підготовлено та легалізовано Типове положення про порядок укладання господарських договорів і видачі внутрішньоміністерських замовлень на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт, затверджене постановою Державного Комітету Ради Міністрів з науки і техніки СРСР від 5 серпня 1969 року³ та доданий до нього Типовий договір на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт.⁴

Зазначене Типове положення по суті легалізувало розуміння господарських договорів на проведення науково-дослідних робіт і стало провідним нормативно-правовим актом, що визначало на той час юридичну природу договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт, як публічних правовідносин, які склалися на підставі планових показників і замовлень, які видавалися міністерствами і відомствами на проведення вказаних робіт відповідними державними науковими організаціями та з якими на підставі вказаних організаційно-правових засад укладалися конкретні договори на виконання цих робіт, що і породжувало прямі і зворотні договірні зв'язки сторін — замовника та виконавців науково-дослідних робіт та розробок.

Типове положення у той же час визначало укладання договорів на виконання науково-дослідних робіт, які пов'язувалися із прискоренням науково-технічного прогресу в промисловості, транспортній сфері, ін-

¹ СП СССР. – 1968. – № 18. – Ст. 122.

² Азимов Ч.Н. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Договоры на выполнение проектных и изыскательных работ / Ч. Н. Азимов // Советское гражданское право. Ч. 2 / под ред. проф. В. Ф. Маслова, проф. А. А. Пушкина. – С. 233.

³ Законодательство о капитальном строительстве. – Вып. 1. – М., 1970. – С. 583–594; Сборник нормативных актов по гражданскому законодательству : в 2 ч. Ч. II. – М., 1981. – С. 176.

⁴ Законодательство о капитальном строительстве. – Вып. 2. – М., 1977. – С. 72–75.

ших галузях народного господарства, з тим, щоб досягнуті наукові розробки могли впроваджуватися у виробництво, зокрема щодо створення нової техніки, нових науково-технічних ідей та знань у процесі вирішення конкретних практичних виробничих завдань та надання послуг.

Указаний нормативно-правовий акт став офіційним джерелом у регулюванні цивільних договірних правовідносин на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт, зокрема, встановлював права, визначав обов'язки та відповідальність сторін зазначених правовідносин, умови виконання договірних зобов'язань, термін дії договірних правовідносин, предмет договору, особливості виконання вказаних робіт, пов'язаних із науковим пошуком та ризиком для досягнення наукового результату, терміни виконання загальних робіт, окремих етапів, час виконання згідно з плановим завданням, можливості заміни видів робіт, виконавців робіт на підставі додаткової угоди, ціну робіт, яка визначалася кошторисною вартістю, що передбачала прямі та накладні витрати, авансування робіт у відсотковому відношенні до її загальної вартості за умови, що виконавцями робіт є науково-дослідні, проектно-конструкторські організації та технологічні установи та вищі навчальні заклади включно.

Особливо акцептувалося на здійснення контролю за якістю виконаних науково-дослідних робіт, особливості і юридичне значення підписання Акта прийому-передачі виконаних робіт та отриманих (неотриманих) наукових результатів, порядок підготовки та передачі науково-технічного звіту виконання наукових робіт, а також фінансового та інших передбачених календарним планом виконання науково-дослідних робіт документів, відповідності одержаного наукового результату показникам технічного завдання, можливі відхилення та складання Акта про наявні порушення і відступу від технічного завдання, особливості виправлення та виконання додаткових робіт, порядку укладання додаткової угоди на вимогу замовника за рахунок коштів несумлінного виконавця, а також особливості розрахунків замовника у разі отримання негативного наукового результату за умови додержання вимог технічного завдання.

Важливою складовою договірних зобов'язань у цих правовідносинах відповідно до Типового положення та відповідного договору передбачалася майнова відповідальність сторін за невиконання, неналежне виконання договірних вимог та зобов'язань. Зокрема, виконавець визнавався відповідальним за допущені відхилення від гарантованих техніко-економічних параметрів і показників, дефекти, допущені

у науково-технічних розрахунках і документації з обов'язком їх усуненням в установлений сторонами термін, встановлювався розмір неустойки за порушення такого терміну у відсотковому відношенні від вартості робіт, які підлягають виправленню та доробці. Він передбачав також порядок відшкодування замовнику фактичних збитків, заподіяних неналежним виконанням науково-дослідних робіт, низькою їх якістю в розмірі (сумі), що не покривалося неустойкою, але не більше вартості договору неякісного виконання робіт, або їх окремих етапів, передбачалася також неустойка за порушення термінів завершення окремих етапів, або у цілому науково-дослідних робіт до одного та більше одного місяця.

Відповідно Типове положення про порядок укладання господарських договорів і видачі внутрішньоміністерських замовлень на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт від 5 серпня 1969 року містило нормативні приписи щодо відповідальності замовника перед виконавцем за несвоєчасне приймання виконаних робіт у формі санкцій за кожний день прострочення, але не більше суми, встановленої в абсолютних величинах, за прострочення перерахування авансових платежів у формі пені за кожний день прострочення, за безпідставну (повну або часткову) відмову від акцепту виданої платіжної вимоги виконавця у формі штрафу, взятого у відношенні від суми відмови акцепту та встановлювало підвищені розміри неустойки (штрафу, пені) за порушення умов договору сторін, що взяли на себе відповідні зобов'язання.

Загальне положення про науково-дослідні, дослідно-конструкторські і технологічні організації від 13 листопада 1970 року, як зазначали деякі вчені, також вважалося комплексним нормативним актом, на якому повинно базуватися однозначне правове регулювання діяльності наукових і технічних організацій¹.

Проте насправді, як зазначає вчений, вказаний нормативно-правовий акт поширювався далеко не на всі види наукових організацій, зокрема на науково-дослідні, проектно-пошукові та проектно-технологічні організації, які виконували роботи для потреб капітального будівництва, а також те, що воно не поширювалося на науково-дослідні підрозділи науково-виробничих об'єднань, що не мали правового становища юридичної особи².

¹ Див.: Рассохин В. П. Связь науки и производства / В. П. Рассохин // Социалистическое право и научно-техническая революция. – М., 1979. – С. 137.

² Там само. – С. 137–138.

Вказане положення регламентувало класифікацію функцій науково-дослідних організацій загальнонаукового профілю і наукових, конструкторських, технологічних організацій вузькогалузевого («відомчого») профілю.

При цьому, якщо перша група науково-дослідних організацій свою діяльність мала спрямовувати на виконання переважно фундаментальних наукових досліджень у сфері природничих, суспільних, медичних, сільськогосподарських і частково технічних наук, то відповідні наукові, конструкторські і технологічні організації повинні були зосереджувати свою діяльність на проведенні в основному прикладних досліджень і відповідних розробок у різних галузях тодішнього народного господарства. І це при тому, що Загальне положення містило формально-юридичну формулу про його поширення на всі різновиди галузевих організацій і в той же час інші приписи визначали функціональний, переважно технічно-прикладний характер діяльності у промисловості та малоприсади для інших сфер галузевої діяльності.

Однак, попри все викладене, вказане Загальне положення створило хоч і не досить досконалі нормативно-правові засади щодо виконавців науково-дослідних та інших робіт, утім визначало приписи правового становища наукових та інших організацій як основних на той час суб'єктів проведення наукових досліджень.

Суттєве значення для з'ясування особливостей правового регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт має аналіз Положення про договори на створення (передачу) науково-технічної продукції, затверджене постановою Державного комітету СРСР з науки та техніки від 19 листопада 1987 року № 435 за погодженням із Держпланом СРСР, Мінфіном СРСР¹, яким було визначено найменування контрагентів договору, їх банківські, телеграфні та поштові реквізити, найменування відповідної науково-технічної продукції, встановлено систему вимог до такої продукції (наукових, технічних, економічних, соціальних тощо), термін чинності договору, строк та порядок передачі науково-технічної продукції замовнику. Важливою умовою була договірна ціна (яка могла уточнюватися у відповідному протоколі, підписаному сторонами), особливості та порядок проведення розрахунків за виконану та обумовлену технічним завданням науково-технічну продукцію, права та обов'язки сторін щодо виконання, передачі та розпорядження науково-технічною продукцією,

¹ БНАМ и В. – 1988. – № 5. – С. 8–16.

умови щодо додержання правил конфіденційності та відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань.

У той же час за згодою сторін до договору мали додаватися такі документи: технічне завдання на виконання науково-дослідних робіт, календарний план виконання цих робіт з визначенням етапів у конкретні терміни, протокол погодження договірної ціни, Акт приймання-передачі науково-технічної продукції як наукового результату завершених науково-дослідних робіт.

Не виключалося включення до договору на створення і передачу науково-технічної продукції інших умов, які визначалися сторонами як факультативні умови та вимог, зокрема щодо впровадження вказаної продукції, сфери їх застосування, визначення етапів виконання науково-дослідних робіт, строків їх виконання, вимоги щодо науково-технічної продукції та ін.

Аналіз змісту укладених нормативно-правових актів та практики їх застосування дозволяє узагальнено констатувати таке:

1. Нормативно-правове регулювання відносин на виконання науково-дослідних робіт та їх різновиду на створення і передачу науково-технічної продукції спрямовувалося на опосередкування правових зв'язків, які склалися переважно між науковими організаціями — з однієї сторони, а з другої сторони — підприємствами, організаціями, установами щодо досягнення наукового результату шляхом проведення фундаментальних та прикладних наукових досліджень на підставі договорів, які за своєю юридичною природою можна було віднести до категорії господарських, на той час нелегалізованого та некодифікованого господарського законодавства та цивільного законодавства бувшого Союзу РСР.

2. Зазначені договори на виконання науково-дослідних робіт ставали юридичними засадами формування договірних правовідносин на виконання зазначених робіт (на створення і передачу науково-технічної продукції), хоча приписи, які упорядковували зазначені відносини, спрямовувалися власне на проведення науково-дослідних робіт, а не отримання запланованого і узгодженого договором наукового результату (науково-технічної продукції).

3. Договірні правовідносини на виконання вказаних робіт формувалися на підставі зазначених договорів у межах п'ятирічних або річних планів проведення цих робіт, з видачею відповідних замовлень як організаційно-правової передумови їх подальшого укладання із відповідними державними науковими організаціями чи установами, що

свідчило про їх виключно, згодом переважну публічно-правову природу. А у разі виникнення колізій (спорів) між суб'єктами цих правовідносин розглядалися в органах Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР, відповідно союзних республік та органах відомчого арбітражу.

4. У розвитку нормативно-правового регулювання наприкінці 1960-х років спостерігається тенденція до прийняття Типових положень як різновиду нормативно-правових актів, що визначали порядок укладання «господарських» договорів і видачі внутрішньоміністерських¹ замовлень на проведення науково-дослідних робіт, які легалізувалися Союзним Державним Комітетом з науки і техніки Ради Міністрів СРСР як основним координаційним та функціональним органом тодішньої держави, приписи яких деталізувалися у відомчих нормативних актах.

5. Зазначена практика нормативно-правового регулювання зберігалася до встановлення законодавчих цивільно-правових засад бувшого Союзу РСР шляхом прийняття відповідного законодавчого акта, який затвердив укладання договору на виконання науково-дослідних робіт як різновиду договірних підрядних правовідносин.

¹ Законодательство о капитальном строительстве. – М., 1977. – Т. 1. – С. 583.

С. Погрібний, доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільного процесу
Одеської національної юридичної академії

Загальні та спеціальні норми в цивільному (приватному) праві України

Науковий аналіз загальних та спеціальних норм права має, так би мовити, два виміри, а саме: галузевий та загальнотеоретичний.

У шістдесяті роки минулого століття з прийняттям Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік (далі — Основи) і Цивільних кодексів союзних республік (далі — ЦК)¹ активізувалася нормотворча робота з удосконалення цивільного законодавства. Однією з тенденцій розвитку цивільного законодавства у ті часи була його диференціація. Процес диференціації правового регулювання однорідних майнових відносин, що регулюються цивільним правом, підкреслює С. В. Полєніна, є закономірним результатом розвитку майнового обігу та ускладнення майнових відносин, причому диференціація правових норм свідчить і про удосконалення форм та методів правового регулювання². Втім існувала й інша тенденція розвитку цивільного законодавства — його уніфікація.

Аналізуючи питання диференціації та уніфікації цивільного законодавства, О. М. Садиков відзначає, зокрема, таке. Навряд чи можуть бути будь-які сумніви в тому, що правові норми повинні враховувати особливості регулювання відносин, що диференціація законодавства є одним із важливих шляхів розвитку та удосконалення радянського цивільного права. Однак диференціація не може бути самоціллю, вона має бути цілеспрямованою та сполучатися з уніфікацією цивільно-правових норм, під якою ми розуміємо розробку однакових норм для близьких цивільно-правових інститутів, укрупнення та об'єднання законодавчих актів³.

З урахуванням того, що під диференціацією цивільного законодавства розуміється введення спеціальних норм залежно від складу учасників та

¹ Основи були прийняті 8 грудня 1961 р. (див.: Відом. Верхов. Ради СРСР. – 1961. – № 50. – Ст. 525); ЦК УРСР був прийнятий Верховною Радою УРСР 18 липня 1963 р. (див.: Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1963. – № 30. – Ст. 463).

² Полєніна С. В. Основы гражданского законодательства и гражданские кодексы / С. В. Полєніна. – М., 1968. – С. 79.

³ Садиков О. Н. Дифференциация и унификация гражданского законодательства / О. Н. Садиков // Сов. государство и право. – 1969. – № 7. – С. 37–38.

сутності відносин, що регулюються¹, можна стверджувати, що саме вона і обумовлює виокремлення спеціальних норм у складі норм права.

Досліджуючи загальні та спеціальні норми в цивільному законодавстві, О. М. Садіков відзначає, що загальні норми — це норми, які застосовуються до усіх або до більшості інститутів (так звана загальна частина цивільного права), а спеціальні норми належать до окремих інститутів. Аналогічний поділ, підкреслює О. М. Садіков, відбувається і у сфері зобов'язального права. Цей поділ відображений в Основах цивільного законодавства Союзу РСР та ЦК союзних республік, які мають розділ «Загальні положення» та підрозділ «Загальні положення про зобов'язання»².

На нашу думку, тут виникає певне неузгодження, пов'язане з наведеним О. М. Садіковим визначенням загальних норм цивільного права, як таких, що складають загальну частину цивільного права та застосовуються до всіх або більшості інститутів цивільного права. Суть цього неузгодження полягає, на нашу думку, в такому. З одного боку, норми, що містяться в підрозділі «Загальні положення про зобов'язання», безумовно, не входять до загальної частини цивільного права і в цьому сенсі вони, з урахуванням наведеного визначення, начебто не є загальними нормами, але, з другого боку, саме найменування підрозділу «Загальні положення про зобов'язання» свідчить, що норми, які охоплюються ним, є нормами загальними стосовно такої підгалузі цивільного права, якою є «Зобов'язальне право». Напевне саме тому, О. М. Садіков окремо характеризує загальні норми, що складають загальну частину цивільного права (загальні норми цивільного законодавства) та загальні норми, що охоплюються підрозділом «Загальні положення про зобов'язання» (загальні норми зобов'язального права).

Загальні норми цивільного законодавства, вказує О. М. Садіков, — це норми, що стосуються питань: предмета цивільного права; компетенції в галузі цивільного законодавства; виникнення, здійснення і захисту цивільних прав; суб'єктів цивільного права; угод; представництва та довіреності³.

Характеризуючи загальні норми зобов'язального права, О. М. Садіков лише вказує на те, що загальна частина зобов'язального права має бути віднесена до тих розділів законодавства, що розроблені де-

¹ Там само. — С. 36.

² Садіков О. Н. Общие и специальные нормы в гражданском законодательстве / О. Н. Садіков // Сов. государство и право. — 1971. — № 1. — С. 38.

³ Там само. — С. 39.

тально, цьому питанню в Основах присвячено шість статей, а в ЦК — біля 90¹.

Наведене неузгодження, на нашу думку, свідчить про те, що визначення загальної норми, запропоноване, О. М. Садиковим, яке обмежується лише нормами загальної частини цивільного права, не враховує специфіки цивільного законодавства. Річ у тім, що, якщо Основи містили лише дві групи загальних норм (і саме тому про них згадує О. М. Садиков — *С. П.*), то Цивільні кодекси усіх союзних республік, що були прийняті на підставі зазначених Основ, містили ще й окремі глави «Загальні положення» у розділах, присвячених «Праву власності». Хоча цих норм було небагато (вони містилися лише у чотирьох статтях ЦК УРСР 1963 р.), але норми, вміщені у цих главах, теж були загальними нормами.

Отже, визначення загальної норми цивільного права, запропоноване О. М. Садиковим, потребує удосконалення.

Незважаючи на те, що Україна після припинення існування СРСР стала суверенною, унітарною державою, окремі наукові позиції О. М. Садикова не втратили своєї актуальності. Йдеться, зокрема, про співвідношення загальних та спеціальних норм у цивільному законодавстві. Слід погодитися, що загальні норми цивільного законодавства не треба повторювати у спеціальних актах, оскільки це призводить до непотрібного дубляжу та може створити правозастосовні труднощі через різні редакції тих самих норм. Ми поділяємо наукову позицію О. М. Садикова і відносно того, що застосування норм загальної частини до конкретних інститутів повинно мати місце і за відсутності посилань на них у спеціальних нормах².

Треба відзначити, що на галузевому рівні аналізувалися спеціальні норми в державному, адміністративному, трудовому та кримінальному праві³.

Характеризуючи загальнотеоретичний вимір аналізу загальних та спеціальних норм, слід вказати на те, що С. С. Алексєєв значну увагу приділив спеціалізації права.

¹ Садиков О. Н. Общие и специальные нормы в гражданском законодательстве / О. Н. Садиков // Сов. государство и право. – 1971. – № 1. – С. 41.

² Там само. – С. 43.

³ Основин В. С. Нормы советского государственного права / В.С. Основин. – М., 1963. – С. 51; Корнеев А. П. Нормы административного права и их применение / А. П. Корнеев. – М., 1978. – С. 38–41; Шебанова А. И. Регулирование труда молодежи в СССР и европейских социалистических странах / А. И. Шебанова // Сов. государство и право. – 1980. – № 12; Свидлов Н. М. Специальные нормы в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук / Н. М. Свидлов. – М., 1979. – С. 6–8.

Спеціалізація, відзначає С. С. Алексєєв, — це своєрідний, закономірний процес «власне правового» розвитку, який втілює дію усього комплексу системоутворюючих факторів. Суть цього процесу полягає в тому, що у праві відбувається та посилюється «розподіл праці», у результаті якого окремі норми та їх комплекси все більше диференціюються на виконанні тих чи інших операцій, конкретизується їх зміст і одночасно здійснюється інтеграція правового регулювання. Основними формами спеціалізації є диференціація правового регулювання, його деталізація та інтеграція¹.

Ідея спеціалізації права була в подальшому розвинута О. Ф. Черданцевим та І. М. Сенякіним. Ця спеціалізація, відзначає О. Ф. Черданцев, та заснована на ній диференціація правових норм є не тільки галузевими, а й функціональними. Норми права поділяються як залежно від предмета правового регулювання, так і від того, яку роль вони виконують у регулюванні суспільних відносин, яким способом їх регулюють².

Галузевий «розподіл праці» між нормами права є тим фактором, що обумовлює поділ права як цілого на окремі частини (інститути та галузі)³.

Функціональна спеціалізація правових норм відбувається перш за все на підставі того, що правові норми виконують різні функції.

Функціональний «розподіл праці» між нормами права, їх функціональна спеціалізація надають нормам права таку якість, як системність, якість, яка засвідчує не стільки віднесення норм права до окремих його частин, скільки зв'язок норм права з іншими нормами відповідного інституту, нормами інших інститутів і галузей права та їх тісний взаємозв'язок у процесі регулювання суспільних відносин⁴.

Функціональна спеціалізація правових норм, відзначає І. М. Сенякін, може одночасно виявлятися і за іншими підставами, за функціями права — регулятивною, охоронною, виховною. Спеціалізація юридичних приписів за функціями права зумовлює їх відносно виокремлення в кодифікаційних актах. Функціональний «розподіл праці» між правовими установленнями знаходить свій відбиток у структурі відповідних

¹ Алексєєв С. С. Структура советского права / С. С. Алексєєв. – М., 1975. – С. 52.

² Черданцев А. Ф. Специализация и структура норм права / А. Ф. Черданцев // Правоведение. – 1970. – № 1. – С. 44.

³ Черданцев А. Ф. Системность норм права / А. Ф. Черданцев // Сб. учен. тр. – Свердловск, 1970. – Вып. 12. – С. 50.

⁴ Там само. – С. 50.

нормативних актів, прикладом чого можуть служити Загальна та Особлива частини галузевих кодексів¹.

М. І. Байтін, розглядаючи загальнотеоретичні питання класифікації радянських правових норм, виокремлює загальні та спеціальні норми з урахуванням функціональної ролі зазначених норм права у правовому регулюванні певних суспільних відносин.

Виокремлення загальних та спеціальних норм, підкреслює М. І. Байтін, віддзеркалює той факт, що, як перші, так і другі, хоча і є приписами загального характеру, відрізняються між собою за ступенем загальності та обсягом (сферою) дії. Відповідно під загальними нормами є підстави розуміти такі приписи, які притаманні загальній частині відповідної галузі права, що поширюються на всі або більшу частину її інститутів². Тим самим загальні норми служать цілям правової регламентації широкого кола суспільних відносин певного роду. На відміну від них спеціальні норми — це приписи, які належать до окремих інститутів тієї чи іншої галузі права і регулюють будь-який відповідний вид родових суспільних відносин з урахуванням притаманних їм особливостей, специфіки, конкретних умов і т. ін. При цьому М. І. Байтін звертає увагу на те, що загальні норми можуть бути як безпосередньо регулятивними, тобто правилами поведінки, що закріплюють права та обов'язки суб'єктів, так і відправними (нормами-засадами, нормами — принципами, нормами-завданнями, нормами-дефініціями тощо), спеціальні ж норми існують і функціонують лише як безпосередньо регулятивні³.

Загальнотеоретичний вимір аналізу загальних та спеціальних норм права не обмежується лише їх визначенням та встановленням критерію їх виокремлення.

Значна роль в розробці проблеми спеціальних норм радянського права із загальнотеоретичних позицій належить І. М. Сенякіну, який на підставі аналізу як загальнотеоретичної, так і галузевої літератури (із цивільного, державного, адміністративного, трудового та кримінального права) визначив, зокрема, такі характерні ознаки спеціальних норм.

¹ Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права / И. Н. Сенякин ; под ред. проф. М. И. Байтина. – Саратов, 1987. – С. 15.

² Наведене свідчить про те, що М. І. Байтін, формулюючи загальнотеоретичне визначення загальних норм, по суті погоджується з визначенням загальних норм цивільного права, запропонованим О. М. Садковим, яке, на нашу думку, потребує удосконалення.

³ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. д-ра юрид. наук, проф. М. И. Байтина и д-ра юрид. наук, проф. В. К. Бабаева. – Саратов, 1987. – С. 164–165.

По-перше, спеціальні норми є похідними від загальних приписів, а їх функціонування відбувається на основі та у тісному зв'язку із загальними нормами.

По-друге, спеціальні норми завжди регулюють конкретні видові відносини. Якщо загальний припис регулює родове відношення у цілому, то спеціальний припис — лише певну сукупність його елементів, що входять до виду або підвиду родового відношення.

По-третє, спеціальні приписи виступають як нормативна основа поділу відповідної галузі права на загальну та спеціальну та виокремлення в галузевих кодексах загальної та особливої частини.

По-четверте, характерна особливість спеціальних норм права знаходить свій вияв у своєрідності критерію їх виокремлення. Багатоеlementність цього критерію (спеціалізація правового регулювання, обсяг дії спеціальної норми, порядок їх реалізації регулювання особливого роду відносин, зміст спеціальних норм) доводить, що дані приписи є своєрідними за своїм змістом та виконують різні завдання, функції, навантаження.

По-п'яте, виокремлення спеціальних норм, їх функціонування обумовлюють уніфікацію радянського законодавства, яку слід розглядати як процес, що є протилежним процесу диференціації. Наявність спеціальних норм, їх різноманітність створює ситуацію, коли виникає потреба в об'єднанні, певному впорядкуванні даних приписів в окремому нормативному акті або розділі цього акта, тобто в уніфікації.

По-шосте, характерна особливість спеціальних норм полягає і в тому, що їх практичне застосування завжди пов'язане з розглядом конкретних справ.

По-сьоме, кожний структурний елемент спеціальних приписів (гіпотеза, диспозиція, санкція) має свої специфічні особливості. Усі структурні елементи спеціальних приписів, за загальним правилом, містяться в одній статті нормативного акта¹.

Узагальнюючи наведені характерні ознаки, І. М. Сенякін запропонував таке визначення спеціальної норми. Спеціальна норма — це загальнообов'язковий державний припис, що є результатом правової спеціалізації, який встановлюється з метою конкретизації та деталізації, врахування своєрідності та особливості будь-якого виду (підвиду)

¹ Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права / И. Н. Сенякин; под ред. проф. М. И. Байтина. – Саратов, 1987. – С. 40–50.

суспільних відносин, рід яких регулюється загальною правовою нормою¹.

Аналіз цього визначення дає підстави для таких висновків.

По-перше, виокремлення спеціальних норм відбувається в межах певної галузі права, предмет якої визначає рід відносин, що регулюються нею.

По-друге, оскільки відносини, що становлять предмет певної галузі, є однорідними (належать до одного роду), вони регулюються загальними правовими нормами, тобто нормами, що складають загальну частину відповідної галузі права, та загальними нормами, що поширюються на певні види (підвиди) родових відносин, закріплені у кодифікованому нормативному акті, що є основним для відповідної галузі права.

По-третє, спеціальна норма, що встановлюється з метою конкретизації та деталізації, врахування своєрідності та особливості певного виду (підвиду) відносин, що належать до одного роду, є результатом правової спеціалізації (галузевої та функціональної), що відбувається в межах певної галузі права.

Оскільки це визначення є загальноправовим, воно поширюється і на спеціальні норми цивільного права. Але, перш ніж проілюструвати пристосованість зазначеного загального визначення до спеціальних норм цивільного права, слід сформулювати визначення загальної норми цивільного права. Це обумовлено тим, що вище ми дійшли висновку, що визначення такої норми, запропоноване О. М. Садіковим, потребує удосконалення, оскільки воно обмежується лише нормами, які застосовуються до усіх або до більшості інститутів (так звана загальна частина цивільного права).

Зміст структури чинного Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.² свідчить, що загальні норми містяться не тільки у Книзі першій «Загальні положення», а й у наступних п'яти Книгах. Крім того, у Книзі третій «Право власності та інші речові права» вміщено окремі загальні положення, що стосуються, відповідно, права власності та речових прав на чуже майно, а Книга п'ята «Зобов'язальне право» містить загальні положення про зобов'язання, загальні положення про договір та загальні положення про купівлю-продаж, найм (оренду), підряд, послуги, зберігання, розрахунки, спільну діяльність, відшкодування шкоди.

¹ Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права / И. Н. Сенякин; под ред. проф. М. И. Байтина. – Саратов, 1987. – С. 54.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

З урахуванням структури чинного ЦК України, загальні норми цивільного права можуть бути визначені як норми, що складають загальні положення цивільного права, які поширюються на всі цивільні відносини, та норми, що складають загальні положення окремих підгалузей та інститутів цивільного права, що поширюються на відповідні види (підвиди), окремі групи цивільних відносин.

Таким чином, загальні норми цивільного права мають внутрішню диференціацію і поділяються на два види.

Перший вид загальних норм охоплює норми, вміщені у Книзі першій ЦК України «Загальні положення», дія яких поширюється на всі цивільні відносини.

Другий вид загальних норм охоплює норми, вміщені в Книгах другій-п'ятій ЦК України, поширюється на відповідний вид (підвид), окремі групи цивільних відносин.

Розглядаючи пристосованість загальноправового визначення, запропонованого І. М. Сенякіним, до спеціальних норм цивільного права, слід вказати таке.

Рід відносин, що становлять предмет цивільного права та регулюються цивільним законодавством, — це особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК).

Цивільні відносини як рід поділяються на певні види, а саме: особисті немайнові відносини фізичних осіб та майнові відносини, учасниками яких є особи, визначені у ст. 2 ЦК.

Види цивільних відносин мають свою внутрішню диференціацію та поділяються на певні підвиди. Так, особисті немайнові відносини фізичних осіб поділяються на особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, та особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи. Майнові відносини поділяються на відносини власності та інші речові відносини, зобов'язальні та спадкові відносини. Особливим підвидом цивільних відносин є відносини інтелектуальної власності.

Спеціальні норми цивільного права, що є результатом галузевої та функціональної спеціалізації, встановлюються з метою конкретизації та деталізації, врахування своєрідності та особливості певного виду (підвиду), окремих груп цивільних відносин.

Отже, загальнотеоретичне визначення спеціальної норми права, запропоноване І. М. Сенякіним ще за часів існування радянського права, витримало випробування часом і є цілком пристосованим до

сучасного цивільного права. Не випадково аналогічне за суттю визначення спеціальної норми права міститься і у сучасному підручнику із загальної теорії держави та права¹.

Аналізуючи загальні і спеціальні норми цивільного права, не можна оминати питання про співвідношення окремих норм ЦК та Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р.² (далі — ГК). Це пов'язано з тим, що обидва кодекси були прийняті Верховною Радою України в один день, набрали чинності з 1 січня 2004 р., але існують відмінності в регулюванні, зокрема, відповідних видів (підвидів) майнових відносин.

Слід особливо підкреслити, що предметом цієї статті не є встановлення усіх відмінностей між ЦК та ГК та причин, за яких це сталося. Оскільки висловлено думку, про те, що норми ГК слід трактувати як спеціальні норми³, ми лише наведемо власну позицію з цього приводу.

З точки зору суто формальної, підстави для можливості існування відмінностей у регулюванні, зокрема відповідних видів (підвидів) майнових відносин, а значить і для співвідношення відповідних норм ЦК та ГК як загальних та спеціальних, існують і вони закріплені як у ЦК, так і в ГК України.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 9 ЦК законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. У частині 2 ст. 4 ГК вирішено питання про те, в якому саме законі можуть визначатися особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання. Таким законом визнається виключно ГК України.

Із цього випливає, щонайменше три висновки. По-перше, майнові відносини у сфері господарювання є окремим видом майнових відносин, які регулюються ЦК. По-друге, якщо спеціальним законом, яким може бути лише ГК, прямо встановлені спеціальні правила, що унеможливають застосування загальних норм ЦК, до майнових відносин у сфері господарювання застосовуються спеціальні норми ГК. По-третє, оскільки, як вже відзначалося, спеціальні норми існують і функ-

¹ Загальна теорія держави та права : підруч. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 232.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

³ Див.: Знаменський Г. С. Співвідношення загального і спеціального законодавства: методологічний аспект / Г. С. Знаменський // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 1. – С. 22–25; Господарське право : підруч. / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін. ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х., 2010. – С. 43–48.

ціонують лише як безпосередньо регулятивні, відсутність їх у ГК свідчить про поширення на певні види (підвиди) майнових відносини у сфері господарювання загальних норм ЦК. На нашу думку, тільки за наявності цих умов можна стверджувати, що окремі норми ЦК і ГК України співвідносяться як загальні та спеціальні.

Такий висновок, здається, відповідає змісту правових позицій Конституційного Суду України, висловлених в його Рішенні від 10 грудня 2009 р. (справа №1-46/2009), за конституційним зверненням приватного підприємства «Автосервіс» щодо офіційного тлумачення положень статей 177, 760, частини другої статті 777 Цивільного кодексу України (справа про переважне право наймача на придбання військового майна)¹.

Практична необхідність у офіційному тлумаченні зазначених статей ЦК приватним підприємством «Автосервіс» була аргументована тим, що суди загальної юрисдикції неоднозначно розуміють та застосовують зазначені норми ЦК. Так, при розгляді спору щодо набуття приватним підприємством права приватної власності на військове майно з підстав, передбачених ч. 2 ст. 777 ЦК, Вищий господарський суд України у постанові від 30 листопада 2005 р. вказав на те, що ці положення Кодексу поширюються на відчуження військового майна з державної власності. При цьому була скасована як незаконна постанова Київського апеляційного господарського суду від 14 липня 2005 р., що ґрунтувалася на протилежній позиції. З таким висновком суду касаційної інстанції погодився і Верховний Суд України, про що свідчить його ухвала від 9 лютого 2006 р. про відмову у порушенні провадження з перегляду в касаційному порядку цієї постанови Вищого господарського суду України.

Аналогічну позицію Вищий господарський суд України виклав у постановках від 5 грудня 2007 р., 18 грудня 2008 р. Однак при їх касаційному перегляді Верховний Суд України у постановках від 12 лютого 2008 р., 24 березня 2009 р. висловив іншу позицію з огляду на приписи законів України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» від 21 вересня 1999 р.², «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» від 21 вересня 1999 р.³, вважаючи, що положення цих актів щодо відчуження військового майна не передбачають переважного права орендарів цього майна на його придбання,

¹ Вісн. Конституц. Суду України. – 2010. – № 1. – С. 27.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 48. – Ст. 407.

³ Там само. – Ст. 408.

а тому такого права у них немає. До речі, таке права орендаря не передбачає і ст. 285 ГК України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», військовим вважається державне майно, закріплене за військовими частинами.

Конституційний Суд України вважає, що правовий режим вільного у цивільному обороті військового майна має аналогічний характер із правовим режимом інших видів державного майна, зокрема у сфері орендних відносин, якщо інше не передбачено законом (абз. 2 п. 3.2 мотивувальної частини Рішення).

За частиною 2 ст. 777 ЦК наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, у разі продажу речі, переданої у найм, має переважне право перед іншими особами на її придбання.

Конституційний Суд України підкреслює, що зазначена норма міститься у параграфі 1 «Загальні положення про найм (оренду)» глави 58 Цивільного кодексу. Її положення поширюються на всі види орендованого майна. Згідно з ч. 2 ст. 759 ЦК, у законі можуть бути передбачені особливості укладення та виконання договору найму (оренди), а відповідно до ч. 3 ст. 760 ЦК, Кодексом та іншими законами можуть встановлюватися особливості найму окремих видів майна (абз. 1 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення).

Сферу орендних відносин, предметом яких є державне та комунальне майно, врегульовує Закон України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 р.¹

Конституційний Суд України виходить з того, що співвідношення між нормами Цивільного кодексу і Законів, які регулюють особливості найму (оренди) окремих видів майна, полягає в тому, що норми цих законів тією чи іншою мірою встановлюють правовий механізм реалізації відповідної норми Цивільного кодексу або передбачають додаткові умови її реалізації, або виключають застосування норм ЦК, якщо це прямо передбачено ними чи випливає з їхнього змісту (абз. 4 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення).

Оскільки закони України «Про оренду державного та комунального майна», «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» не передбачають заборони щодо переважного права орендаря на придбання державного, у тому числі військового майна, то на правовідносини, які виникають між наймодавцем та наймачем у разі продажу військового майна, переданого у найм (оренду), поширюється дія нор-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.

ми, закріпленої у ч. 2 ст. 777 Цивільного кодексу (абз. 5 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення).

Нарешті, в абз. 5 п. 3.5 мотивувальної частини Рішення підкреслюється, що проведений Конституційним Судом України аналіз положень Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, законів України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» вказує на те, що вільне у цивільному обороті військове майно є річчю та об'єктом цивільних прав у розумінні статей 177, 760 ЦК і може бути предметом договору найму (оренди). На правові відносини найму (оренди) військового майна поширюють свою дію положення ч. 2 ст. 777 ЦК щодо переважного права наймача (орендаря) на придбання орендованого військового майна у разі його продажу.

С. Бородовський, кандидат юридичних наук, професор кафедри судочинства Прикарпатського юридичного інституту Львівського державного університету внутрішніх справ

Проблеми одностороннього правочину

У науці цивільного права сьогодні недостатньо уваги приділяється проблемам односторонніх правочинів. Утім односторонній правочин є важливим цивільно-правовим інститутом, що лежить в основі створення, набуття, зміни або припинення цивільних прав і юридичних обов'язків осіб приватного права. Цей правовий інститут перебуває в тісному зв'язку з інститутами договору, зобов'язання, права власності тощо. Тому його внутрішньоправові проблеми та суперечності тісно пов'язані з іншими цивільно-правовими проблемами і дискусіями.

Метою цієї статті є визначення основних проблем інституту одностороннього правочину і шляхів їх вирішення.

Питанням односторонніх правочинів присвячено окремі праці О. С. Іоффе, Д. І. Мейєра, Ю. С. Гамбарова, О. А. Красавчикова, М. І. Брагинського, В. В. Вітрянського, Ф. С. Хейфеца та ін.

Передусім необхідно вказати, що концепція юридичного акта, під яким розуміється односторонній правочин, відіграє важливу роль, оскільки забезпечення реалізації інституту договору, який є найпоширенішою підставою встановлення, зміни та припинення цивільних прав і обов'язків, засноване на положеннях цієї концепції¹.

Так, у юридичній літературі радянського періоду класифікацію правомірних юридичних дій запропонував М. М. Агарков, поділивши їх на три основні групи: юридичні акти, юридичні вчинки і дії, що створюють передбачений нормами права об'єктивний результат. Під юридичними актами він розумів правомірні дії, спрямовані на встановлення, зміну або припинення правовідносин; під юридичними вчинками — правомірні дії, які спрямовані на визнання фактів або повідомлення про минулі, дійсні чи майбутні факти, які викликають юридичні наслідки, незалежно від того, чи були такі дії спрямовані на настання певних наслідків, чи ні; до третього виду правомірних дій

¹ Suk K. H. The new conflict Laws Act of the Republic of Korea. Yearbook of private international law. – Vol. 5. – Kluwer Law International and Swiss institute of comparative law 2004. – С. 116–117 ISBN 90-411-2271-0

автор відносив дії, що створили передбачений нормами права об'єктивний результат¹.

З часом зазначене уявлення про правочин доповнювалося іншими поглядами, але і сьогодні в основі такої класифікації лежить зазначена думка М. М. Агаркова.

Наприклад, Ю. К. Толстой вказує, що в юридичній літературі є пропозиції доповнити класифікацію юридичних фактів на дії і події ще однією, третьою, групою юридичних станів. Разом з цим автор підкреслює, що відповідно до протилежної позиції юридичні стани не визнаються юридичними фактами, оскільки значення юридичного факту має не сам юридичний стан, а ті зміни, які в ньому відбуваються. Сам автор вважає, що юридичні стани є юридичними фактами і пропонує виділити їх в особливу групу юридичних фактів, оскільки вони можуть мати вольовий (знаходження в шлюбі) і невольовий характер (родинні відносини)².

На нашу думку, юридичний стан, не є юридичним фактом і не є правочином, а повинен розглядатися як статус особи. Наприклад, статус подружжя, батька, матері, близьких родичів тощо. Основний наголос у цьому статусному правовідношенні має бути поставлений не на тривалість такого правовідношення, а на зміст прав і обов'язків його сторін, оскільки в разі народження дитини для права має значення набуття батьками і дитиною взаємних прав і обов'язків, а не їх наявність у певному стані. Або ж реєстрація фізичної особи як суб'єкта підприємницької діяльності здійснюється нею для набуття відповідного статусу, що полягає в набутті та реалізації певних прав і здійсненні обов'язків, а не для встановлення певного стану. Тому статус особи обумовлюється наданням їй певних прав або покладенням на неї відповідних обов'язків. Отже, статус особи необхідно розглядати як елемент дієздатності особи і як особливий напрям реалізації її свободи вибору.

Часто вказується, що договір відрізняється від одностороннього акта³, але не конкретизується, у чому саме полягає вказана різниця. Відповідно постає питання щодо необхідності встановлення співвідношення і взаємозв'язку між цими правовими категоріями.

Згідно з п. 3 ст. 202 ЦК України одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами.

¹ Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л., 1959. – С. 14.

² Там само. – С. 14.

³ Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Р. Саватье. – М., 1972. – С. 178.

Наприклад, у п. 1 ст. 155 Цивільного кодексу Республіки Білорусь вказано, що правочини можуть бути дво- або багатосторонніми (договори) і односторонніми. При цьому на перше місце законодавець Республіки Білорусь поставив саме договори, відзначаючи їх переважачу кількість щодо односторонніх правочинів та підкреслюючи їх важливість в опосередкуванні динаміки цивільних відносин.

Необхідно вказати, що відповідно до п. 2 ст. 155 Цивільного кодексу Республіки Білорусь одностороннім вважається правочин, для здійснення якого згідно із законодавством або домовленістю сторін необхідно і достатньо вираження волі (дії) однієї сторони.

Зазначене положення є цікавим тим, що за його допомогою односторонність правочину встановлюється, виходячи не з правової природи і змісту цього інституту, а визначається положеннями законодавчих норм чи може бути встановлена за домовленістю сторін.

Підкреслимо, що односторонній правочин формується однією особою, а тому він є одномісним відношенням з однією стороною. Але участь у такому правочині може брати декілька учасників. Перш за все це стосується правочинів, в яких на одній стороні знаходиться декілька осіб, або правочин, з якого виникають абсолютні речові права. Наприклад, унаслідок створення речі права може набути одна або кілька осіб, яким протистоїть невизначена кількість осіб, що зобов'язані не порушувати їх речове право, оскільки визнання чужого права і утримання від його порушення виникає саме з факту створення речі.

Вважається, що застосування односторонніх дій за межами давно існуючих випадків не тільки спрощує цивільні відносини, а й звукує коло можливих конфліктів¹. І дійсно, на сучасному етапі розвитку сфера застосування односторонніх правочинів розширюється, а в юридичній літературі дедалі частіше з'являються думки щодо можливості застосування положень про односторонні правочини і до інших цивільно-правових відносин.

Відповідно до п. 2 ст. II. — 1:101 Проекту Цивільного кодексу Європейського Союзу (Draft Common Frame of Reference) юридичний акт — це будь-яка заява (ствердження, формулювання) або домовленість, яка виражає чи передбачає поведінку з наміром створити правові наслідки².

¹ Денисевич Е. М. Односторонние сделки в гражданском праве Российской Федерации (Понятие, виды и значение) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. М. Денисевич. – Екатеринбург, 2004. – С. 1.

² Bar C., Clive E. Schulte-Nolke H. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Outline Edition. – 2009. – С. 183, ISBN 978-3-86653-097-3

За статтею 4:301 Проекту Цивільного кодексу Європейського Союзу до односторонніх юридичних актів встановлено такі вимоги:

- а) особа, яка його вчиняє, має намір бути юридично пов'язаною або бажає досягнути іншого відповідного юридичного наслідку;
- б) юридичний акт є достатньо визначеним;
- с) повідомлення про акт досягає особу, якій він спрямований або, якщо акт адресований необмеженому колу осіб, він має бути вчинений в оголошенні, рекламі, анонсі чи в інший спосіб¹.

З урахуванням зазначеного можна дійти висновку, що автори Проекту Цивільного кодексу Європейського Союзу розглядають оферту і акцепт та інші окремі повідомлення як односторонні правочини. Однак такий підхід підтримується не всіма дослідниками, а часто взагалі заперечується.

Відповідно однією з проблем інституту одностороннього правочину є дискусія щодо визнання чи невизнання за офертою і акцептом статусу правочину. Наприклад, Є. М. Денисевич висловлює пропозицію щодо розширення змісту одностороннього правочину за рахунок включення до нього таких волевових актів, як здійснення і прийняття виконання за договором, знищення власної речі, оферта і акцепт. У цьому разі односторонній правочин розглядається як підстава руху речових, зобов'язальних та організаційних правовідносин².

На перший погляд, таке вузьке розуміння правочину, як волевиявлення особи, що спрямоване на встановлення, зміну або припинення цивільних прав чи обов'язків, формально дає підстави для розгляду оферти і акцепту як правочину.

Відносини щодо подання оферти і висловлення акцепту також можна розглядати як організаційні цивільні відносини, оскільки вони спрямовані на формування дво- або багатостороннього правочину і тривають до моменту його укладення. Ці відносини передують регулятивній стадії правочину, в якій безпосередньо встановлюються, змінюються або припиняються цивільні права та юридичні обов'язки.

Однак оферта і акцепт не є самостійними, а головне самодостатніми діями. Відповідно вони не можуть розглядатися окремо одне від одного як самостійні односторонні правочини. Оферта не означає

¹ Bar C., Clive E. Schulte-Nolke H. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Outline Edition 2009. – ISBN 978-3-86653-097-3

² Денисевич Е. М. Односторонние сделки в гражданском праве Российской Федерации (Понятие, виды и значение) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. М. Денисевич. – Екатеринбург, 2004. – С. 1.

пов'язаності, тому що передбачає її прийняття або відхилення. Отже, вона прямо залежить від зустрічної дії її адресата.

Оферта і акцепт є яскравими прикладами юридичної фікції. Це штучні поняття, що запроваджені лише для спрощення розуміння феномену договору. Вони виникли на основі теорії волевиявлення внаслідок розщеплення поняття договору. Тому, на нашу думку, розвиток доктрини про самостійну роль оферти і акцепту є деструктивним і безпідставним, а шлях до їх ще більшого віддалення — помилковим.

Указане підтверджується також невизнанням реклами як одностороннього правочину. Так, відповідно до п. 2 ст. 641 ЦК України реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях.

Однак у п. 1 ст. 699 ЦК України міститься суперечлива правова норма, відповідно до якої пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернених до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору. При цьому виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу є публічною пропозицією укласти договір незалежно від того, чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу.

Таким чином, положення п. 2 ст. 641 ЦК України і положення ст. 699 ЦК України містять взаємно суперечливі правові норми, і такий конфлікт норм має бути усунутий законодавцем.

За умов ринкової економіки договір розглядається як основа партнерства¹. У свою чергу односторонній правочин є основою створення, зміни та припинення цивільних прав особою самостійно для себе. Але необхідно враховувати, що правочин все ж є соціальним явищем, суспільним відношенням, а тому про нього як про факт і, про його зміст неодмінно мають бути повідомлені також інші учасники цивільних відносин. Та властивість одностороннього правочину, відповідно до якої в ньому на одній стороні можуть брати участь декілька осіб, означає, що

¹ Меркулов В. В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Меркулов. – 1994. – С. 4.

і односторонній правочин, а не тільки договір, як вказує О. А. Беяневич¹, є видом соціальної взаємодії і засобом комунікації.

Під односторонніми правочинами розуміють різноманітні дії учасників цивільних відносин, наприклад, складення заповіту, видачу довіреності, відмову від спадщини, виконання зобов'язання, видачу чеку, публічну обіцянку винагороди, відмову від договору майнового найму тощо. Однак віднесення до односторонніх правочинів окремих дій часто викликає необхідність вирішення певних спірних питань.

Так, у юридичній літературі вказується, що право батьків представляти своїх малолітніх та неповнолітніх дітей ґрунтується на такій складній юридичній сукупності, як норма закону і подія (народження дитини), а для представництва батька до того ж потрібна наявність акта цивільного стану (шлюбу з матір'ю дитини), правочину (заява про визнання себе батьком дитини за відсутності шлюбу з матір'ю), рішення суду про визнання батьком дитини².

Однак заява особи про визнання її батьком дитини за відсутності шлюбу з матір'ю дитини не є правочином. Оскільки, по-перше, правочин опосередковує майнові відносини, а вказані відносини є особистими немайновими і, по-друге, мова йде про реєстрацію акта цивільного стану, що теж не належить до правочинів. Крім цього реєстрацію актів цивільного стану здійснюють уповноважені на те органи, а не безпосередньо учасники цивільних відносин.

Такі дії не є правочинами, а значить до них не можна застосовувати і відповідні правові норми, що регулюють правочинні відносини. Крім цього у разі визнання недійсним акта цивільного стану (визнання усиновлення недійсним, визнання шлюбу недійсним) до цих відносин не буде застосовуватися положення підп. 2 п. 2 ст. 16 ЦК України, де визначено, що способом захисту цивільних прав та інтересів може бути визнання правочину недійсним. До цих відносин також не застосовується положення статей 215, 216 ЦК України про підстави і наслідки визнання правочину недійсним.

У цьому разі застосуванню підлягає положення п. 2 ст. 16 ЦК України, де вказано, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Істотно відрізняються правові наслідки недійсності правочину і правові наслідки недійсності шлюбу. Відповідно до п. 1 ст. 216 ЦК

¹ Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія / О. А. Беяневич. – К., 2006. – С. 27.

² Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К., 2003. – 776 с.

України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У свою чергу в п. 1 ст. 45 СК України вказано, що недійсний шлюб, а також шлюб, визнаний недійсним за рішенням суду, не є підставою для виникнення в осіб, між якими він був зареєстрований, прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків, які встановлені для подружжя іншими законами України. Однак у п. 2 цієї статті зазначено, що якщо протягом недійсного шлюбу особи набули майно, воно вважається таким, що належить їм на праві спільної часткової власності. Отже, недійсний шлюб може створювати правові наслідки, що аналогічні дійсному шлюбу.

Таким чином, розвиток цивільного законодавства України має здійснюватися на основі сучасних уявлень про правові явища, що потребує постійного вдосконалення положень цивільно-правової доктрини.

В. Пашков, доцент Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Правовий господарський порядок у забезпеченні антикорупційної діяльності в сфері охорони здоров'я

Правовий господарський порядок в умовах сьогодення постає як багаторівневий феномен, правова природа якого віддзеркалює не лише поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави, а й домінуючої нині тенденції до забезпечення конституційних основ правопорядку у сфері господарювання в контексті ефективності владних і суспільних інституцій, які здійснюють правоохоронну роботу і забезпечення правопорядку.

Звичайно, що правовий господарський порядок, серед іншого, з одного боку, закріплює конституційні положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а з другого — декларує забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальної спрямованості економіки, непорушності права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності, права кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом тощо. У цьому контексті також необхідно брати до уваги визначені ВООЗ чотири категорії узагальнених результатів, які характеризують стан справ у державі: показники, що стосуються політики охорони здоров'я; соціальні та економічні показники; показники забезпечення медико-соціальною допомогою; показники про стан здоров'я населення¹.

У той же час В. Коростей, звертає увагу на таке унікальне явище в ринковій економіці, як «господарсько-правовий бюрократизм». Як свідчить світовий досвід, підкреслює дослідник, господарсько-правовий

¹ Див.: Лучкевич В. С. Основы социальной медицины и управления здравоохранением : учеб. пособие / В. С. Лучкевич. – СПб., 1997. – С. 4.

бюрократизм є найбільш небезпечним явищем для розвитку ринкових процедур у країні. Він являє таку організацію управління, при якій його результати перешкоджають будь-яким реформістським процесам¹. Фактично, на нашу думку, таке явище, як «господарсько-правовий бюрократизм», за своїми ознаками близьке до такого явища, як «корупція».

Нагадаємо, що розуміє законодавець під визначенням «корупція». Відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», корупція — це використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди такій особі або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей.

Необхідно зазначити, що за інформацією фахівців світового банку, сума хабарів, які одержують щорічно посадові особи в Україні, адекватна приблизно двом розмірам річного торгового обігу нашої держави. А явище корупції в сучасній Україні розглядається як організоване системне явище². Хоча, можна відзначити, що корупція стала однією з основних проблем кінця ХХ — початку ХХІ ст. Корупційні скандали на найвищому рівні дедалі частіше стають гучними навіть у демократичній Європі. Ще 14 років тому в результаті кампанії «Чисті руки», започаткованої Міланською прокуратурою в Італії, була розкрита величезна корупційна система, яка одержала назву «Взятоград». У результаті цієї операції було порушено 12 тисяч кримінальних справ, у тому числі проти двох колишніх прем'єрів, 500 членів парламенту різних скликань. Виявлені збитки державі понад 150 млрд доларів США³.

Отже, корупція в будь-якому її прояві небезпечна, але особливу загрозу національній безпеці будь-якого суспільства становить корупція в системі охорони здоров'я. Згідно з інформацією ВООЗ, у біль-

¹ Коростей В. Господарсько-правовий бюрократизм у ринкових умовах / В. Коростей // Право України. – 2003. – № 6. – С. 93–97.

² Див.: Мельник М. І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства / М. І. Мельник. – К., 2000. – С. 16.

³ Див.: Холмс Л. Корупція та криза в посткомуністичних державах / Л. Холмс // Корупція в сучасній політиці: доповідь на міжнар. конф. 14–16 листоп. – Велика Британія, 1996. – 40 с.

шості країн система охорони здоров'я сприймається як найбільш корумпований інститут в державному апараті. Щорічно у всьому світі витрати на охорону здоров'я складають 4,1 трлн дол. США, з яких 750 млрд витрачається на глобальному ринку фармацевтичних препаратів. При цьому від 10 до 25 % витрат на державні закупівлі зникає у зв'язку з корупцією в галузі¹.

Але проблема в нашій країні полягає ще в тому, що ті дії, які визнаються у будь-якому цивілізованому суспільстві корупційними, в Україні є нормою життя. Прикладів із цього приводу можна навести багато. Саме тому надзвичайно важливо визначатися з ієрархією публічно-правових цінностей, чинників, пріоритетів, з позиції яких ми і підходимо до формування бажаних правових режимів функціонування тих чи інших економічних відносин, створення правового господарського порядку². А карання та відновлення — це не головний зміст відповідальності, а скоріше наслідок внутрішньої безвідповідальності окремих суб'єктів суспільних відносин³.

Питання боротьби з корупцією є на сьогодні одним із пріоритетних, причому, незважаючи на досить суттєві форми та види покарання, у країні спостерігається лише збільшення корупційних діянь. У той же час більшість правознавців розглядають питання боротьби з корупцією в контексті боротьби із злочинністю, не приділяючи достатньо уваги проблемам можливого нормативно-правового сприяння корупції, лобіювання на нормативному рівні інтересів окремих осіб. Утім, з точки зору російського дослідника О. Ю. Рибакова, одна з тенденцій правової політики характеризується тим, що її здійснення пов'язано із суттєвими трансформаціями в економічних основах влади, відмежуванням тіньових фінансових можливостей на розпорядників та власників влади, при цьому право набуває свого виразу у публічних законах⁴.

Метою цієї статті є доведення того, що одним з основних чинників у боротьбі з корупцією є не лише розгляд цього питання з позиції кримінальної або адміністративної відповідальності, а й у контексті ство-

¹ Інформаційний бюлетень ВООЗ «Ліки: корупція в фармацевтичній галузі». – 2008. – 40 с.

² Див.: Задихайло Д. Стратегія держави в системі законодавчого регулювання економічних відносин / Д. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 1 (44). – С. 129–138.

³ Липинский Д. А. О системе права и видах юридической ответственности / Д. А. Липинский // Правоведение. – 2003. – № 2. – С. 27–37.

⁴ Рибак О. Ю. Тенденции развития российской правовой политики / О. Ю. Рибак // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 156–164.

рення таких нормативно-правових умов у діяльності суб'єктів господарського права, коли регулятивне значення юридичної відповідальності реалізується шляхом встановлення позитивних зобов'язань здійснювати або не здійснювати визначені дії, коли норма господарського права виступає еталоном можливої та зобов'язуючої поведінки.

У цьому контексті згадаємо відоме роз'яснення Міністерства економіки України від 14.04.2010 року № 3303-25/2973-07 щодо необхідності отримання довідки про відповідність ціни товарів, робіт і послуг, що оплачуються за рахунок державних коштів, середньоринковій ціні на аналогічні товари, роботи, послуги, яке видається Держцінінспекцією. Причому зазначені довідки повинні були видаватися лише на підставі оціночного звіту, на платній основі конкретно визначеними приватними фірмами, а вартість оціночного звіту складала 5 відсотків від вартості оцінюваних товарів. За відсутності такого звіту редакція «Вісника державних закупівель» не приймала до опублікування оголошення. У свою чергу, без публікації такого оголошення про результати торгів у зазначеному засобі масової інформації тендер є незавершеним.

Разом з тим нормативний порядок проведення процедури закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти, визначений Положенням про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затверджений постановою КМУ від 17.10.2008 року № 921, не містив вимоги щодо надання довідки про відповідність ціни її середньоринковому значенню.

Одразу необхідно відзначити, що зазначене роз'яснення було скасовано лише завдяки зусиллям фахівців кафедри господарського права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, які у своєму зверненні до Генеральної прокуратури України довели, що дії посадових осіб у цьому випадку мали ознаки перевищення влади та службових повноважень і призводять до невиправданих додаткових витрат бюджетних коштів.

Або, наприклад, виникає питання, чи можна вважати корупційними діями намагання протягом 2007 року приватизувати ЗАТ «Індар», що є одним із чотирьох у світі спеціалізованих заводів, які володіють технологіями виготовлення препаратів інсуліну в замкненому циклі¹? Хоча, з точки зору фахівців, можлива приватизація цього фармпідприємства є однією з підстав втрати фармацевтичної незалежності України². Або приватизацію у 2007 році, за аналогічною схемою, державних

¹ Див.: Лазарев О. Евтаназія на замовлення відміняється / О. Лазарев // Уряд. кур'єр. – № 40 (3453). – 2 берез. 2007.

² Див.: Пашков В. М. Господарсько-правова політика у сфері охорони здоров'я: проблеми вітальної безпеки / В. М. Пашков. – К., 2007. – С. 29.

підприємств «Дослідний завод ДНЦЛЗ», ХДПФ «Здоров'я народу», Полтавського заводу медичного складу, що входили до складу ДАК «Держмедпром»¹? Утім, аналіз економічних закономірностей функціонування і розвитку державного та корпоративного секторів економіки за останні більш ніж 130 років в індустріально розвинутих країнах, на які припадає понад 2/3 світового ВВП, свідчить про постійне збільшення витрат на розвиток державного сектору економіки². На сьогодні Україна — єдина держава на європейському просторі, де державна частка економіки постійно зменшується³.

Крім того, говорячи про функції держави у сфері економіки, доцільно звернути увагу на їх неоднорідність. Невиконання вимог державних програм економічного розвитку попри всі посилення на передбачуваність світової економічної кон'юнктури є підставою для констатації відповідних конституційних правопорушень і відповідальності вищих посадових осіб держави⁴. Отже, цікавими є також інші офіційно оприлюднені факти.

Так, на розширеному засіданні Комітету ВРУ з питань охорони здоров'я «Про стан централізованих закупівель лікувально-діагностичного обладнання, лікарських засобів та імунобіологічних препаратів у 2003–2008 роках та їх відповідність сучасним вимогам охорони здоров'я і реальним потребам регіонів» від 23.05.2008 року було підкреслено про фактичний зрив виконання всіх державних медичних програм. З одного боку, необхідні медичні препарати своєчасно не закуповувалися, з другого — у деяких медичних закладах були закуплені медичні препарати на 20 років фактичної потреби.

Або інший приклад, за висновками Рахункової палати України, згідно з матеріалами «Про результати перевірки використання коштів Державного бюджету України, виділених МОЗ України на забезпечення медичних заходів Державної програми «Онкологія», МОЗ України більше ніж за 2 роки виконання зазначеної програми не було розроблено дієвого механізму її реалізації, унаслідок чого не забезпечено надання хворим на онкопатологію якісної та вчасної, гарантованої дер-

¹ Див.: Губарев О. Держава бореться з нею за фармацевтичну галузь / О. Губарев // Дзеркало тижня. – № 40 (719). – 25–31 жовт. 2008.

² Див.: Бирюков В. Госсобственность и госсектор в рыночной экономике / В. Бирюков, Е. Кузнецова // Мировая экономика и междунар. отношения. – 2002. – № 3. – С. 14–16.

³ Див.: Мамутов В. Доля государственного сектора в современной экономике / В. Мамутов, Л. Савельев // Підприємництво, госп-во і право. – 2002. – № 9. – С. 3–5.

⁴ Див.: Задихайло Д. В. Реформування конституційних засад господарювання: питання конституційної доктрини / Д. В. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 2 (49). – С. 51–61.

жавою безоплатної медичної допомоги. Жодного із 9 розділів Державної програми «Онкологія» не було виконано в повному обсязі, а виконання окремих розділів, завершити які передбачалося у 2003 році, розпочалося лише на початку 2004 року. Отже, хворі на онкопатологію були забезпечені лікарськими засобами менше ніж на 1/3 від потреби і були змушені купувати значну частину необхідних лікарських засобів за власні кошти.

Одразу необхідно відзначити, що за виявленими фактами жодна інформація про притягнення будь-кого до будь-якої відповідальності оприлюднена не була. І з цих підстав можна припустити, що до кримінальної або адміністративної відповідальності ніхто не був притягнутий. У цих випадках також відбувалося лобювання інтересів окремих осіб.

Чи містить зазначені дії або бездіяльність ознаки корупції? Навіть, якщо це не так, все одно, як боротися з цими явищами?

Якщо виходити з того, що правова політика може сприяти захисту прав суб'єктів господарської діяльності шляхом актуалізації таких форм державної діяльності, як правозахисна, правотворча та правозастосовча¹, то й ми вважаємо, що найбільш ефективними засобами боротьби з такими проблемами є створення таких умов діяльності для господарюючих суб'єктів та органів влади, що, з одного боку, унеможливають порушення прав громадян на охорону здоров'я, а також сприяють розвитку підприємницької ініціативи, з другого — забезпечують ефективне використання державного майна, і більше того, сприяють збільшенню державної частки економіки у стратегічних галузях економіки. Пріоритетність же господарського законодавства полягає в тому, що держава за його допомогою визначає шляхи, напрями та правові засоби становлення і розвитку економіки та захисту прав громадян. Важливу функцію гаранта виконання державних вимог і вказівок, визначення порядку їхніх дій виконують механізми забезпечення реалізації господарського законодавства. Зазначені механізми включають як економічні, так і соціальні інтереси органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, господарюючих і негосподарюючих суб'єктів, а також окремих громадян до виконання вимог законодавства щодо охорони здоров'я; конкретність і обов'язковість їх функцій; своєчасне застосування відповідальності за ігнорування законодавства тощо.

¹ Див.: Рибаків О. Ю. Тенденции развития российской правовой политики / О. Ю. Рибаків // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 156–164.

Отже, об'єктом господарських правовідносин виступають реальні господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між її учасниками. Господарські правовідносини спрямовані на регулювання цих конкретних відносин, фактичної поведінки суб'єктів у юридично значущій економічній ситуації. Об'єкт господарських правовідносин як фактична поведінка їхніх учасників найбільшою мірою пов'язаний із вольовою стороною права, що характеризує практичне, реальне втілення в життя нормативних програм, моделей, зразків поведінки відповідних суб'єктів¹.

На жаль, аналіз концептуальних і програмних документів сфери охорони здоров'я свідчить про відсутність плідного господарсько-правового забезпечення. Господарське законодавство має направити соціальну складову економіки на конструктивний шлях, з метою попередження стихійних процесів, пов'язаних із непередуманою приватизацією закладів охорони здоров'я, зміною їх організаційно-правової форми тощо².

Однак у господарсько-правових нормах, з точки зору Г. Л. Знаменського, як і у відповідних правових відносинах, відображаються не лише економічні інтереси окремих учасників господарської діяльності, а й загальний економічний інтерес суспільства³. Крім того, слушно підкреслює В. В. Лаптев, нова тенденція державного регулювання економіки полягає у підвищенні ролі функціональних органів, які покликані забезпечити суспільні інтереси⁴. Потенційними джерелами отримання ефекту від використання господарсько-правових засобів регуляторного впливу держави та загальних принципів господарювання можуть бути: можливість випереджальної та адекватної реакції щодо протидії корупції у сфері охорони здоров'я, у тому числі за рахунок прогностичних оцінок; підвищення рівня обґрунтованості рішень щодо функцій та структури системи охорони здоров'я, бюджетних витрат на її утримання; запобігання можливим негативним наслідкам та прийняття недосконалих рішень.

¹ Див.: Віхров О. Об'єкт у структурі господарських правовідносин / О. Віхров // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 2 (53). – С. 141–148.

² Див.: Пашков В. М. Проблеми господарсько-правового забезпечення відносин в сфері охорони здоров'я : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Пашков Віталій Михайлович. – Х., 2010. – С. 273.

³ Знаменский Г. Л. Хозяйственный механизм и право ; АН УССР. Ин-т экономики пром-ти ; отв. ред. В. К. Мамутов. – Киев, 1988. – С. 60.

⁴ Лаптев В. В. Введение в предпринимательское право / В. В. Лаптев. – М., 1994. – С. 17.

Дослідимо, яким чином відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» виконується задекларований у ГК зміст конституційних основ правового господарського порядку.

Перше, на що необхідно звернути увагу, це на суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення, фактично відбулося значне розширення цього переліку, і на те, що крім інших осіб, у тому числі, крім раніше встановленого переліку осіб, під дію цього законодавчого акта підпадають: посадові особи юридичних осіб публічного права, які одержують заробітну плату за рахунок державного чи місцевого бюджету (це можуть бути, наприклад, *працівники державних та комунальних лікувально-профілактичних закладів*); особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах, а також фізичні особи-підприємці.

І цікавим є те, що, за змістом Закону, фізичним особам-підприємцям забороняється: займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту, що здійснюється в позаробочий час) безпосередньо або через інших осіб, якщо інше не передбачено законом; входити, у тому числі через інших осіб, до складу органу управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі та представляють інтереси держави в раді товариства (спостережній раді), ревізійній комісії господарського товариства), якщо інше не передбачено законом.

Особа, щодо якої винесено постанову про притягнення як обвинуваченої у вчиненні злочину у сфері службової діяльності або складено протокол про вчинення адміністративного корупційного правопорушення, у тому числі в юридичних особах приватного права, підлягає відстороненню від виконання повноважень на посаді в порядку, визначеному законом, до розгляду справи судом. Тобто, якщо це, наприклад, фізична особа-підприємець, то він також втрачає право займатися підприємницькою діяльністю.

Далі цікавими є наслідки вчинення правопорушень, передбачених у вищезазначеному законі для самих суб'єктів господарювання, зокрема юридичних осіб, окрім юридичних осіб публічного права, які повністю утримуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів, а також міжнародних організацій.

Так, Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» встановлює, що на юридичних осіб судом можуть бути накладені такі види стягнень: штраф; заборона займатися певним видом діяльності; конфіскація майна; ліквідація юридичної особи.

Отже, фактично «антикорупційний пакет» законів суперечить не лише нормам ГК, а й Конституції України в частині обмеження свободи підприємницької діяльності. З цього приводу необхідно нагадати, що головний зміст підприємництва як фундаментальної основи конституційного ладу становить конституційне право громадян на підприємницьку діяльність. Відповідно до ст. 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Це право базується на свободі підприємницької діяльності, тобто на реальній можливості здійснення особою на власний розсуд і ризик господарської діяльності, не забороненої законом, з метою отримання прибутку.

У ході підприємницької діяльності особою також реалізуються такі конституційні права, як: право на державний захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки (ч. 1 ст. 13); право кожного володіти, користуватися, розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41); право на працю (ст. 43); право на відпочинок (ст. 45). Окрім того, Конституція України містить достатньо широкі гарантії права громадян на підприємницьку діяльність. Зокрема, здійснення цього права було б неможливим без гарантування державою таких принципів, як: принцип правової держави і верховенства права (статті 1; 8); пріоритетності прав людини (ст. 3); політичної, економічної і ідеологічної багатоманітності (ч. 1 ст. 15); рівності прав та їх невідчужуваності (статті 21; 24); невичерпності прав і свобод людини і громадянина (ст. 22); право на вільний розвиток особистості.

Тобто право громадянина на підприємницьку діяльність не слід розуміти лише як здійснення ним тієї чи іншої господарської діяльності; воно містить систему гарантованих державою конституційних прав і правових можливостей для досягнення суспільно корисної мети цієї діяльності. Як і саме це право, його реалізація є явищем складним, багатогранним, а тому служить об'єктом міжгалузевого правового регулювання. Відповідні положення щодо реалізації цього права містяться в Конституції України, ГК України, ЦК України та багатьох інших нормативно-правових актах. І не випадково розробники ГК,

нагадує Д. В. Задихайло, формулюючи системоутворюючу категорію «правовий господарський порядок», досить чітко зв'язали її зміст із конституційно-правовими нормами, що власне і мають визначати правові засади такого порядку не тільки безпосередньо, а також через визначення змісту всього поточного господарського законодавства¹. У свою чергу, конституційне право громадян на підприємницьку діяльність реалізується через інституційний механізм, ключове значення якого полягає у застосуванні системи нормативно-правових засобів, за допомогою яких громадяни можуть реалізувати права та задовольняти законні інтереси у зв'язку з їх підприємницькою діяльністю².

З формальної точки зору верховенство права полягає в тому, що в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримуються всі суб'єкти, у тому числі держава. У цьому випадку право обмежує державу самим фактом існування правил і процедур. У свою чергу індивід знає, як себе поводити та якої поведінки він може очікувати від інших суб'єктів³. Проте аналіз законодавчих актів «антикорупційного пакета» свідчить про те, що перш за все Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» не відповідає задекларованим принципам антикорупційної діяльності, і більше того, суперечить принципам ринкової економіки. Взагалі не ставиться питання про посилення відповідальності чиновників вищих ешелонів влади, а встановлюється або посилюється відповідальність осіб, яких важко віднести до провладних чиновників. Крім того, ми ще залишаємо поза увагою створення умов цим законодавством для корупційної діяльності працівників правоохоронних органів, які, навпаки, покликані боротися з корупцією.

Фактично ті принципи, що становлять конституційні основи правового господарського порядку (ст. 5 ГК), замість свого розширення, підлягають обмеженню, і більше того, є підставою виникнення колізійних норм у законодавстві і фактично створюють умови для здійснення корупційної діяльності серед окремих осіб регуляторних та правоохоронних органів.

¹ Задихайло Д. Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення / Д. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 143–153.

² Національна доповідь «Про стан та перспективи розвитку підприємництва в Україні» / К. О. Ващенко, З. С. Варналій та ін. : Схвалено Колегією Держкомпідприємництва (рішення № 1 від 10.02.2009 р.). – К., 2009. – 176 с.

³ Див.: Погребняк С. Основні вимоги, що впливають з принципу верховенства права / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4 (51) – С. 41–53.

Із метою вдосконалення правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я потрібно узгодити саму концепцію розвитку законодавства, а потім відповідно до плану законотворчих робіт опрацювати проекти окремих законодавчих актів, удосконалити нормативно-правову базу на якісно новому системному рівні¹.

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що тенденції розвитку правової політики держави свідчать про посилення на нормативно-правовому рівні інтересів окремих суб'єктів господарського права із подальшим порушенням балансу публічних та приватних інтересів на державному рівні. Як наслідок, виникає ситуація, що свідчить про необхідність підтримки або трансформацію самого права, яке повинно спиратися на реальні господарські відносини, що у свою чергу спроможні змінюватися лише під впливом саморегулівних організацій або під контролем правотворчості цих організацій, як компонента зазначеної тенденції правової політики, включаючи інститути відклику актів регуляторного характеру. Зазначене передбачає внесення відповідних доповнень до ст. 5 ГК у частині конституційних основ правового господарського порядку щодо повноважень суб'єктів господарського права у контролі над правотворчістю з метою недопущення лобіювання інтересів на користь окремих осіб.

¹ Див.: Гладун З. Система правових норм про охорону здоров'я і проблеми їх систематизації / З. Гладун // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48) – С. 91–100.

А. Матвєєва, Вчений секретар НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України, кандидат юридичних наук

Учасники міжнародного транспортного коридору: проблеми класифікації та окремі питання правового регулювання

Одним із головних стратегічних завдань нашої держави на сучасному етапі розвитку є створення національного ринку транспортних послуг та інтеграція до світових транспортних комунікацій через розбудову належної інфраструктури міжнародних транспортних коридорів. Тому важливого значення набувають питання правового визначення статусу та функцій їх учасників.

У науковій літературі зустрічаються дві категорії — «суб'єкти права» та «учасники правовідносин»¹. Проте ми будемо використовувати поняття «учасники правовідносин», яких розуміємо як таких суб'єктів права, які на підставі норм певної галузі або спеціального акта набувають статусу носія прав та обов'язків.

Більшість дослідників виділяють три категорії суб'єктів. Так, викремлюють такі категорії суб'єктів права: 1) люди (фізичні особи);

¹ Див.: Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / Алексеев С. С. – М., 1999. – С. 70; Бойцов В. Я. Система субъектов советского государственного права / Бойцов В. Я. – Уфа: Башкирское книжное изд-во, 1972. – С. 32–36; Гудима Д. А. Понятия «суб'єкт права»: до сучасних дискусій / Д. А. Гудима // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2003. – № 10 (24). – С. 41; Загальна теорія держави і права: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – С. 338; Загальна теорія держави і права: [навч. посіб.] / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.; за ред. В. В. Копейчикова. – [Стер. вид.]. – К., 2000. – С. 192; Лазарев В. В. Теория государства и права: учеб. для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – М., 1998. – С. 293; Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави: [навч. посіб.]: 3-тє вид., зі змін. і доповн. – К., 1995. – С. 73; Санжарук Т. О. Класифікація суб'єктів права на сучасному етапі правового розвитку / Т. О. Санжарук // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. – Одеса, 2003. – Вип. 18. – С. 43; Теория государства и права: учеб. для юрид. вузов и фак-тов / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова [2-е изд., изм. и доп.]. – М., 2000. – С. 355; Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Халфина Р. О. – М., 1974. – С. 155–166; Хропанюк В. Н. Теория государства и права: учеб. пособ. для вузов / Хропанюк В. Н. – М., 1995. – С. 309; Юридична енциклопедія: в 6 т. / гол. редкол.: Шемшученко Ю. С. (голова) [та ін.]. – К., 2003. – Т. 5: П – С. – С. 680; Юридический словарь / С. Н. Братусь, Н. Д. Казанцев, С. Ф. Кечекьян. – М., 1953. – С. 656–657.

2) об'єднання — державні (держава у цілому, державні органи, установи, підприємства, організації), громадські (громадські організації, рухи, громадські підприємства й установи); 3) соціальні спільноти — народ (нація), територіальні спільноти (за адміністративно-територіальними одиницями, виборчими округами тощо), трудові колективи¹. Таку ж класифікацію подають і деякі російські вчені².

Проте усі ці визначення і класифікації суб'єктів права та учасників правовідносин є дещо узагальненими, оскільки кожній галузі права (не говорячи вже про різні правові системи) притаманні свої особливості, завдяки яким у системі права власне й виділяють ці галузі. Так, загальновідомо, що суб'єкти конституційного права не збігаються із суб'єктами адміністративного права, суб'єкти кримінального права не збігаються із суб'єктами господарського права і т. д.

Як нами вказувалося³, діяльність зі створення та експлуатації транспортного коридору переважно є діяльністю у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають ціннову визначеність, тобто є господарською діяльністю. Саме тому учасників ТК ми будемо розглядати крізь призму суб'єктів господарського права.

Законодавче визначення суб'єктів та учасників господарських правовідносин міститься у Господарському та Цивільному кодексах. Господарський кодекс України (далі — ГК) оперує двома основними категоріями — «учасники відносин у сфері господарювання» та «суб'єкти

¹ Див.: Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави : навч. посіб. : [3-тє вид., зі змін. і доповн.]. – К., 1995. – С. 73; Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1982. – Т. II. – С. 147; Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М., 1999. – С. 71; Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін. ; за ред. В. В. Копейчикова. – [Стер. вид.]. – К., 2000. – С. 193.

² Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и фак-тов / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Первалова [2-е изд., изм. и доп.]. – М., 2000. – С. 356.

³ Див., напр.: Міщенко А. Транспортний коридор як організаційно-правова форма спеціального правового режиму / А. Міщенко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4 (51). – С. 167–175; Міщенко А. В. Спеціальний режим господарювання у сфері транспортних коридорів / А. В. Міщенко // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку : зб. матеріалів ІХ міжнар. наук. конф. (27.01–31.01.2008 р., м. Косів Івано-Франківської обл.). – Вип. 9. – К., 2008. – С. 324–327; Матвеева А. В. Деякі питання правового регулювання ринку транспортних послуг в Україні / Анастасія Володимирівна Матвеева // Вісн. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Серія: Економічна теорія та право / редкол. : А. П. Гетьман та ін. – Х., 2010. – Вип. 1. – С. 193–202.

господарювання»¹. Відповідно до ст. 2 ГК учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності. Згідно зі ст. 55 ГК суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (суккупність господарських прав і обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Кодекс виділяє такі дві групи суб'єктів: господарські організації та громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Статтею 2 ЦК України передбачено, що учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи. Проте, окрім вищевказаних суб'єктів, законодавець окремо виділяє також державу Україна, Автономну Республіку Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права².

Учасникам господарських відносин притаманні специфічні ознаки: визначеність організаційно-правової форми суб'єкта господарювання; майнова відокремленість; легітимність існування як суб'єкта господарювання; наявність господарських прав та обов'язків; можливість нести відповідальність за результати господарювання³. Таким чином, суб'єктами господарського права є майново відокремлена організація або окремий громадянин (фізична особа), легітимовані в організаційно-правовій формі, що допускається законом для здійснення господарської діяльності та керівництва нею, наділені необхідними для цього правами та обов'язками, несуть відповідальність за результати господарювання⁴.

¹ Господарський кодекс України : затв. Законом України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

² Цивільний кодекс України : затв. Законом України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

³ Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Зельдина Е. Р., Кибенко Е. Р., Мамутов В. К. и др.] ; под ред. А. Г. Бобковой. – Харьков, 2008. – С. 277–281.

⁴ Там само. – С. 282.

На думку О. М. Вінник, суб'єктами господарських правовідносин є лише ті учасники відносин у сфері господарювання, яким притаманна сукупність необхідних для цього ознак: безпосереднє здійснення господарської діяльності або керівництво нею; набуття статусу суб'єкта господарських відносин у порядку, встановленому законом; наявність майна, необхідного для здійснення господарської діяльності; наявність господарської правосуб'єктності¹. Отже, науковець визначає суб'єктів господарських правовідносин як учасників господарських відносин, що безпосередньо здійснюють господарську діяльність або управляють такою діяльністю, створені у встановленому законом порядку, мають необхідне для здійснення такої діяльності майно і володіють господарською правосуб'єктністю².

А. Самойленко виділяє такі три основні ознаки суб'єктів господарських відносин: по-перше, суб'єкти господарських правовідносин повинні здійснювати господарську діяльність — організовувати і управляти та (або) безпосередньо здійснювати процес виробництва та (або) реалізації товарів, робіт, послуг для задоволення потреб інших осіб; по-друге, для здійснення господарської діяльності її учасники повинні мати відповідну матеріальну базу — майно господарського призначення. Для визначення майна таким, що має господарське призначення, потрібно, щоб це майно відповідало певним вимогам: за своїм складом та призначенням відповідати меті, характеру та змісту діяльності господарюючого суб'єкта; бути відокремленим від майна інших господарюючих суб'єктів; бути закріпленим за господарюючим суб'єктом на одній із правових підстав (правовому титулі) — праві власності, праві господарського відання або оперативного управління; по-третє, господарюючий суб'єкт повинен мати спеціальну (господарську) правосуб'єктність, під якою слід розуміти такі властивості, що визнаються державою за особами (фізичними чи юридичними): мати господарські права та виконувати господарські обов'язки; нести юридичну відповідальність за неналежне здійснення прав та (або) виконання обов'язків; захищати свої права від порушень і посягань з боку інших суб'єктів господарської діяльності, власних засновників, держави, органів місцевого самоврядування³.

Найбільш повним визначенням суб'єктів господарських правовідносин, на нашу думку, є визначення О. М. Вінник і ми до нього приєднуємось.

¹ Вінник О. М. Господарське право : курс лекцій / О. М. Вінник. – К., 2004. – С. 58.

² Там само. – С. 59.

³ Самойленко А. Суб'єкти господарського права: поняття та класифікація / Анастолій Самойленко // Право України. – 1998. – № 6. – С. 101.

Хто ж може бути учасниками міжнародних транспортних коридорів? На сьогодні у законодавстві України немає жодної згадки стосовно правового регулювання відносин між учасниками МТК. Вітчизняною наукою це питання також ще не розглядалось.

Визначити специфіку відносин між учасниками МТК можна крізь призму етапів його становлення. Умовно можна виділити такі етапи становлення МТК: 1) організаційний етап; 2) техніко-технологічний; 3) будівельно-стимулюючий; 4) експлуатаційний.

Засновниками МТК виступають держави, тому потрібно більш детально зупинитися на розгляді правового статусу цього учасника правовідносин у сфері МТК. Держава є специфічним суб'єктом правовідносин. Вона є найважливішим учасником державно-правових та адміністративно-правових відносин. Держава є основним суб'єктом міжнародно-правових відносин¹.

Для створення на території України транспортного коридору, враховуючи ту обставину, що його розбудова пов'язана перш за все з інтересами не окремих груп, а з інтересами української нації, необхідна санкція того утворення, яке має право виступати від імені всього народу. Таким утворенням відповідно до Конституції України (статті 5, 17, 18) є держава. Для створення на території України транспортних коридорів нашій державі необхідно долучитися до міжнародної транспортної системи і перш за все провести відповідні переговори з іншими країнами — учасницями транспортного коридору. Таким чином, Українська держава виступає на міжнародній арені як суб'єкт міжнародного права.

За визначенням М. О. Баймуратова, суб'єкт міжнародного права — це носій певних міжнародних прав та обов'язків, які виникають відповідно до загальних норм міжнародного права або приписів міжнародно-правових актів. Міжнародна правосуб'єктність є основною ознакою суб'єкта міжнародного публічного права. Вона включає в себе ряд елементів: право виступати на міжнародній арені від свого імені; право вступати у відносини з іншими суб'єктами міжнародного права; право брати участь у створенні норм права; суб'єкт повинен підпадати під дію норм міжнародного права; визнання суб'єкта як такого іншими суб'єктами міжнародного права тощо². Не останню роль у процесі

¹ Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учеб. пособ. для вузов / В. Н. Хропанюк. – М., 1995. – С. 313.

² Баймуратов М. А. Международное публичное право / М. А. Баймуратов. – Харьков, 2003. – С. 91–93.

розбудови міжнародних транспортних коридорів відіграють й іноземні держави.

Проте держава виступає не тільки як суб'єкт владних повноважень. Розвиток співробітництва в галузі економіки, виробництва, торгівлі, науки та культури призводить до того, що держава вступає у найрізноманітніші майнові правовідносини з іншими державами, а також із міжнародними організаціями, юридичними особами та окремими громадянами інших держав. При цьому зазвичай розрізняють два види відносин, в яких беруть участь держави. По-перше, це правовідносини, що виникають між державами та міжнародними організаціями (з економічного та науково-технічного співробітництва, кредитні тощо). По-друге, відносини, у яких держава виступає як одна сторона; другою стороною у цих правовідносинах можуть бути іноземні юридичні особи, міжнародні господарські (неміждержавні) організації та окремі громадяни. Відносини першого виду регулюються виключно нормами міжнародного публічного права. Відносини другого виду — це можуть бути відносини з поставки товарів, виконання робіт, надання послуг та ін., регулюються нормами міжнародного приватного права¹. У сфері майнових відносин держава виступає як особливий суб'єкт, оскільки вона не є юридичною особою. Можна навести такі найбільш типові приклади участі держави у відносинах невідомого характеру: продаж державних цінних паперів іноземцям; заснування підприємств та інших організацій спільно з іноземними юридичними особами, придбання, спадкування майна, що знаходиться за кордоном, або майна іноземців; укладення концесійних договорів, угод про розподіл продукції та інших договорів подібного роду з іноземними компаніями; укладення договорів оренди майна, що знаходиться за кордоном тощо. У сфері майнових відносин держава виступає як особливий суб'єкт, тому що вона не є юридичною особою².

У Господарському кодексі Українська держава не виділена в окрему групу суб'єктів господарських правовідносин, проте, специфіка цього суб'єкта права може виявлятися, на наш погляд, у двох різних іпостасях: по-перше, держава в особі своїх органів є суб'єктом господарських відносин, який виконує функції регулювання та контролю

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник / М. М. Богуславский. – [4-е изд., перераб. и доп.]. – М., 2002. – С. 165.

² Кибенко Е. Р. Международное частное право : [учеб. пособие] / Е. Р. Кибенко. – Харьков, 2003. – С. 78–79.

у сфері господарювання (у даному разі — функції регулювання та контролю за діяльністю ТК); по-друге, держава може виступати не тільки як орган регулювання і контролю, а як безпосередній учасник правовідносин, який здійснює господарську діяльність з надання послуг, виконання робіт, виготовлення продукції (наприклад, за договором концесії тощо). Тобто держава, незважаючи на той факт, що ГК не визнає її суб'єктом господарювання (ст. 8), фактично ним може бути за певних обставин.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з частиною четвертою статті 2 цього Закону і законами України¹.

Держава у процесі розбудови МТК фактично виступає у двох іпостасях: 1) Українська держава як суб'єкт міжнародного публічного права; 2) Українська держава як суб'єкт міжнародного приватного права — держава виступає як суб'єкт господарських відносин на міжнародно-правовій арені. Цим діяльність зі створення МТК і відрізняється від інших видів діяльності.

Слід зазначити, що членами кожного конкретного МТК є національні ТК країн — учасниць кожного конкретного МТК (відповідно до напрямку та маршруту перевезення). Коли МТК уже створені (як юридичні особи), тобто підписані Конвенції, сам МТК розробив свій Статут, визначився, які ж НТК є членами конкретного МТК, розроблено вже Статути окремих НТК, настає досить важлива фаза врегулювання суто технічних питань.

Так, на другому етапі (техніко-технологічному) виникають правовідносини між різними МТК, між МТК та його членами — НТК з приводу вироблення та закріплення єдиних вимог і стандартів щодо діяльності МТК (кваліфікаційні вимоги щодо участі в будівництві та експлуатації МТК суб'єктів господарювання — учасників НТК; вимоги щодо якості та безпеки процесу будівництва та експлуатації інфраструктури МТК; вимоги щодо правового забезпечення діяльності МТК).

Важливу роль для становлення та експлуатації НТК відіграють перш за все власники об'єктів інфраструктури НТК: власники земель-

¹ Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

них ділянок, доріг, які входять до складу НТК; власники СТО, готелів, кемпінгів і т. д. Вони є основними учасниками НТК. Також не останнє місце займають будівельні, ремонтні підприємства, інші допоміжні суб'єкти тощо — усі ті суб'єкти, що здійснюють господарську діяльність з розбудови та експлуатації НТК. Їх слід віднести до допоміжних учасників НТК.

На нашу думку, учасниками НТК можуть бути лише суб'єкти господарської діяльності — юридичні особи. Суб'єкти господарської діяльності фізичні особи-підприємці, враховуючи важливість становлення НТК та їх обмежену відповідальність (порівняно з окремими формами юридичних осіб) не повинні бути учасниками НТК як організації, які створюють та обслуговують інфраструктуру НТК. Вони можуть бути лише споживачами послуг НТК.

До того ж, на наш погляд, юридичні особи недержавної форми власності повинні допускатися до розбудови інфраструктури НТК за наявності низки умов: 1) необхідно запровадити ліцензування окремих видів господарської діяльності, пов'язаних з розбудовою НТК; 2) доцільним було б створення окремого реєстру підприємств, установ та організацій, діяльність яких тим чи іншим чином пов'язана з розбудовою та функціонуванням НТК, що дасть змогу визначити, наскільки ефективна діяльність таких суб'єктів, чи відповідає вона міжнародним вимогам і стандартам тощо; 3) необхідно встановити мінімальний строк для існування юридичних осіб, що мають бажання взяти участь у розбудові НТК; 4) встановити кваліфікаційні вимоги до самих засновників та керівників цих юридичних осіб (наприклад, стаж роботи за певною спеціальністю не менше певної кількості років) і т. д.; 5) на законодавчому рівні потрібно встановити мінімальний розмір статутного фонду, а також закріпити вимогу щодо співвідношення розміру чистих активів та розміру статутного капіталу.

На третьому етапі (будівельно-стимулюючий) виникає низка правовідносин між окремими учасниками НТК (органами державної влади та місцевого самоврядування, суб'єктами господарювання) щодо встановлення правових засобів стимулювання господарської діяльності в МТК — забезпечення певних митних, податкових, інвестиційних умов тощо.

На четвертому етапі (експлуатаційний) виникають організаційно-господарські відносини між МТК та його учасниками (НТК) та споживачами послуг МТК. Тому в окрему групу учасників доцільно виділити споживачів комплексної послуги, яку надає МТК — тих осіб,

які здійснюють господарську діяльність, пов'язану з переміщенням та супроводженням товарів у межах ТК. До третьої групи учасників відносин із приводу становлення МТК слід віднести перевізників та експедиторів, які здійснюють господарську діяльність із перевезення вантажів, зберігачів вантажу, страховиків, фінансові установи, які здійснюють операції на території ТК. До них належать юридичні особи та фізичні особи-підприємці, які у встановленому законом порядку одержали дозвільні документи на провадження діяльності в межах ТК (як національні, так і іноземні особи).

Для користування послугами МТК споживачам необхідно дотримуватися низки вимог. Так, для перевізників та експедиторів обов'язковим є членство у Міжнародній асоціації автомобільних перевізників, вони повинні мати добру репутацію, оформити відповідні документи згідно з міжнародними нормативними актами і т. д., оплатити проїзд певними дорогами (якщо вони є платними), фактично «в'їхати» на територію МТК, додержуватись усіх правил та вимог, що ставляться до споживачів МТК. Для пасажирів, вантажовідправників (вантажодержувачів), власників вантажу — оплатити проїзд (або перевезення вантажу) відповідно до визначених тарифів чи ставок.

Для виникнення усієї різноманітності правовідносин, перелічених нами раніше, необхідно попередньо розробити та прийняти певні норми права. Так, до цих норм права слід віднести такі: Конвенції про створення МТК № 1, 2, 3 і т. д.; Статути по кожному конкретному МТК; Статути НТК, що є учасниками конкретного МТК; Закон України «Про стимулювання розвитку міжнародних транспортних коридорів на території України»; Закон України «Про стимулювання розвитку національних транспортних коридорів, які є частиною міжнародних транспортних коридорів» тощо.

Підсумовуючи викладене, слід наголосити на тому, що до **учасників МТК слід віднести**: 1) засновників МТК — Українську державу, яка вступає у дві групи правовідносин — публічно-правові та приватно-правові, та іноземні держави; 2) членів МТК — національні транспортні коридори; 3) членів НТК, які умовно можна поділити на основних (власники об'єктів інфраструктури НТК) та допоміжних (особи, що здійснюють господарську діяльність із розбудови та експлуатації НТК); 4) споживачів послуг МТК — юридичних та фізичних осіб-підприємців, які здійснюють господарську діяльність із надання та споживання послуг у рамках МТК.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

А. Слюсар, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Сутність і правова природа категорії «роботодавець»

Одним із найбільш важливих завдань реформування трудового законодавства є збалансування прав та інтересів працівників і роботодавців. Для оптимального вирішення цього завдання детального вивчення й аналізу потребує правова категорія «роботодавець», оскільки правильне розуміння її змісту та точне вживання є необхідними для ефективного правового регулювання діяльності цього суб'єкта трудового права. А це, у свою чергу, матиме позитивний вплив на впорядкування трудових відносин у цілому, сприятиме як захисту трудових прав працівників, так і врахуванню інтересів роботодавців.

Чільне місце роботодавця в системі суб'єктів трудового права зумовлене тим, що він є найбільш універсальним суб'єктом трудового права, оскільки: а) порівняно з іншими суб'єктами трудового права бере участь у досить широкому спектрі трудових відносин; б) створює організаційно-економічні та правові умови для трудової діяльності працівника, здійснення ним права на працю шляхом укладення трудового договору; в) забезпечує організаційно-економічну й організаційно-правову основу для створення та діяльності інших суб'єктів трудового права (трудова колективи, професійні спілки та ін.)¹.

Визначення дефініції поняття «роботодавець» має як теоретичне, так і практичне значення. Теоретичне значення обумовлене необхідністю більш чіткого розкриття цього терміна в науці трудового права для однакового розуміння його нормотворцем і правозастосувачем. Це дозволить досягти єдності й у практиці визначення кола осіб, на яких покладаються юридичні обов'язки роботодавця у трудових правовідносинах.

¹ Див.: Кодифікація трудового законодавства України / за ред. Н. М. Хуторян, М. І. Іншина, С. М. Прилипка, О. М. Ярошенка. – Х., 2009. – С. 108.

О. Г. Серета обґрунтовано вказує, що фігура роботодавця за законодавством Російської імперії чітко не визначалася¹. Статут про промислову працю 1913 р. не розрізняв поняття «заклад», «власник закладу» та «завідуючий»². Роботодавцем у трудових відносинах дореволюційної Росії виступає фізична особа — чи власник закладу, чи завідувач, чи управляючий.

У Кодексі законів про працю РСФРР 1918 р.³, який через договір про військово-політичний союз постановою Всеукрревкому «Про об'єднання діяльності УСРР і РСФРР» від 27 січня 1920 р. поширювався і на Україну, правова норма, яка б чітко визначала сторони трудового договору була відсутня. У розділі «Про трудову повинність» був передбачений обов'язок працювати для всіх громадян за винятком: а) осіб, які не досягли 16-річного віку, старших 50 років, а також б) осіб, що назавжди втратили працездатність у результаті каліцтва чи хвороби. Трудова повинність означала, у першу чергу, заняття суспільно корисною працею в будь-якій формі та адміністративне залучення до виконання певних суспільно-громадських робіт буржуазних елементів⁴. Однак у КЗпП не тільки закріплювався обов'язок працювати, а й у ст. 10 зазначалося про право на застосування праці у відповідності зі спеціальністю та за винагороду, встановлену для конкретного роду роботи⁵. Системний аналіз Кодексу та законодавчих актів, що приймалися на його розвиток, дає підстави для висновку про віднесення до числа роботодавців: а) державних, громадських, приватних і домашніх підприємств, установ і господарств, в які працівники направлялися в порядку організованого співробітництва, або через надання індивідуальних особистих послуг, чи через виконання окремо визначеної роботи; б) приватні особи, які застосовували чужу працю за винагороду.

¹ Див.: Серета О. Г. Роботодавець як суб'єкт трудового права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / О. Г. Серета ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 2004. – С. 16.

² Див.: Громан В. В. Устав о промышленном труде (Св. Законов т. XI ч. 2, изд. 1913 г., статьи 1 – 228 и 541 – 597): С правилами и распоряжениями, изданными на основании этих статей, с разъяснениями к ним Правительствующего Сената и административных установлений, предложениями и указателями, алфавитным предметным и сравнительным постатейным / В. В. Громан. – Петроград, 1915. – 439 с.

³ Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. – 1918. – № 87 – 88. – Ст. 905.

⁴ Див.: Олійник О. М. Розвиток трудових відносин і законодавства про працю в Україні (1917–1929 рр.) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О. М. Олійник ; Харк. держ. пед. ун-т ім. Г. С. Сковороди. – Х., 2003. – С. 55.

⁵ Див.: Горшенин К. П. Правовое регулирование труда рабочих и служащих в первый год Советской власти / К. П. Горшенин. – М., 1939. – С. 86–88.

Кодекс законів про працю Української СРР 1922 р. для позначення суб'єкта, що надає роботу на умовах трудового договору, вживав термін «наймодавець», який охоплював: а) підприємства, установи і господарства (державні, громадські і приватні), а також б) усіх осіб, які застосовували чужу найману працю за винагороду¹. К. М. Варшавський зазначав: «Наймодавцем може бути як фізична особа, так і особа юридична. У міру наданої їм правоздатності наймодавцями можуть бути також іноземці»². Положення кодифікованого акта поширювалися на всіх осіб, які працюють за наймом, у тому числі вдома (квартирники), а також були обов'язковими для всіх підприємств, установ і господарств (включаючи військових) громадських і приватних (у тому числі й тих, що надають надомну роботу), для всіх інших осіб, які використовують найману працю за винагороду. КЗпП допускав трудову повинність як форму залучення до праці тільки в надзвичайних умовах за виняткових обставин або за умов стихійного лиха. У 1925 р. було відмінено обов'язкове посередництво бірж праці при найманні робітників і службовців³.

На початку 30-х років ХХ ст. термін «наймодавець» був вилучений із правового обігу з причин ідеологічного характеру. М. Г. Александров, коментуючи цю обставину, писав: «...термін “наймана праця” не відповідає характеру праці при соціалізмі, оскільки суспільна власність на засоби виробництва виключає розподіл людей на наймодавців, що володіють засобами виробництва і застосовують чужу працю, і найманих робітників, які віддають у найм (продають на певний строк) свою робочу силу в чуже господарство»⁴.

Із прийняттям КЗпП УРСР 1971 р. були введені поняття «адміністрація підприємства, установи, організації» і «підприємство, установа, організація»⁵. Вони використовувалися для позначення роботодавців як синоніми. А. М. Лушников і М. В. Лушникова вживання саме таких понять пояснюють тим, що при соціалістичному способі виробництва існував, як правило, єдиний роботодавець — державні підприємства, установи, організації, що діяли на базі державної, «загально-

¹ Збірник законів УСРР. – 1922. – № 52. – Арт. 751.

² Див.: Варшавський К. М. Практический словарь по трудовому праву / К. М. Варшавский ; под ред. А. М. Стопани. – М., 1927. – С. 60.

³ Собрание законов СССР. – 1925. – №2. – Ст. 15.

⁴ Комментарий к законодательству о труде / под общ. ред. А.Н. Мишутина. – 2-е изд., с матриц; с доп. материалами. – М., 1967. – С. 7.

⁵ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

народної» форми власності¹. Справді, використання категорії «підприємство, установа, організація» в умовах панування державної власності було виправданим: усі вони були визнані державою суб'єктами права, і акта визнання (а не державної реєстрації як за сучасних умов) було достатньо, щоб мати можливість надавати працівникам роботу.

Аналіз чинного законодавства України свідчить про відсутність єдності у формулюванні назви сторони у трудових правовідносинах, яка використовує найману працю. Так, низка нормативно-правових актів, у тому числі Кодекс законів про працю, використовує поняття «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган», тоді як у деяких інших вживається категорія «роботодавець». Закони України «Про податок з доходів фізичних осіб»² і «Про оподаткування прибутку підприємств»³ взагалі «вирізнялися» оригінальним підходом у цьому питанні, використавши для позначення особи, яка використовує найману працю, термін «працедавець». Регламент Верховної Ради України 1994 р.⁴ (втратив чинність на підставі постанови парламенту від 16 березня 2006 р.⁵) легально вживав категорію «наймодавець».

Таким чином, ще на етапі формулювання назви розглядуваного суб'єкта трудового права вітчизняний законодавець припускається вживання різних правових термінів і категорій. Уже з цього можна зробити висновок про хибність такого підходу та ймовірність виникнення суперечностей (колізій) у процесі правозастосування.

Одну з перших спроб дати роз'яснення терміна «роботодавець» у законодавстві незалежної України було зроблено з прийняттям 15 грудня 1993 р. законів «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі»⁶ та «Про охорону прав на промислові зразки»⁷. Указані нормативні акти досить лаконічні та стислі у визначенні аналізованої категорії: «роботодавець — особа, що найняла працівника по трудовому договору (контракту)».

Принципово інше визначення міститься у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин», за ст. 1 якого роботодавець — це осо-

¹ Лушников А. М. Курс трудового права : учебник : в 2 т. Т. 1 : Историко-правовое введение. Общая часть. Коллективное трудовое право / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – М., 2003. – С. 248.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 37. – Ст. 308.

³ Там само. – 1995. – № 4. – Ст. 28.

⁴ Там само. – 1994. – № 35. – Ст. 338.

⁵ Там само. – 2006. – № 23, № 24–25. – Ст. 202.

⁶ Там само. – 1994. – № 7. – Ст. 32.

⁷ Там само. – Ст. 34.

ба, юридична або фізична, де (або у якої) працює селекціонер за трудовим договором¹.

Відповідно до Закону України «Про організації роботодавців» роботодавець — це власник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, виду діяльності та галузевої належності або уповноважений ним орган чи фізична особа, яка відповідно до законодавства використовує найману працю².

Роботодавцями, згідно з Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, вважаються: власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання і фізичні особи, які використовують найману працю; власники розташованих в Україні іноземних підприємств, установ та організацій, філій та представництв, які використовують працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України³.

Ще більш широке визначення роботодавця міститься у ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття»⁴. Згідно з цією статтею роботодавцем є: а) власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання та фізичні особи, які використовують найману працю; б) військові частини Збройних Сил України, Державної прикордонної служби України, внутрішніх військ, військ цивільної оборони, інші військові формування, утворені відповідно до законів України, які виплачують грошове забезпечення, Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна спеціальна служба транспорту, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, органи внутрішніх справ та податкової міліції, а також воєнізовані аварійно-рятувальні служби (формування), створені відповідно до законодавства на постійній основі; в) власник розташованого в Україні іноземного підприємства, установи, організації, філії або представництва, який використовує працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 21. – Ст. 218.

² Там само. – 2001. – № 32. – Ст. 171.

³ Там само. – 1998. – № 23. – Ст. 121.

⁴ Там само. – 2000. – № 22. – Ст. 171.

Закон України «Про охорону праці» закріплює, що роботодавцем слід вважати: а) власника підприємства, установи, організації або уповноваженою ним органу, незалежно від форм власності, виду діяльності, господарювання і б) фізичну особу, яка використовує найману працю¹.

За Угодою про співробітництво в галузі трудової міграції та соціального захисту трудівників-мігрантів² (ратифікована Україною 11 липня 1995 р.³), роботодавець (наймач) — підприємство, установа, організація, незалежно від форм власності та відомчої залежності, які надають роботу в країні працевлаштування.

Не минула поняття «роботодавець» і Міжнародна організація праці. Так, за п. 2 Рекомендації № 175 щодо безпеки та гігієни праці у будівництві термін «роботодавець» означає: а) будь-яку фізичну або юридичну особу, яка використовує працю одного чи більше працівників на будівельному майданчику; б) залежно від обставин, генерального підрядчика, підрядчика або субпідрядника⁴. Згідно зі ст. 2 Конвенції № 176 про безпеку та гігієну праці на шахтах термін «роботодавець» означає будь-яку фізичну або юридичну особу, яка наймає одного чи більше працівника на шахті, а також, залежно від обставин, компанію, основного підрядчика, підрядчика чи субпідрядника⁵.

У зв'язку з такою неоднозначністю виникає необхідність відповісти на питання: чи однаковий зміст вкладає законодавець у правові категорії «роботодавець» та «власник підприємства, установи, організації», чи значення цих категорій відрізняється?

Як бачимо, легальне визначення терміна «роботодавець» можна поділити на два типи: 1) коли у дефініції вказуються сутнісні ознаки вказаної категорії, що впливають безпосередньо з її правового статусу (наприклад, роботодавець — особа, що найняла працівника за трудовим договором (контрактом)); 2) коли категорія визначається через перелік суб'єктів, що можуть набувати правового статусу роботодавця (наприклад, роботодавцем слід вважати власника підприємства, уста-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668.

² Угода про співробітництво в галузі трудової міграції та соціального захисту трудящих-мігрантів від 15.04.1994 р. // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 97. – Ст. 3217.

³ Про ратифікацію Угоди про співробітництво в галузі трудової міграції та соціального захисту трудящих-мігрантів : Закон України від 11.07.1995 р., № 290/95-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 29. – Ст. 221.

⁴ Щодо безпеки та гігієни праці у будівництві [Електронний ресурс] : Рекомендація МОП від 20.06.1988 р. № 175. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

⁵ Про безпеку та гігієну праці на шахтах [Електронний ресурс] : Конвенція МОП від 22.06.1995 р. № 176. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

нови, організації або уповноважений ним орган, незалежно від форм власності, виду діяльності, господарювання, і фізичну особу, яка використовує найману працю).

Що ж стосується категорії «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган», то в чинному законодавстві, попри її широке використання, визначення вказаного терміна відсутнє.

У вищенаведених дефініціях неважко помітити, що часто законодавець визначає категорію «роботодавець», прирівнюючи останнього до власника підприємства, установи, організації або уповноваженого ним органа чи фізичної особи, яка використовує найману працю. Таким чином, можна зробити висновок: а) нормотворець вживає правові категорії «роботодавець» і «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган» як тотожні; б) роботодавцем вважається також фізична особа, що використовує найману працю. Незважаючи на такий, на перший погляд обґрунтований, підхід у законодавстві до розуміння зазначених категорій, вважаємо його юридично неточним і недосконалим.

На нашу думку, подальше використання категорії «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган» поряд із терміном «роботодавець» є недоцільним. Більш логічною та такою, що відповідає вимогам часу, видається повна заміна першої категорії терміном «роботодавець». Це пов'язано з тим, що категорія «роботодавець», на відміну від терміна «власник», більш повно відображає зміст правового статусу цього суб'єкта трудових правовідносин. Категорія «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган» була більш прийнятною у 80–90-х роках ХХ ст., проте за сучасних умов бурхливого розвитку ринкових відносин вона видається застарілою. Однак архаїчність цієї категорії не є головною причиною необхідності її заміни. Підставами критичної оцінки вбачаємо, по-перше, юридичну невизначеність, неточність і неоднозначність поняття «власник юридичної особи», по-друге, можливість виникнення змістовних суперечностей у такому визначенні.

Категорії «власник юридичної особи» та «власник підприємства, установи, організації» видаються некоректними з точки зору цивільного та господарського права, яким відомі такі поняття, як «засновник (учасник) юридичної особи», «власник майна, яке використовується у підприємницькій діяльності» тощо. Саме такі терміни

використовують Цивільний¹ та Господарський² кодекси України, закони України «Про господарські товариства»³ та «Про акціонерні товариства»⁴.

Серед аргументів проти вживання категорії «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган» можна навести і той, що сам термін «власник» характерний для відображення відносин власності, приналежності, які не мають безпосереднього правового зв'язку з трудовими відносинами. Власник — це фізична або юридична особа (декілька юридичних осіб, які об'єдналися для спільного придбання об'єкта), що володіє (володіють) об'єктом у період дії зобов'язань. Зміст права власності містить: а) право використовувати річ за власною волею; б) право витребувати свою річ від усякого, хто заволодів нею неправедно; в) право відчужувати свою річ за життя і по смерті⁵.

Схожої точки зору дотримується М. Кришталь, яка вважає, що закріплене у чинному Кодексі законів про працю України визначення сторони трудових правовідносин як власник підприємства, установи, організації, уповноваженого ним органу або фізичної особи є не тільки громіздким і незручним, а й у своїй основі формально неправильним, характеризуючи суб'єкта як такого, що володіє, використовує чи розпоряджається певним майном⁶. З. Я. Козак справедливо підкреслює: «продовжуючи використовувати цивілістичні поняття для розкриття правового статусу суб'єкта трудових та тісно пов'язаних із ними відносин, неможливо відобразити зміст останніх»⁷. С. М. Прилипко й О. М. Ярошенко роблять принципово правильний висновок, що у реальному житті вживання терміна «власник або уповноважений ним орган» не полегшує правозастосовної практики, у зв'язку з чим він поступово замінюється словом «роботодавець», яке відбиває головну відмінність цих суб'єктів від тих, що наймаються на роботу, і його

¹ Цивільний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

² Там само. – 2003. – №18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

³ Там само. – 1991. – № 49. – Ст. 682.

⁴ Там само. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.

⁵ Див.: Покровский С. А. Политические и правовые взгляды С. Е. Десницкого / С. А. Покровский. – М., 1955. – С. 9.

⁶ Кришталь М. Роботодавці як суб'єкти трудових правовідносин / М. Кришталь // Бюл. Нац. служби посередництва і примирення. – 2003. – № 2. – С. 54.

⁷ Козак З. Поняття «роботодавець» за трудовим правом / З. Козак // Бюл. Нац. служби посередництва і примирення. – 2003. – № 7. – С. 46.

рівною мірою можна застосовувати як до фізичних, так і до юридичних осіб, тобто воно є універсальним¹.

В. М. Скобелкін висловлює пропозицію про доцільність повернення у трудове законодавство категорії «наймодавець». На його думку, цей термін чітко відбиває суть виникаючих відносин, є універсальним, охоплює значну частину суб'єктів, які використовують найману працю². В. І. Кривой, порівнюючи понятійний апарат Трудового кодексу 1999 р. Республіки Білорусь і Трудового кодексу Російської Федерації 2001 р., відзначає, що вживання в білоруському варіанті терміна «наймодавець», по-перше, відповідає історичній традиції (КЗпП БРСР 1918, 1922, 1929 років використовували саме цей термін), а по-друге, містить акцент на використанні стороною, що протистоїть працівнику, найманої (чужої) праці, у першу чергу такої, що регламентується та захищається у ринкових умовах кодексом. У російському ж Кодексі наголос зроблений не на цьому, а на наданні роботи, і тим самим обрано шлях часткового використання німецької схеми сторін трудових відносин: Arbeitgeber (роботодавець) — Arbeitnehmer (роботоотримувач)³.

Щодо терміна «наймодавець» зауважимо: його застосування також викликає обґрунтовані заперечення. Загальновідомо, що термінологія має бути точною та виключати неоднозначні трактування тих самих понять. При цьому терміни, значення яких легально визначено в джерелах однієї галузі законодавства, за загальним правилом, не повинні наділятися відмінним значенням в інших галузях. У цивільному законодавстві наймодавець визначається як одна зі сторін договору найму (оренди). За договором найму наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк. Предметом цього договору може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні. Принципово важливо, що об'єктом оренди може бути підприємство як єдиний майновий комплекс. Як зазначає І. В. Борщевський, виникнення в цивілістиці такого об'єкта цивільних прав, як підприємство, зумовлено економічними причинами, тобто знову-таки

¹ Прилипко С. М. Трудове право України : підруч. / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – 3-те вид., перероб. і доп. – Х., 2010. – 752 с.

² Скобелкін В. Н. Трудовые правоотношения / В. Н. Скобелкин. – М., 1999. – С. 202.

³ Кривой В. И. О концепции трудовых кодексов Беларуси и России / В. И. Кривой // Новый Трудовой кодекс Российской Федерации и проблемы его применения : материалы Всерос. науч.-практ. конф. (16–18 янв. 2003 г.) ; отв. ред. К. Н. Гусов. – М., 2004. – С. 119.

реальною дійсністю. Для одержання економічної цінності часто є потреба володіння декількома видами майна¹. Є. Б. Хохлов слушно підкреслює, що введення терміна «договір найму праці» може призвести до проведення зовсім безпідставних паралелей із договором майнового найму і, відповідно, поширити на трудові відносини дію виключно цивілістичних засобів правового регулювання². К. М. Гусов робить справедливий висновок: «не існує ніяких правових основ для введення нового (вірніше, давно забутого) поняття «наймодавець» і договору трудового найму»³.

Має місце також недостатня чіткість у розумінні поняття «роботодавець» як економічної категорії. Ще М. Г. Александров наголошував, що про «дачу роботи» можна говорити лише у строго умовному значенні, а саме — у значенні надання можливості застосовувати свою робочу силу за винагороду до чужих засобів виробництва та працювати на користь власника засобів виробництва. Якщо ж під роботою розуміти наявну здатність до праці або продукти праці, то «роботодавцем» є не капіталіст, а, навпаки, працівник⁴. Такий підхід до визначення суб'єкта, що дає роботу або наймає на роботу, зіштовхнувся із серйозними запереченнями в науковому середовищі. С. Ю. Головіна переконує, що роботодавець як економічний термін позначає того, хто надає роботу. «Наймодавець» — це той, хто наймає на роботу, купує працю. З цього нею робиться висновок про те, що термін «роботодавець» за обсягом ширший за поняття «наймодавець», тому що перший надає роботу і тому, хто приходить «по найму» (будучи цілком відчуженим від засобів виробництва), і тому, хто працює в даній організації, оскільки є засновником (учасником) господарюючого суб'єкта. Мовна семантика дозволяє вибудувати лінгвістично-правову конструкцію зі спільнокореневих слів, зі стрижневим словом «робота», з приводу якої вступають у правовідносини той, хто її надає, — «роботодавець», і той, хто її одержує, — «робітник». С. Ю. Головіна наводить цікаві міркування норвезького вченого Р. Блакара з приводу психологічного сприйняття обох термінів: термін «наймодавець» створює образ «жорстоко-

¹ Борщевський І. В. Договір найму (оренди) нерухомого майна : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. В. Борщевський ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса, 2004. – С. 132.

² Хохлов Е. Б. К понятию трудового договора и договора найма труда / Е. Б. Хохлов // Правоведение. – 1998. – № 2. – С. 127.

³ Практикум по трудовому праву / под ред. К. Н. Гусова. – М., 1996. – С. 8–9.

⁴ Александров Н. Г. Трудовое правоотношение / Н. Г. Александров. – М., 1948. – С. 169.

го експлуататора, що купує працю робітників за максимально низькою ціною», тоді як «роботодавець» представляється у свідомості «милосердним підприємцем, що надає людям засоби для існування»¹.

Категорію «роботодавець» вважаємо більш доречною, оскільки вона підкреслює сутнісні функціональні риси правового статусу сторони трудових правовідносин, яка використовує найману працю. Виходячи з викладених міркувань, вважаємо необхідним кроком: а) законодавчу відмову від подальшого використання категорій «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган», «наймодавець», «наймач», «працедавець» для позначення сторони, яка укладає трудовий договір із працівником, та б) легальне використання терміна «роботодавець». Із цих же підстав вбачаємо недоречними і більшість існуючих законодавчих визначень категорії «роботодавець», оскільки їх зміст розкривається за допомогою поняття «власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган».

¹ Головіна С. Ю. Выбор терминов для обозначения понятий в трудовом праве / С. Ю. Головіна // Правоведение. – 2000. – № 5. – С. 51.

ПИТАННЯ

МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Н. Малишева, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заступник директора Міжнародного центру космічного права

Правове регулювання на ринку космічних послуг

Особи, що беруть участь у космічних польотах

«Зоряний час» розвитку міжнародного космічного права припав на 60–70-ті роки ХХ ст., коли під егідою новоствореного Комітету ООН з мирного використання космічного простору були розроблені й прийняті 5 основних договорів по космосу. Ці договори й сьогодні становлять основу міжнародного космічного права¹. Ними, зокрема, було регламентовано правовий статус астронавтів (космонавтів). При цьому, як це не дивно, єдиного чіткого визначення терміна «космонавт», так само як і «астронавт», міжнародне космічне право до цього часу не напрацювало. Більше того, і в основних договорах ООН із космічного права ми знаходимо значну кількість термінів, кожен з яких вказує на осіб, що перебувають у космосі. У першу чергу слід наголосити на паралельному вживанні двох практично ідентичних термінів — «*космонавт*» і «*астронавт*»². Саме так термінологічно визначається людина, що перебуває в космосі, ст. 5 Договору ООН про принципи

¹ У міжнародно-правовій доктрині космічно-правову систему, що склалася в цей період, інколи називають першим поколінням космічного права, розглядаючи його в контексті перспективного розвитку відповідної галузі права (див., зокрема, Yasuaki Hashimoto. The Status of Astronauts Towards The Second Generation of Space Law. – The National Institute for Defence Studies, 2-1 Naka Meguro 2-chome, Meguro-ku, Tokyo 153 JAPAN. – 1993).

² Слід зазначити, що в міжнародно-правовому лексиконі для визначення осіб цієї категорії в англійських, французьких та іспанських версіях документів, що регулюють космічну діяльність, а також у доктринальній літературі застосовується термін «астронавт» (astronaut) – англ., «astronaute» – франц.); однак той факт, що в офіційних російськомовних текстах відповідних документів використовується термін «космонавт», свідчить про ідентичність указаних понять. В усіх пострадянських державах після першого польоту в 1961 р. у космос людини Юрія Гагаріна міцно закріпився термін «космонавт».

діяльності держав з дослідження та використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, 1967 (скорочена назва — Договір про космос)¹, саме такий термін використовується і в назві та преамбулі Угоди про рятування космонавтів, повернення космонавтів і повернення об'єктів, запущених у космічний простір, 1968 (скорочено — Угода про рятування)². Слід при цьому зазначити, що в національних правових системах все ж є певні нюанси у застосуванні двох термінів. Так, статус «космонавта» у пострадянських державах надається особі після здійснення нею космічного польоту. Водночас у США, людина, що тільки починає тренування за державною космічною програмою, вже називається астронавтом.

Продовжуючи аналізувати міжнародні договори з питань космічної діяльності в частині визначення осіб, які здійснюють космічні польоти, зазначимо, що тут ми знаходимо цілу низку інших термінів, якими визначаються особи, що перебувають у космосі, а саме: *«персонал»* (ст. 8 Договору про космос, ст. 3 § 4; ст. 6 § 3; ст. 8 § 2; ст. 9 § 2; ст. 11 § 3; ст. 12 § 1 Угоди про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах, 1979 (скорочено — Угода про Місяць), *«екіпаж»* (статті 1 та 4 Угоди про рятування), *«представник»* (ст. 12 Договору про космос), *«особа на борту космічного об'єкта»* (статті 3 та 4 Конвенції про міжнародну відповідальність за шкоду, завдану космічними об'єктами, 1972 (скорочена назва — Конвенція про відповідальність), *«особа, що знаходиться на Місяці»* (ст. 10 § 1 Угоди про Місяць), нарешті — *«посланець людства в космосі»* (ст. 5 Договору про космос).

Усі ці терміни, однак, не мають на меті розмежувати осіб різних категорій, що перебувають у певний період часу в космічному просторі. Вони в різних контекстах вживаються щодо тих самих категорій осіб. Це пов'язане з тим, що чинне міжнародне космічне право надає однаковий правовий статус космонавтів (астронавтів) усім особам, що здійснюють космічний політ. Адже цей статус, закріплений у 5 основних договорах ООН з космосу, було сформовано в часи, коли космічна діяльність являла собою прерогативу держав, тобто здійснювалася на державному рівні, від імені держав і з повним державним забезпеченням і відповідальністю.

До певної категоризації осіб, що перебувають у космосі (готуються до космічних польотів), вдалися національні законодавства провід-

¹ Див.: Договори и принципы Организации Объединенных Наций, касающиеся космического пространства. – ООН, Нью-Йорк, 2008. – С. 5.

² Там само. – С. 10–14.

них космічних держав світу. При цьому законодавство деяких країн чітко розмежовує права та обов'язки членів екіпажу космічного корабля. Так, у Російській Федерації нормативно виділяють: командира корабля, бортінженера, космонавта-дослідника. При цьому цікаво, що основна законодавча норма Російської Федерації, якою регламентується правовий статус осіб, що здійснюють космічний політ (ст. 20 Федерального Закону РФ «Про космічну діяльність»), має назву «Космонавти *та* екіпажі пілотованих космічних об'єктів» (виділено нами. — *Н. М.*), тим самим закладаючи основи для регулювання статусу в космосі інших осіб, що не є професійними космонавтами¹. У міжнародних екіпажах, що працюють за проектами та програмами міжнародної організації «Інтерспутник», усі громадяни інших, крім РФ, держав, мають статус космонавтів-дослідників. Відповідно до ч. 5 ст. 20 Федерального закону РФ «Про космічну діяльність» громадяни іноземних держав, що проходять підготовку до космічного польоту в Російській Федерації, навіть якщо вони не беруть участі в польоті на пілотованому космічному кораблі РФ, зобов'язані дотримуватися законодавства Російської Федерації, якщо інше не передбачене міжнародними договорами Росії.

В екіпажах американських кораблів «Спейс Шаттл» окремо визначається статус таких категорій осіб: командир корабля, пілот, від двох до п'яти спеціалістів (наукових співробітників — спеціалістів з операцій) та двох-трьох спеціалістів із корисного навантаження (наукових співробітників — спеціалістів із конкретних досліджень)².

Особливий регламентації на рівні національного законодавства піддається правовий статус командира корабля. Саме він зазвичай наділяється владними повноваженнями для виконання завдання космічного польоту, забезпечення безпеки персоналу, підтримки дисципліни і порядку на борту корабля. Так, відповідно до ч. 3 ст. 20 Федерального закону РФ «Про космічну діяльність» командиром екіпажу пілотованого космічного об'єкта РФ призначається космонавт — громадянин Російської Федерації. Командир екіпажу наділяється всією повнотою влади, необхідної для здійснення космічного польоту, керівництва екіпажем та іншими особами, що беруть участь у польоті. Водночас

¹ Федеральный Закон РФ «О космической деятельности» от 20.08. 1993 г. (в редакции Федерального Закона РФ от 29.11. 1996 г. (с последующими изменениями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: femida.info/14/24003.htm

² Детальніше див: Глушко В. П. и др. Космонавтика : энциклопедия / В. П. Глушко и др. – М., 1985; Гэтланд К. и др. Космическая техника : иллюстрированная энциклопедия / К. Гэтланд. – М., 1985; а також: dic.academic.ru/dic.nsf/enc_tech/1122.

командир у межах своїх повноважень несе відповідальність за виконання програми польоту, безпеку екіпажу та інших осіб, що беруть участь у польоті, збереження космічного об'єкта та майна, що на ньому знаходиться¹. Правовий статус інших членів космічних екіпажів, якщо й визначається, то не в законодавчому порядку, а в національних методичних документах, що за загальним правилом мають разовий характер, чи застосовуються до серії польотів за однією програмою.

Жодна з національних правових систем до кінця ХХ ст. не містила спеціальної регламентації правового статусу осіб, що беруть участь у комерційних космічних польотах, або так званих «космічних туристів».

Космічний туризм — новітній вид діяльності в космосі

Однак на зламі тисячоліть ситуація в космонавтиці швидко змінюється. На арену космічної діяльності почали активно виходити приватні структури. Не пройшла ця тенденція осторонь і пілотованої космонавтики. Першими комерційними космонавтами стали громадянин Японії Тойохіро Акіяма (1989) та Великої Британії Хелен Шарман (1990), що здійснили політ на космічних кораблях Союз ТМ-11/Союз ТМ-10 та Союз ТМ-12/Союз ТМ-11 на радянську орбітальну станцію «Мир» за недержавними проектами, що були профінансовані приватною телекомпанією TBS та консорціумом британських компаній «Джунно» відповідно. Цих комерційних космонавтів, однак, ще не називали «космічними туристами». Упритул наблизилися до регулювання правового режиму космічних туристів Сполучені Штати Америки, де відповідно до Доповнень до Закону з комерційних запусків (від 23 грудня 2004 р.) уперше в світовій законотворчій практиці почали виокремлювати нову категорію осіб, що здійснюють космічні польоти на комерційних засадах, — пасажирів².

Термін «космічний туризм», однак, почали використовувати лише у зв'язку з Міжнародною космічною станцією (МКС) у значенні ***польотів у космос чи на навколосезну космічну орбіту в розважальних чи пізнавальних цілях, що фінансуються із власних коштів чи інших приватних джерел***. Перші вісім туристів здійснили подорожі на ро-

¹ Федеральний Закон РФ «О космической деятельности» от 20.08. 1993 г. (в редакции Федерального Закона РФ от 29.11. 1996 г. (с последующими изменениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: femida.info/14/24003.htm.

² Див.: Commercial Launch Amendment Act of 2004 – H.R.5382 (Enrolled Bill [Final as Passed Both House and enate]-ENR) – Bill Text 108th Congress (2003-2004). – H.R.5382. ENR

сійський сегмент МКС вже в ХХІ ст.¹ за допомогою російських космічних кораблів «Союз». І хоча кількість тих, хто вже відвідав космос з розважальною метою і на власні кошти, поки вимірюється одиницями, бажаючих здійснити космічну подорож вже зараз налічується кілька сотень². Можна при цьому прогнозувати, що ринок послуг із космічного туризму стрімко зростатиме, а види послуг, що при цьому будуть пропонуватися, урізноманітняться. Так, зокрема, вже зараз деякими комерційними структурами різних країн світу розробляються проекти створення власних космічних кораблів для «туризму» і «орбітальних готелів» для довготривалого перебування туристів на навколоземній орбіті³.

Міжнародно-правовий режим космонавтів і його поширення на космічних туристів

Розвиток космічного туризму, підштовхуваний прагненням людей до нового і небаченого, в юридичному плані викликає чимало запитань. Перше і головне серед них: чи достатнім є міжнародно-правовий режим, закріплений чинними міжнародними договорами ООН з космосу, для забезпечення «туристичної» діяльності в космосі?

Для відповіді на це запитання слід з'ясувати, чи є космічні туристи космонавтами (астронавтами) у розумінні чинного міжнародного космічного права, а значить, чи поширюються на них (якщо так, то якою мірою) норми, що регламентують правовий статус космонавтів? Чи

¹ Вісім перших польотів космічних туристів було здійснено з 2001 до 2009 років. Космічними туристами стали: американський бізнесмен італійського походження Денніс Тито (2001), бізнесмен з ПАР Марк Шаттлворт (2002), американський бізнесмен Грегорі Олсен (2005), американка іранського походження Ануше Ансарі (2006), американський мільярдер угорського походження Чарльз Симоні (2007), американський розробник комп'ютерних ігор Річард Герріот (2008), Чарльз Симоні – вдруге (2009), канадський бізнесмен Гі Лаліберте (2009). Усі вісім польотів було організовано Роскосмосом у співробітництві з компанією США «Space Adventures». Наприкінці 2009 р. було оголошено про призупинення польотів космічних туристів на МКС із 2010 до 2012 р., оскільки всі вільні місця на російських космічних кораблях «Союз» викупило NASA, зважаючи на те, що США втратили можливість самостійно відправляти своїх астронавтів на орбіту з припиненням польотів «шаттлів». Починаючи з 2012 р., Роскосмос планує збільшити кількість запусків космічних кораблів «Союз» із чотирьох до п'яти на рік спеціально для забезпечення подорожей космічних туристів.

² Йдеться лише про осіб, які офіційно виявили своє бажання стати космічними туристами, внівши відповідну заставу. Так, за даними британської компанії «Virgin Galactic», що планує надавати послуги з подорожей на навколоземну орбіту, придбанням космічних «путівок» зацікавилася вже понад 300 осіб.

³ <http://www.linternaute.com/actualite/voyager/05/tourisme-espace/tourisme-spatial.shtml>

потребує правовий режим космічних туристів спеціального регулювання, якщо так, то на якому рівні: міжнародно-правовому чи національно-правовому? В яких напрямках слід здійснювати правове регулювання статусу космічних туристів і режиму космічно-туристичної діяльності як такої?

Аналіз вищезазначених міжнародних документів (передусім Договору про космос, а також Угоди про рятування) дозволяє виділити три основні ознаки, які дають підстави віднести осіб до категорії «космонавтів», а саме:

- 1) це особи, що перебувають на борту об'єкта, що запускається в космічний простір;
- 2) цими особами вчиняються діяння на благо та в інтересах всіх країн, а результати таких діянь стають спільним надбанням людства (ст. 1 Договору ООН про космос);
- 3) можливість поширення на відповідних осіб визначення «посланців людства в космосі» (ст. 5 Договору ООН про космос, Угода ООН про рятування).

Чи підпадають під ці ознаки космічні туристи?

На сто відсотків ствердно можна визнати відповідність космічних туристів першій із виділених тут ознак. Якщо особа не перебуває на борту об'єкта, запущеного в космічний простір, то не можна вести мову про *космічний* туризм як такий.

Вирішуючи питання щодо відповідності космічних туристів другій ознаці, слід передусім з'ясувати, які діяння щодо дослідження та використання космічного простору сучасною доктриною визнаються такими, що вчиняються на благо і в інтересах всього людства. Індикативний перелік таких видів діяльності був напрацьований ЮНЕСКО в ході роботи її підкомісії «Етика космічного простору» Світової Комісії щодо етики наукових і технологічних знань (липень 2000 р.). Це, зокрема, інформаційні технології та технології зв'язку; супутникова навігація і картографія; супутникова медицина; довкілля та управління природними ресурсами; попередження катастроф та деякі ін.¹ У будь-якому випадку серед визначених ЮНЕСКО видів діяльності немає космічного туризму. З іншого боку, звернувшись до концепції будь-якого туризму, в тому числі космічного, ми в усіх джерелах зна-

¹ Див. M. Cheick Modibo Diarra. Dans quels domaines les technologies spatiales peuvent-elles être profitables à toute humanité ? – Sous-commission de la COMEST sur «L'éthique de l'espace extra-atmosphérique», Siège de l'UNESCO, 10-11 juillet 2000. – Rapport. – Paris. – 2000. – P. 37–38.

йдемо приблизно однакові визначення: туризм (включно з космічним) здійснюється у *власних* (розважальних, пізнавальних, корпоративних, інколи навіть політичних чи інших) *інтересах туриста*. Інтереси ж усіх країн і навіть країни, з якої походить (чи під юрисдикцією якої перебуває) космічний турист, при цьому навряд чи відіграють вирішальну і навіть визначальну роль.

Складнішим є виявлення відповідності космічних туристів третій із виділених нами ознак. На перший погляд здається, що немає жодних підстав вважати космічних туристів посланцями людства, адже їх направляють у космос, фінансуючи політ, приватні структури або ж приватні фізичні особи (наприклад, члени сім'ї чи самі туристи). Водночас більш поглиблений погляд на проблему вимагає звернення до контексту, в якому міжнародно-правове регулювання визначає космонавтів «посланцями людства в космосі», а також до мотивації відповідного регулювання. Аналіз міжнародних договорів ООН із космосу (передусім Договору про космос і Угоди про рятування) дає підстави стверджувати, що основним спонукальним мотивом для надання космонавтам статусу «посланців людства в космосі» було усвідомлення ризикового характеру космічних польотів і прагнення забезпечити безпеку людей, що їх здійснюють, надати їм всіляке сприяння й допомогу в різних «позаштатних» ситуаціях, які можуть виникнути під час здійснення пілотованих космічних польотів. Звернемось у цьому зв'язку до контексту ст. 5 Договору з космосу, де вперше стосовно космонавтів вживається визначення «посланці людства в космосі». При цьому зазначається, що держави — учасниці Договору надають космонавтам всебічну допомогу у випадку аварії, лиха чи вимушеної посадки на території іншої держави — учасниці Договору чи у відкритому морі. Космонавтам, що здійснять таку вимушену посадку, Договір гарантує безпеку та невідкладне повернення державі, до реєстру якої занесений їх космічний корабель. Більш детально діяльність Договірних Сторін щодо розшуку, рятування космонавтів та їх повернення до держави реєстру регламентована Угодою про рятування. Звичайно, беручи до уваги дату прийняття цієї Угоди (1968 р.), у ній немає (та й не могло бути) мови про космічних туристів як окрему категорію людей, що певний час перебувають у космосі. Однак, зважаючи на гуманістичну спрямованість надання космонавтам статусу посланців людства в космосі, на наш погляд, слід вважати відповідний міжнародно-правовий режим таким, що поширюється не лише на космонавтів, а й на всіх інших осіб, які здійснюють космічні польоти, у тому числі, на космічних туристів.

Підбиваючи попередні висновки, зазначимо, що відповідно до чинних норм міжнародного космічного права космічні туристи не можуть повною мірою бути віднесені до категорії космонавтів, водночас під час космічних польотів вони мають ряд спільних ознак, що дозволяють поширювати на туристів правовий режим космонавтів як посланців людства у космосі.

Цієї констатації, однак, недостатньо, щоб визнати правовий режим космічних туристів адекватним вимогам часу і таким, що знімає всі питання, пов'язані з регулюванням відповідного виду діяльності.

Удосконалення відповідного правового режиму вимагає на доктринальному рівні визначитися з низкою проблем, пов'язаних із неоднорідністю діяльності, яка сьогодні підпадає під категорію «космічний туризм».

Регулювання польотів космічних туристів: режим космічного чи повітряного права?

Уже зараз можна виділити два різних із технічної та правової точок зору види цієї діяльності: 1) власне «космічний» туризм, за допомогою якого можна, зокрема, дістатися на МКС, а космічний корабель запускається з космодрому ракетноносіями; 2) суборбітальні короткочасні подорожі, що є менш дорогими¹, а тому більш доступними; такий туризм планується широко розвивати найближчим часом², переважно з допомогою високотехнологічних реактивних літаків, що запускати-муться з аеродромів, або так званих «космічних портів»³. Другий із

¹ Вартість такої подорожі сягає 200–300 тисяч доларів США, в той час як туристичне відвідання МКС сьогодні коштує 20–35 мільйонів доларів США (див., зокрема: www.russianspain.com/news/article553.html).

² Так, у 2007 р. франко-німецький консорціум «Астріум» почав реалізацію першого європейського проекту організації космічного туризму. Здійснювати суборбітальні подорожі планується починаючи з 2011 р. з допомогою літака, що запускатиметься ракетою. Серед інших найбільш популярних сучасних проєктів відповідного спрямування називають американський проєкт Rocketplane XP, а також проєкт британської компанії «Virgin Galactic», що планує надавати послуги з подорожей на навколоремну орбіту з допомогою літака-носія Whight Knight 2 («Білий лицар-2»), космічного корабля Space Ship-2 та корабля багаторазового використання New Shepard компанії Blue Origin. Наводиться за: Andre Farand. *Tourisme spatial: consideration juridique sur les vols suborbitaux*. – Droit de l'espace. – Sous la direction de Philippe Achilleas. – Bruxelles. – 2009. – P. 359.

³ Такі порти разом з усією обслуговуючою інфраструктурою найближчим часом планується побудувати в декількох штатах США (Каліфорнія, Оклахома, Нью-Мексико, Флорида, Вірджинія, Аляска, Вісконсін, а також в Швеції та Об'єднаних Арабських Еміратах (детальніше див.: [space_tourism http://www.robert.goehlich.de](http://www.robert.goehlich.de)).

виділених тут видів діяльності, хоч і підпадає за своєю спрямованістю під ознаки космічного туризму і офіційно саме так називається, однак викликає сумніви з точки зору режиму міжнародно-правового регулювання, якому має бути підпорядкований: режиму космічного чи повітряного права.

Необхідність відповіді на поставлене питання пов'язана з таким. Стаття 1 Чиказької Конвенції про міжнародну цивільну авіацію від 7.12. 1944 р. проголошує, що кожна держава має повний і виключний суверенітет на повітряний простір над своєю територією¹. Відтак держава здійснює свою юрисдикцію над усякою діяльністю, що відбувається в її повітряному просторі. Авіаційні об'єкти при цьому підлягають реєстрації лише на національному рівні. Водночас Конвенція про реєстрацію об'єктів, що запускаються в космічний простір (§ 1 ст. 2), зобов'язує державу запуску реєструвати космічний об'єкт шляхом запису до відповідного реєстру, який нею ведеться. Держав запуску одного об'єкта може бути декілька, у цьому випадку вони спільно визначають, яка з них набуває статусу держави реєстрації². А стаття 8 Договору про космос містить основоположну норму про те, що держава, до реєстру якої занесений об'єкт, запущений у космічний простір, зберігає юрисдикцію та контроль над таким об'єктом і над всяким екіпажем цього об'єкта під час їх перебування в космічному просторі, у тому числі й на небесному тілі. Крім того, під егідою Генерального секретаря ООН ведеться єдиний міжнародний Реєстр ООН космічних об'єктів, запущених у космічний простір³, тоді як повітряні польоти реєструються лише на національному рівні. Інакше кажучи, у контексті нашого інтересу принципового характеру набуває питання про те, як розглядати засіб доставки космічних туристів: як аеронавтичний чи космічний об'єкт. Адже лише в останньому випадку визначаються держави запуску відповідного об'єкта та держава, що його реєструє згідно з вимогами міжнародного космічного права. Різними є й режими відповідальності за шкоду, заподіяну такими об'єктами: космічними — абсолютна відповідальність, передбачена Конвенцією про від-

¹ Документ ICAO 7300/3, 1963 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nau.kiev.ua/nau10/doc.php. Дата приєднання до Конвенції України: 10.08.1992 р. Набуття чинності для України: 09.09.1992 р. – Офіц. вісн. України. – 2004. – № 40. – С. 195. – Ст. 2667, код акта 30261/2004.

² Договори Організації Об'єднаних націй і принципи, касаючієся космічного пространства і соотвєтствующіє резолюції Генеральной Ассамблеи. – Нью-Йорк. – 2008. – С. 26.

³ Конвенція про реєстрацію. – Статті 3, 4. – С. 26–27.

повідальність (1972), а авіаційними — відповідальність, передбачена Конвенцією про збитки, завдані іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні (Рим, 7 жовтня 1952 р.)¹.

Визначитися з цим питанням можна лише після аналізу характеру середовища, в якому така діяльність переважно відбувається (повітряний чи космічний простір). Від цього залежить і віднесення польоту до «космічного» або «повітряного».

Сьогоднішній рівень розвитку як авіаційного, так і космічного права, не в змозі однозначно відповісти на це питання. А визначення «космічних польотів», що даються національними законодавствами, чи міжнародними організаціями, суттєво різняться між собою. Так, відповідно до класифікації Міжнародної Аеронавтичної Федерації (FAI), космічним вважається політ, висота якого перевищує 100 км. Згідно ж з класифікацією Військово-повітряних сил США (United State Air Forces, USAF), космічним польотом визнається політ, висота якого перевищує 50 миль (80 км 467 м). У СРСР та в пострадянських державах космічним називається орбітальний політ; тобто презюмується, що космічний апарат повинен зробити хоча б один оберт навколо Землі².

Останній підхід за сучасних умов (коли формально ще не здійснено делімітацію повітряного та космічного простору), вважаю найбільш прийнятним, оскільки як національна, так і міжнародна реєстрація об'єктів як космічних проводиться лише з моменту їх виведення на навколосезну орбіту, чого не відбувається у випадку із суборбітальними польотами.

Певної нової регламентації в контексті космічного туризму потребує як повітряне, так і космічне право. Оскільки суборбітальні польоти «туристів» переважно здійснюються в повітряному просторі, а вихід у космічний простір при цьому відбувається на короткий проміжок часу, ніби «транзитом», то така діяльність має підпадати під визначення «авіаційної», тобто такої, що перебуває під юрисдикцією держави, над територією якої вона проходить. Тому на цю діяльність має поширюватися весь масив як міжнародного повітряного права, так і національного повітряного законодавства відповідної держави, під юрисдикцією якої дана діяльність відбувається. Водночас, зважаючи на специфіку суборбітальних польотів, слід на національному рівні

¹ Україна не є Стороною цієї Конвенції (див. Статус конвенції – ІКАО; Статус, Міжнародний документ від 01.11.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi).

² Див.: ru.wikipedia.org/wiki/Космонавт.

передбачити регулювання особливостей цих польотів як таких, що пов'язані з підвищеним ризиком. Не можна виключити й застосування до деяких правовідносин, які можуть тут виникнути, і норм космічного права (наприклад, правовідносини щодо рятування космонавтів у разі екстремальних обставин, на чому наголошувалося вище).

У випадку ж із туризмом на МКС, або в інших випадках, коли туристи перебувають на космічному кораблі, який виводиться на *навколоземну* орбіту або далі в космічний простір із допомогою *ракет-носія*, слід застосовувати до відповідних об'єктів режим космічних, із поширенням на такі польоти дії норм міжнародного космічного права.

Стан і перспективи правового регулювання космічного туризму

Відсутність спеціального регулювання відносин щодо космічного туризму на міжнародно-правовому рівні змусила нас звернутися до національного законодавства. Спроба запровадження певних регулюючих відповідну сферу норм до цього часу, як зазначалося, була здійснена лише Сполученими Штатами Америки шляхом внесення 23 грудня 2004 р. доповнень до Закону з комерційних запусків¹, відповідно до якого вперше було виділено космічні польоти пасажирів, що здійснюються на комерційних засадах. У законі дається визначення транспортного суборбітального корабля, яке, однак, базується на ставленні до нього як до такого, що запускається в космічний простір, а не як до повітряного судна. Такий законодавчий підхід (який до цього часу залишається унікальним прикладом регулювання відповідної діяльності) зайвий раз підкреслює, що питання не є однозначним і потребує додаткового опрацювання, передусім, на теоретико-правовому рівні, можливо шляхом об'єднання зусиль фахівців повітряного і космічного права.

Урегулювання правового статусу космічних туристів, мабуть, слід починати з напрацювання уніфікованої термінології. Адже термін «космічний турист» викликає різкі заперечення з боку тих осіб, що вже побували в космосі. Переважна більшість із них заявляють, що з туризмом зазвичай пов'язують відпочинок, тоді як вони проходили досить тривалий і непростий курс спеціальної підготовки, під час перебування в космосі дехто з них здійснював певні експерименти тощо. Так, перший офіційний космічний турист Тито заявив, що бажає, щоб його називали «незалежним дослідником». Інший «турист» Річард

¹ «Commercial Launch Amendment Act» (H.R. 5382)

Герріот пропонує відповідну категорію осіб іменувати «приватними космонавтами» чи «приватними астронавтами», оскільки вимоги до передпольотної підготовки, наприклад, тих, хто планує подорож у космос на російському космічному кораблі «Союз», нічим не відрізняються від ідентичних вимог до неросійських членів екіпажу цього корабля¹. Марк Шаттлворт запропонував для себе і своїх «колег» назву «піонерів комерційних космічних подорожей»². На думку Олсена, адекватним слід визнати іменування космічних туристів «приватними дослідниками»³. А Ансарі віддає перевагу терміну «приватний дослідник космосу»⁴. Ще більш категорично висловлюється проти офіційного закріплення терміну «космічний турист» Рік Тумлінсон (Фонд Космічних Кордонів), який, зокрема, заявляє: «Я ненавиджу слово «турист»... Турист — це хтось у квітчастих шортах із трьома камерами на ший»⁵.

Відаючи належне аргументам, що висловлюються особами, які вже побували в космосі, все ж зазначимо, що термін «космічний туризм» і похідний від нього термін «космічний турист» досить впевнено увійшли як у технічну, так і у правову термінологію. І в кінцевому рахунку, незважаючи на особливості цього виду туризму, пов'язаних з передпольотною підготовкою, ризиковим характером, наявністю великої кількості обмежень і відповідальністю, не можна заперечувати того факту, що відповідна діяльність вписується в концепцію «туристичної», а особи, що здійснюють космічні подорожі, підпадають під ознаки туристів, тобто подорожують на власні (чи інші приватні) кошти і в розважальних інтересах, не пов'язаних із їх професійною діяльністю.

На сьогодні «білими плямами» у праві залишаються питання, пов'язані з розподілом відповідальності між туристом, туроператором та виконавцем відповідної послуги, гарантуванням безпеки космічних туристів, критеріями відбору, особливостями передпольотної підготовки тощо. Ці питання виходять і на більш широкий контекст, пов'язаний із місцем і роллю держави в особі її уповноважених органів щодо забезпечення відповідної діяльності та контролю за її здійсненням.

На якому рівні мають бути встановлені відповідні регулюючі положення?

¹ http://en.Wikipedia.Org/wiki/Space_tourism#cite_note-Garriott-49.

² http://en.Wikipedia.Org/wiki/Space_tourism#cite_note-50.

³ http://en.Wikipedia.Org/wiki/Space_tourism#cite_note-51.

⁴ http://en.Wikipedia.Org/wiki/Space_tourism#cite_note-Anousheh_Ansari-8#cite_note-Anousheh_Ansari-8.

⁵ http://en.Wikipedia.Org/wiki/Space_tourism#cite_note-53.

Вважаємо, що нормами міжнародного права (як космічного, так і авіаційного) мають бути передбачені лише деякі положення загально-го характеру, якими б, зокрема, було зафіксовано наявність відповідної категорії осіб, дано визначення космічних туристів і загальні ознаки правового режиму їх діяльності в повітряному (при суборбітальних польотах у космос на літальних апаратах нового покоління) та космічному (при подорожах на космічних кораблях на навколоземну орбіту чи на космічні станції) просторах. Вважаю за необхідне, зокрема, визначити сферу поширення на космічних туристів норм міжнародного космічного права щодо правового статусу астронавтів (космонавтів). Так само потребує свого уточнення поширення норм міжнародного транспортно-го (авіаційного) права на осіб, що здійснюють суборбітальні подорожі в космічний простір. Внесення відповідних роз'яснень до актів міжнародного права пропонується здійснити шляхом прийняття Генеральною Асамблеєю ООН відповідних резолюцій, як це було, наприклад, зроблено щодо застосування концепції «держави запуску»¹ чи щодо вдосконалення практики реєстрації космічних об'єктів².

Водночас вважаю, що основне регулююче цю сферу навантаження має припадати на національне законодавство, а також на договірні відносини між операторами відповідних послуг і їх споживачами.

Так, у національному законодавстві повинні бути встановлені вимоги щодо надання державними органами дозволів (ліцензій) операторам послуг із космічного туризму. Залежно від характеру діяльності такі дозволи повинні видаватися органами, уповноваженими в галузі авіаційного транспорту або космічної діяльності. При цьому мають бути визначені умови і підстави надання таких дозволів. Зокрема, до уваги повинні братися фінансові, юридичні, професійні критерії, наявність у розпорядженні операторів відповідної інфраструктури, досвід попередньої роботи у споріднених сферах, ділова репутація тощо. Слід також у правовому порядку передбачити подальший державний нагляд за дотриманням операторами умов наданих ліцензій.

У літературі неодноразово піднімалося питання заінтересованості державних органів багатьох країн, а також міждержавних регіональних

¹ Див.: Резолюція 59/115 от 10 декабря 2004 г. «Применение концепции «запускающее государство» // Договоры Организации Объединенных Наций и принципы, касающиеся космического пространства, и соответствующие резолюции Генеральной Ассамблеи. – ООН, Нью-Йорк, 2008. – С. 77–78.

² Див.: Резолюция 62/101 от 17 декабря 2007 г. «Рекомендации по совершенствованию практики регистрации космических объектов государствами и международными межправительственными организациями». – С. 79–83.

організацій щодо їх участі у створенні інфраструктури, призначеної для організації космічного туризму, оскільки прогнозується, що будівництво та експлуатація таких об'єктів можуть призвести до суттєвого погавлення економічної діяльності в регіонах¹. За цих умов слід особливо ретельно в національному законодавстві передбачити процедуру вибору ділянок для будівництва відповідної інфраструктури, а також забезпечення використання кращих із доступних технологій у процесі проектування та будівництва таких об'єктів, передбачивши гарантії безпеки населення навколишніх районів та збереження біотичних ресурсів. Усі національні, а за необхідності — і міжнародні, процедури участі громадськості в обговоренні проектів мають бути дотримані. Зважаючи на те, що космічний туризм безумовно є діяльністю, пов'язаною з підвищеним ризиком, у національному законодавстві слід передбачити обов'язкове особисте і майнове страхування космічних туристів, також мають бути встановлені загальні засади майнової відповідальності за шкоду, заподіяну в ході здійснення космічного туризму.

Сфера договірних відносин між оператором та споживачем послуг із космічного туризму

Значна кількість положень, пов'язаних із забезпеченням космічного туризму, має знайти своє відображення в контрактах, що укладаються між оператором відповідної послуги та її споживачем. Зважаючи на новаторську сутність відповідного виду діяльності, його складний характер, а також ризиковану природу, вважаємо за необхідне розробити Модельний контракт (можливо, під егідою міжнародної організації²), який увібрав би існуючі напрацювання в сферах авіаційних перевезень, космічної, а також туристичної діяльності (особливо щодо надання послуг з екстремального туризму), одночасно закріпивши й положення, що є специфічними саме для космічного туризму.

Серед положень, які в обов'язковому порядку повинні знайти відображення у відповідному контракті, — питання розподілу відповідальності за шкоду між оператором і космічним туристом. У перших контрактах щодо космічного туризму в США та Західній Європі в основному застосовувалися різного роду формули щодо взаємної відмови (повної чи часткової) від претензій за спричинення шкоди під час польотів. Єдиний законодавчий акт національного рівня, що

¹ Droit de l'espace. – Sous la direction de Philippe Achilleas. – Bruxelles. – 2009. – P. 367.

² Вважаю, що найбільш придатними організаційними рамками для розроблення такого модельного контракту може стати Юридичний підкомітет Комітету ООН з питань мирного використання космічного простору.

до цього часу може бути в цьому контексті проаналізований, — Доповнення до Закону США про комерційні запуски 2004 р. включив норму про те, що пасажир здійснює відповідну діяльність із космічного туризму на власний ризик, будучи поінформованим оператором щодо рівня безпеки літального суборбітального апарату із наданням необхідних даних.

Відповідна формула щодо відмови від претензій і здійснення космічного туризму на власний ризик, безумовно, є зручною для можливих наступних судових процедур, а також вигідною операторам. Водночас навряд чи вона захищає права космічних туристів, оскільки, не будучи фахівцями у відповідній сфері, вони не в змозі повною мірою усвідомлювати масштаби і види можливої шкоди. Крім того, відповідна формула, можливо, була б прийнятною у відносинах оператора і пасажирів за умови відсутності інших учасників польоту (третіх осіб), які також можуть виявитися постраждалими від заподіяної шкоди. З іншого боку, можна уявити ситуацію, коли космічний турист своїми діями завдає шкоди, наприклад, дуже коштовному обладнанню транспортного засобу. Адже в цьому випадку оператор також повинен відмовитися від претензій щодо її відшкодування, що навряд чи є розумним і таким, що відповідає загальним засадам цивільної відповідальності за шкоду. Питання, таким чином, не є простим і однозначним і потребує більш детального розгляду для його включення в Модельний контракт.

У Модельному контракті також слід було б визначити загальні критерії відбору та допуску до польотів у космос. Подібні критерії на сьогодні передбачаються національними регулюючими та методичними документами для професійних космонавтів. Вважаю, що напрацьована в цій сфері практика (щодо вікових, медичних, етичних обмежень) має бути використана і при відборі космічних туристів, звичайно, залишивши осторонь професійні критерії. Критерії відбору туристів повинні бути максимально об'єктивними, виваженими, спрямованими на забезпечення безпеки космічних туристів і такими, що не створюють надмірних перепон для участі у космічних польотах. Слід застерегти від надмірно суворих критеріїв, як це, зокрема, передбачено міні-підручником взірцевого відвідувача Міжнародної космічної станції — 9-сторінкового документа, спільно розробленого НАСА і Роскосмосом. У документі визначаються правила поведінки під час польоту. Зокрема, заборонено використовувати алкоголь, грубі слова. Найбільші заперечення, однак, викликає позиція міні-підручника стосовно недопуску до відвідання МКС осіб, які колись притягалися до відповідальності.

Як справедливо зазначається з цього приводу в пресі, нерозумно відмовляти в можливості польоту мільярдеру, який спроможний сплатити кілька десятків мільйонів доларів США за тижневу подорож, але який 20 років тому здійснив малозначне правопорушення¹. Безумовно, відповідне положення потребує уточнення в Модельному контракті.

Слід у Модельному контракті встановити положення й щодо загальних вимог до передпольотної підготовки космічних туристів. У цитованому вище документі з цього приводу передбачається, що перебування в космосі кілька днів потребує попередньої підготовки за програмою космонавтів (дещо полегшеною) протягом 12 місяців, після якої проводиться медичний огляд претендента і виноситься остаточне рішення. У цьому зв'язку варто в Модельному контракті в обов'язковому порядку передбачити можливість і підстави відмови однієї зі сторін від виконання контрактних зобов'язань на різних стадіях, а також правові наслідки недопуску до польоту оператором, або відмови від польоту туристом.

Отже, космічний туризм — це новітній вид космічної діяльності. У ньому задіяні нові суб'єкти, правовий статус яких не врегульований ні міжнародним космічним правом, ні національними правовими системами. Поява і швидке розширення відповідної діяльності потребуватиме попереднього опрацювання широкого діапазону правових питань, невирішеність яких може стати перепоною для становлення та розвитку цієї галузі, а також поставить космічних туристів у невизначене правове становище, що не відповідає критеріям гарантування їх безпеки.

¹ Le petit manuel du touriste spatial. – «La science d'ici et d'ailleurs». – 4.02.2002.

О. Виговський, кандидат юридичних наук,
асистент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин КНУ ім. Тараса Шевченка

Питання уніфікації регулювання коносаментів у міжнародному приватному праві

Важливу роль у міжнародному торговельному обігу відіграють товаророзпорядчі цінні папери, які надають можливість передачі права власності на майно, що знаходиться на зберіганні чи передане морському перевізникові для транспортування (про це свідчить сама етимологія цього терміна). Тривале використання коносамента як цінного папера, що посвідчує факт укладення договору морського перевезення вантажу та забезпечує можливість відчуження майна, що знаходиться в дорозі за таким договором, безпосередньо під час його транспортування, свідчить про високу ефективність даного інструменту у сфері міжнародної торгівлі.

Процес міжнародної уніфікації норм щодо коносаментів має тривалу історію і вагомими результатами, які досі залишаються недостатньо вивченими на науковому рівні. Якщо у зарубіжній правовій доктрині питання уніфікації матеріальних норм у цій сфері були предметом окремих ґрунтовних досліджень¹, то у вітчизняній науці дана проблематика залишається недостатньо вивченою, що обумовлює актуальність звернення до цієї теми.

Предметом нашого аналізу в рамках цієї статті є результати процесу міжнародної уніфікації норм щодо обігу коносаментів. Короткий нарис з історії уніфікаційного процесу у цій сфері та дослідження окремих положень чинних міжнародних актів мають за мету представити еволюцію такого процесу та зробити висновок про ступінь його завершеності на сьогодні.

Тенденція до уніфікації законодавчих норм про коносаменти намітилася ще наприкінці XIX ст. Як зазначає О. С. Кокін, на фоні колосального зростання міжнародної торгівлі, широкомасштабного пере-

¹ See: Dor S. Bill of lading clauses and the Brussels international convention of 1924 (Hague rules): study in comparative law / S. Dor. – Hincley, 1956. – 152 p.; Necker K. H. Der räumliche Geltungsbereich der Haager Regeln / K. H. Necker. – Berlin: De Gruyter, 1962. – 113 p.; Yiannopoulos A. N. Uniform Rules Concerning Bills of Lading: The Brussels Convention of 1924 in the Light of National Legislation / A. N. Yiannopoulos // The American Journal of Comparative Law. – 1961. – Vol. 10. – P. 374–392.

ходу до укладення масових правочинів, загострення боротьби монополій, що виходять за рамки окремих держав, стало очевидним, що проблема обігу коносаментів не вирішиться в режимі саморегулювання¹. Специфіка та багатоманітність підходів до регулювання коносаментів на національному рівні не залишали іншого виходу, окрім міжнародної уніфікації відповідних норм. Водночас слід констатувати, що як і у випадку з іншими «міжнародними» за сферою обігу цінними паперами, векселями, процес міжнародної уніфікації правил щодо коносаментів обумовив наявність системи подвійного регулювання — на рівні національних законодавств та універсальних міжнародних актів.

Першим кроком у цьому напрямі стали міжнародні конференції з торговельного права. У 1882 р. на Ліверпульській конференції була прийнята узгоджена форма коносамента. Наступним кроком стало прийняття в 1922 р. першої редакції Гаазьких правил, розроблених Міжнародною асоціацією юристів та запропонованих на конференції у Гаазі у вересні 1921 р. Нарешті, 25 серпня 1924 р. у Брюсселі була підписана Брюссельська конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент (далі — Конвенція про коносаменти)², розроблена під егідою Міжнародного морського комітету, що отримала назву Гаазьких правил. Ця Конвенція набула чинності 2 червня 1931 р., і сьогодні кількість її учасників перевищує 70 держав. У 1968 р. був підписаний Брюссельський протокол про зміни до Конвенції про коносаменти (т. зв. Правила Вісбі)³, який розширив сферу її застосування та зробив більш жорсткою відповідальність перевізника (у новому вигляді Конвенція про коносаменти стала іменуватися Гаазько-Вісбійськими правилами). У 1979 р. у Брюсселі був прийнятий другий додатковий протокол, який запровадив використання нової розрахункової одиниці при розрахунку межі відповідальності перевізника.

Конвенція про коносаменти не стала всеосяжним міжнародним кодексом правил щодо випуску та обігу коносаментів, хоча її значення у сфері правового регулювання міжнародних морських перевезень товарів за коносаментом сумніву не піддається. Як впливає із самої

¹ Кокин А. С. Товарораспорядительные бумаги в торговом обороте / А. С. Кокин. – М., 2000. – С. 31.

² Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г. (Гаагские правила) // Международное частное право : сб. нормат. док. – М., 1994. – С. 208–219.

³ Брюссельский протокол от 23 февраля 1968 г. об изменении Брюссельской конвенции 1924 г. об унификации некоторых правил о коносаменте (Правила Висби) // Международное частное право : сб. нормат. док. – М., 1994. – С. 220–227.

її назви, предметом уніфікації стали лише деякі норми, які стосуються зобов'язально-правових аспектів обігу коносаментів, і виключно норми матеріального права. На думку М. Кларка, Конвенція мала не лише забезпечити уніфікацію права у визначеній сфері, а й виправити недоліки, що склалися у практиці використання коносаментів як комерційних документів¹.

Конвенційні положення охоплюють три групи питань: порядок складення та реквізити коносамента, відповідальність перевізника за шкоду, завдану вантажевідправникові, порядок пред'явлення вимог до перевізника. Конвенція про коносаменти не лише не містить визначення поняття цього товаророзпорядчого цінного папера, а навіть не дає повного переліку його реквізитів, вказуючи у п. 3 ст. 3 лише на три з них: дані про основні марки, необхідні для ідентифікації вантажу, кількість місць чи предметів або кількість чи вагу, а також дані про зовнішній вигляд та видимий стан вантажу. Інші реквізити, очевидно, мають встановлюватися національним правом. Умови набуття, збереження та втрати цінним папером властивостей товаророзпорядчого документа та речово-правові аспекти його обігу також залишилися поза сферою конвенційного регулювання і мають визначатися на рівні національних законодавств. Узагалі, як відзначає О. С. Кокин, ідея створення міжнародної типової моделі коносамента так і залишилася нереалізованою².

Основу Конвенції складають положення про відповідальність морського перевізника. Вона, зокрема, містить правила щодо відповідальності перевізника у зв'язку із видачею коносамента (статті 2, 3), випадків звільнення перевізника від відповідальності за пошкодження товару чи збитки (ст. 4), а також можливості висунення застережень (ст. 7). Усі коносаменти, що охоплюються сферою застосування Конвенції, мають містити певні стандартизовані умови, які визначають ризик перевізника, обсяг якого не може бути змінений навіть за згодою сторін. Відповідальність перевізника ґрунтується на принципі презумпції вини, яка має спростовуватися ним самим.

Видача коносамента, відповідно до п. 4 ст. 3 Конвенції, створює презумпцію приймання перевізником вантажу, який відповідає вказаним характеристикам. Ні перевізник, ні отримувач товару не повинен доводити цей факт, який Конвенція вважає встановленим унаслідок

¹ Clarke M. A. Aspects of the Hague Rules: A Comparative Study in English and French Law: The Hague: Nijhoff, 1976. P. 6.

² Кокин А. С. Товарораспорядительные бумаги в торговом обороте / А. С. Кокин. – М., 2000. – С. 31.

презумпції (яка, однак, підлягає спростуванню — Конвенція фактично надає перевізнику право висувати заперечення проти будь-якого держателя коносамента, що ґрунтуються на неточності чи неправильності даних, які в ньому містяться). На 12-й сесії дипломатичної конференції з морського права 1968 р. п. 4 ст. 3 Конвенції про коносаменти був доповнений важливим абзацем про те, що спростування презумпції не допускається якщо коносамент був переданий третьому добросовісному держателю. Таким чином, добросовісний держатель дістав можливість захисту від заперечень, які випливають із безпосередніх відносин боржника за коносаментом із його першим кредитором (відправником вантажу), що робить коносамент схожим із таким абстрактним цінним папером, як вексель. Разом з тим слід підкреслити, що Конвенція захищає лише добросовісного держателя, який не знав і не міг знати при отриманні документа про дефекти підстави вимоги свого попередника (на відміну, наприклад, від німецького та італійського законодавств, які передбачають, що перевізник зобов'язаний видати товар держателю коносамента в будь-якому випадку, навіть коли у нього є дані про існування іншої особи, яка також заявляє про свої права на товар).

Перевізник вправі відмовитися від всіх чи деяких своїх прав, передбачених Конвенцією про коносаменти, у тому числі від права на звільнення від відповідальності, або збільшити свою відповідальність та зобов'язання за умови, що така відмова або збільшення будуть включені до коносамента, що виданий відправникові (ст. 5). Крім того, перевізник чи відправник вправі включати в договір положення, умови, застереження та виключення відносно обов'язків та відповідальності перевізника за втрату чи збитки, що сталися з вантажем чи стосуються їх зберігання або обробки до чи після відвантаження із судна (ст. 7).

Брюссельський протокол 1968 р. розширив сферу застосування Конвенції про коносаменти: відповідно до нової редакції ст. 10, під її застосування підпадає будь-який коносамент, що використовується при перевезенні вантажів між портами двох різних держав, якщо коносамент виданий у договірній державі, перевезення здійснюється з порту в договірній державі або якщо в договорі прямо передбачається застосування правил цієї Конвенції або законодавства держави, що вводить її в дію, незалежно від національності судна, перевізника, відправника, отримувача чи будь-якої іншої заінтересованої особи. Кожна договірна держава має застосовувати до всіх таких коносаментів

положення цієї Конвенції, при цьому за нею визнається право розширити коло коносаментів, що підпадають під конвенційну сферу регулювання.

Крім того, Правила Вісбі встановили строк позовної давності за вимогами до перевізника про відшкодування шкоди, завданої вантажу, в один рік після його видачі отримувачу вантажу (п. 6 ст. 3 Конвенції). Відповідно до п. 6-*bis* ст. 3 регресний позов може бути поданий і після спливу цього строку, однак не пізніше строку, встановленого законом країни суду, що розглядає справу. Такий строк має становити не менше трьох місяців з дня, коли особа, що пред'являє регресний позов, задовольнила вимогу чи отримала повідомлення про порушення провадження за позовом до неї самої.

Прийняття Конвенції про коносаменти не стало завершальним акордом в історії уніфікаційних процесів у сфері обігу коносаментів. Потреби торговельного мореплавства обумовили проведення подальших кодифікаційних робіт у цій сфері, результатом яких стала розроблена в рамках Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) Гамбурзька конвенція ООН про морське перевезення вантажів 1978 р.¹ (т. зв. Гамбурзькі правила), яка набула чинності 1 листопада 1992 р. (далі — Гамбурзька конвенція).

Сфера її застосування є ширшою за Конвенцію про коносаменти: окрім випадків, передбачених ст. 10 Гаазько-Вісбійських правил, Гамбурзька конвенція застосовуватиметься і тоді, коли порт розвантаження чи один із опціональних портів розвантаження, передбачених у договорі перевезення, знаходиться на території договірної держави.

Коносаменту в Гамбурзькій конвенції присвячені ч. 7 ст. 1 та статті 14–16. На відміну від Гаазько-Вісбійських правил, Гамбурзька конвенція містить визначення поняття «коносамент» — ним є документ, який підтверджує договір морського перевезення та прийняття чи відвантаження вантажу перевізником і відповідно до якого перевізник зобов'язується здати вантаж проти цього документа (ч. 7 ст. 1). Частина 1 ст. 15 передбачає значно ширший перелік обов'язкових реквізитів коносамента, який, зокрема, включає дані про загальний характер вантажу, його зовнішній вигляд, найменування та місцезнаходження перевізника, найменування відправника вантажу, порти відвантаження та розвантаження відповідно до договору морського перевезення, кількість оригіналів коносамента, місце його видачі, підпис перевіз-

¹ Гамбургская конвенция ООН 1978 г. о морской перевозке грузов (Гамбургские правила) // Международное частное право : сб. нормат. док. – М., 1994. – С. 228–254.

ника, а також підвищену межу відповідальності, якщо вона була погоджена. Щоправда, відсутність будь-якого з таких реквізитів, згідно з ч. 3 ст. 15 Конвенції, не впливає на юридичний характер документа як коносамента, за умови, що він підпадає під визначення ч. 1 ст. 7. Водночас, відповідно до ч. 1 ст. 23 Гамбурзької конвенції, будь-яка умова в коносаменті є нікчемною тією мірою, якою вона прямо чи опосередковано суперечить цій Конвенції.

Гамбурзька конвенція передбачає можливість видачі перевізником на вимогу відправника вантажу т. зв. «бортового коносамента» після того, як товар було завантажено на борт судна. На додаток до вказаних вище даних, у ньому має вказуватися, що вантаж знаходиться на борту певного судна, а також дата завантаження. Раніше виданий коносамент чи інший товаророзпорядчий документ, виданий на цей вантаж, підлягає обміну на бортовий коносамент на прохання перевізника (ч. 2 ст. 15).

Частина 3 ст. 14 Конвенції закріплює правило, що форма підпису на коносаменті має відповідати законодавству держави його видачі; розширене тлумачення цієї норми дозволить віднести й інші елементи формальної дійсності до сфери застосування *lex loci actus*. Підпис на коносаменті має ставити перевізник або особа, що має повноваження від перевізника (наприклад, капітан судна).

Окрема стаття Гамбурзької конвенції присвячена внесенню застережень до тексту коносамента. Так, якщо в коносаменті містяться дані щодо вантажу, відносно яких перевізник чи інша особа, яка видає коносамент, знає, що вони неточно відповідають параметрам фактично прийнятого вантажу, або якщо в нього не було можливості перевірити такі дані, у коносамент має бути внесене застереження, що вказує на такі факти (ч. 1 ст. 16). За відсутності таких застережень вважається, що вантаж було прийнято таким, як він описаний в коносаменті, а перевізник у майбутньому не має права доводити зворотне, якщо коносамент був переданий добросовісній стороні, яка покладалася на опис вантажу в коносаменті (ч. 3 ст. 16).

Серед інших спроб уніфікації окремих норм щодо коносаментів слід згадати Будапештську конвенцію про договір перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами (КПВВ) від 22.06.2001 р. У ній коносаменту присвячена ст. 13, яка, зокрема, стосується питання правової природи коносаменту та наслідків його передачі іншій особі. Відповідно до ч. 1 цієї статті, оригінали коносамента є цінними паперами, що видаються на ім'я вантажоодержувача, ордерні або на пред'явника. Передача коносамента особі, уповноваженій відповідно

до коносаменту одержати вантаж, тягне ті самі наслідки, що й передача вантажу в тому, що стосується прав на одержання вантажу (ч. 3 ст. 13). Також цією Конвенцією передбачається неможливість оспорування презумпції прийняття вантажу у стані, описаному у коносаменті, або у доброго зовнішньому стані, якщо коносамент не містить інших застережень, у випадку якщо коносамент було передано добросовісній стороні, яка покладалася на опис вантажу у коносаменті (ч. 4 ст. 13).

У цілому ж можна констатувати, що, незважаючи на те, що за задумом розробників Гамбурзьких правил вони мали замінити собою Конвенцію про коносаменти, жодних принципово нових положень відносно цих товаророзпорядчих цінних паперів ними запропоновано не було. Більше того, ні Гамбурзька, ні Будапештська конвенції не поставили крапку в процесі міжнародної уніфікації норм про коносаменти, залишивши значне коло питань для регулювання на рівні національного законодавства та звичаїв міжнародного морського права. На сучасному етапі, коли здійснення міжнародних морських перевезень дедалі більше супроводжується передачею електронних повідомлень, уніфікація правил відносно вже електронних коносаментів стає важливим завданням уніфікаційного процесу.

ПИТАННЯ СУДОЧИНСТВА

В. Топчий, кандидат юридичних наук, Заслужений юрист України, генерал-майор міліції, заступник начальника Головного слідчого управління МВС України

Шляхи реформування кримінального судочинства України

Після здобуття у 1991 році незалежності Україна отримала у спадок систему радянського правосуддя, яка не відповідає сучасним уявленням щодо права як регулятора суспільних відносин. Змінився й вектор правозахисту — на першому плані захист прав людини. Майже два десятиліття Україна керується порядком розслідування кримінальних справ, встановленим ще Кримінально-процесуальним кодексом Української РСР (КПК) 1961 року, норми якого, згідно з висновками міжнародних експертів, створюють умови для порушення прав людини.

Відповідно, радикальне реформування процесуального кримінально-процесуального законодавства було визначено принципом Судово-правової реформи¹. Тому фактично з 1992 року судова система постійно перебуває в стані постійного реформування: змінюється матеріальне та процесуальне законодавство, створюються нові суди. Проте численні, до того ж іноді суперечливі законодавчі ініціативи, спрямовані на зміну системи правосуддя, свідчать про те, що процес реформування є непослідовним.

Недосконалість чинного КПК не можна усунути лише шляхом внесення змін або доповнень до старого закону. Чинний КПК потребує аброгації — скасування і заміни новим, сучасним законом². Для реалізації зазначеного, одразу після прийняття Концепції судово-правової реформи (Концепція) створено групу з розробки проекту нового КПК.

¹ Концепція судово-правової реформи в Україні : Затв. Постановою Верхов. Ради України від 28 квіт. 1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 30. – 426 с.

² Див.: Савонюк Р. Ю. Кримінально-процесуальний кодекс України: структура, зміст й особливості розвитку [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Soc_Gum/Kyuv/2009_1/1-5/27.pdf.

Згодом цілі реформування кримінального процесу були сформульовані детальніше у схваленій Президентом України в 2008 році Концепції реформування кримінальної юстиції¹. Ще одним поштовхом до реформування КПК стало входження України до Ради Європи, коли держава офіційно взяла на себе зобов'язання щодо прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу.

Крім того, 5 жовтня 2005 року Парламентською Асамблеєю Ради Європи прийнято Резолюцію № 10676 (2005) про виконання обов'язків та зобов'язань Україною. У пункті 5 цієї Резолюції Парламентська Асамблея закликає органи влади України: «Завершити підготовку нової версії проекту Кримінально-процесуального кодексу України та схвалити його без подальшого зволікання для виконання зобов'язання, початково встановлений кінцевий термін для якого минув у листопаді 1996 року. Остаточна версія проекту кодексу має розглядатись у парламенті лише після того, як буде отриманий та врахований висновок Ради Європи до цього остаточного тексту»².

Загалом в Україні було здійснено 8 спроб підготувати варіант КПК. Однак, більшості з цих проектів бракувало чіткої концепції оновлень кримінального процесу, які б забезпечили його відповідність міжнародним стандартам у сфері захисту прав людини та ефективну роботу правоохоронних органів. Нині на розгляді Верховної Ради України перебуває проект Кримінально-процесуального кодексу України (Проект) від 13 грудня 2007 року за реєстраційним № 1233³.

Оскільки, як вже зазначалося, кримінальна юстиція не зазнала суттєвих перетворень й не позбулася доктринальної спадщини «радянської доби», потрібно вирішити завдання, пов'язані з реорганізацією правоохоронної системи на шляху інтеграції до Європи. Саме тому як «модель» реформування кримінальної юстиції України найбільш прийнятною вважається, на думку А. Портнова, «модель» кримінальної системи країн Західної Європи (ФРН, Франції тощо) та США, у яких

¹ Концепція реформування кримінальної юстиції України : затв. Указом Президента України від 8 квіт. 2008 р. // Офіц. вісн. Президента України. – 2008. – № 12. – С. 128.

² Документ № 10676 Парламентської Асамблеї Ради Європи від 5 жовтня 2005 року. Резолюція № 1466 (2005) про виконання обов'язків та зобов'язань Україною [Електронний ресурс] // Лабораторія законодавчих ініціатив. Новини. – Режим доступу: 05 10 00:24 http://www.parliament.org.ua/index.php?action=news&ar_id=1219&as=0.

³ Проект Кримінально-процесуального кодексу України, реєстраційний № 1233 від 13 груд. 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31115.

практично повністю відсутнє досудове слідство¹. Погоджуючись із думкою про необхідність реорганізації системи кримінальної юстиції, необхідно зазначити, що реформа повинна бути поетапною, з науково-практичним обґрунтуванням, врахуванням як особливостей розвитку національної правової системи, так і міжнародного досвіду.

З метою вирішення практичних проблем та усунення суперечностей у Проекті КПК розпорядженням МВС України від 08.06.2010 № 451 створено робочу групу із доопрацювання Проекту, до складу якої увійшли керівники структурних підрозділів МВС та вищих навчальних закладів. 21 липня 2010 року під головуванням заступника Міністра — начальника Головного слідчого управління МВС України проведено першу робочу зустріч з членами зазначеної групи, на якій були обговорені попередні пропозиції до оновленого варіанту проекту КПК України. Проект концептуально відрізняється від тих, що вже розглядалися і навіть приймалися Верховною Радою України у першому читанні.

По-перше, згідно з нормами Проекту КПК України, досудове розслідування здійснюється у формі дізнання та досудового слідства. Повноваження органів дізнання залежать від того, чи є у даній справі досудове слідство обов'язковим, що в свою чергу визначається тяжкістю злочину та іншими обставинами. У справах про тяжкі та особливо тяжкі злочини досудове слідство є обов'язковим, а у справах про інші злочини (невеликої і середньої тяжкості), за винятком певних злочинів, питання необхідності проведення досудового слідства вирішує прокурор чи суд за клопотанням учасників судового розгляду (п. 1 ч. 2 ст. 219 Проекту). Однак із зазначеним положенням не можна погодитися у зв'язку з тим, що відповідно до ст. 124 Конституції України основним завданням суду є здійснення правосуддя².

По-друге, запропонована, на нашу думку, більш досконала система органів досудового розслідування, до якої входять слідчі підрозділи Служби безпеки України, органів внутрішніх справ, податкової міліції та Військової служби правопорядку у Збройних Силах України (ст. 215), а слідчі підрозділи прокуратури ліквідуються, відповідно до п. 9 Перехідних положень Конституції України. Отже, прокурор не має права вже особисто проводити як досудове слідство у цілому, так і окремі слідчі дії. Проте ст. 31 Проекту передбачається, що прокурор здійснює

¹ Геда Е. Все в суд: Глава государства Янукович взялся за реформу уголовной юстиции / Е. Геда // Коммерсантъ. – 2010. – № 115 (1163). – 9 июля. – С. 1–2.

² Висновок Головного науково-експертного управління [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31115.

кримінальне переслідування у досудовому провадженні, у ст. 255 — прокурор здійснює огляд місця події, у ст. 302 — закриває провадження у кримінальній справі тощо. У той же час функції нагляду за законністю проведення досудового слідства покладаються теж на прокурора, що викликає сумніви в об'єктивності проведення як окремих слідчих дій, так і досудового провадження у цілому.

По-третє, пропонується ввести інститут «скороченого досудового провадження» на зразок протокольної форми підготовки матеріалів, що є важливим кроком на шляху сприяння встановлення оптимального навантаження на слідчих. Так, станом на грудень 2009 року в слідчих підрозділах ОВС працювало 12 244 слідчі, якими в період з 1 січня по 31 грудня 2009 року порушено 265 209 кримінальних справ, що на 22 054 справи — 9,1 % більше аналогічного періоду 2008 року.

Застосування спрощеного порядку провадження у кримінальних справах буде доцільним у практичному плані, якщо воно: сприятиме зміцненню законності в державі; скорочуватиме час з моменту вчинення злочину до застосування покарання до винного; повністю забезпечуватиме реалізацію прав і обов'язків особами, що беруть у ньому участь; не порушуватиме єдності порядку кримінального судочинства; буде спрямоване на вирішення завдань, що стоять перед органами, які ведуть боротьбу зі злочинністю¹.

Разом з тим, на думку В. Стулова та В. Щолкіна, спрощений порядок судового розгляду не варто застосовувати: у справах щодо неповнолітніх та осіб, які через фізичні чи психічні вади, похилий вік повною мірою не можуть реалізувати своє право на захист від обвинувачення; у разі, коли санкції передбачають застосування покарання у вигляді довічного позбавлення волі; у справах, де матеріали щодо однієї або декількох осіб, які заперечують свою вину, виділені в окреме провадження; у справах, матеріали досудового слідства яких містять дані про можливість застосування до підозрюваних, обвинувачених чи підсудних непроцесуальних заходів впливу².

На нашу думку, в Проекті доцільно закріпити право підсудного та його захисника ініціювати застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ, оскільки, це, по-перше, сприятиме подальшій реалізації принципу змагальності, з позицій якого суд повинен

¹ Джига М. В. Провадження дізнання в Україні [навч.-практ. посіб.] / М. В. Джига, О. В. Баулін, С. І. Лук'янець, С. М. Стахівський. – К., 1999. – С. 137.

² Щолкін В. Визнання вини підсудним як спосіб спрощення кримінального процесу: «за» і «проти» / В. Щолкін, О. Стулов // Вісн. прокуратури. – 2002. – № 11. – С. 66.

бути пасивним у доказуванні, а по-друге, служитиме додатковою гарантією забезпечення та захисту прав і законних інтересів підсудного.

Нині багато науковців висловлюють думку щодо декриміналізації деяких складів злочину, зокрема ст. 309 КК України, обґрунтовуючи свою позицію тим, що за ознаками складу вказаного злочину порушена значна кількість кримінальних справ (тільки у поточному році вже понад 20 тис.). Однак, на нашу думку, декриміналізавши певні склади злочинів, фактична кількість таких проявів не зменшиться, а навпаки, ймовірно, сплативши штраф, особа продовжуватиме протиправну діяльність. Тому вважаємо за необхідне розширити перелік складів злочинів, у яких проводиться скорочене досудове провадження, доповнивши ст. 213 проекту КПК: ст. 134 (незаконне проведення абортів), ч. 1 ст. 165 (ухилення від сплати коштів та утримання непрацездатних батьків), ст. 178 (пошкодження релігійних споруд чи культових будинків), ч. 1 ст. 289 (незаконне заволодіння транспортним засобом), ст. 297 (наруга над могилою), ст. 185 (крадіжка), ст. 186 (грабіж), ст. 190 (шахрайство), ст. 213 (порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом), ст. 225 (обман покупців та замовників), ст. 226 (фальсифікація засобів вимірювання).

По-четверте, передбачено ввести інститут заочного розслідування та заочного судового розгляду (глава 51 проекту КПК).

Однак у Проекті не враховані обставини, за яких обвинувачений не визнає вину та готовий надати докази щодо спростування підозри у вчиненні ним злочину, але не бажає повертатися на територію України чи відмовляється від давання показань. З метою усунення зазначених недоліків, на думку С. П. Головатого, норми, що регулюють особливості заочного провадження у кримінальних справах, необхідно виключити з Проекту. Адже відповідно до Конвенції «Про ратифікацію Європейської Конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків» Україна відмовлятиме у виконанні вироків, постановлених за відсутності підсудного, а отже, і норми, що стосуються заочного провадження у кримінальних справах, підлягають виключенню. В. В. Онопенко зазначає, що заочне провадження у кримінальних справах позбавлятиме особу можливості користування наданими їй процесуальними правами, у тому числі й захисту від обвинувачення, а також порушуватиме принцип змагальності і диспозитивності¹.

¹ Маляренко В. Т. Побудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: теорія, історія, практика 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/content/42-заочне-провадження-у-кримінальному-судочинстві-україні?page=11>.

На нашу думку, усуненню суперечностей норм стосовно порядку проведення заочного розслідування і заочного судового розгляду сприятиме деталізація правозастосування. Крім того, досудове слідство не є обов'язковим у справах приватно-публічного обвинувачення, за винятками, коли за певних умов справа порушується і розслідується на загальних підставах, а також за письмовою згодою особи, стосовно якої порушується справа, і потерпілого. У таких випадках також має здійснюватися скорочене досудове провадження.

У Проекті виключено право суду на порушення кримінальної справи за скаргами приватного обвинувачення. Цю категорію справ планується віднести до приватно-публічного провадження з установленням щодо неї спрощеного порядку досудового провадження у формі дізнання, згідно з яким органом дізнання провадиться попередня перевірка за заявою потерпілого, за наявності підстав порушується справа, пред'являється обвинувачення, здійснюється ознайомлення обвинуваченого, його захисника, потерпілого з матеріалами справи і справа за згодою прокурора направляється до суду, де обвинувачення підтримує сам потерпілий. Зазначені зміни є позитивними, оскільки сприятимуть уникненню винесенню ОВС необґрунтованих постанов про відмову в порушенні кримінальних справ.

Уведено інститут слідчого судді і визначено його повноваження, до яких віднесено забезпечення додержання конституційних прав і свобод фізичних і юридичних осіб у стадії досудового провадження, зокрема: вирішення питань про взяття і тримання особи під вартою, про проникнення до житла або іншого володіння особи для проведення огляду чи обшуку, про накладення арешту і огляду поштової, телеграфної та іншої кореспонденції, застосування технічних засобів одержання інформації, розгляд скарги на процесуальні дії та рішення особи, яка здійснює дізнання, органу дізнання та слідчого. Відповідно до чинного КПК України подання органів дізнання, досудового слідства та прокурора про проведення слідчих дій і застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а також скарги учасників кримінального процесу розглядаються судьями судів загальної юрисдикції, що суттєво підвищує їх навантаження і тому в ряді випадків негативно позначається на рівні правової захищеності особи та оперативності виконання завдань кримінального судочинства. Утім специфіка виконуваної судом функції на досудовому провадженні по кримінальній справі зумовлює необхідність її здійснення окремим суб'єктом судової

влади, до компетенції якого не належатиме вирішення справи по суті. Таким суб'єктом і має стати слідчий суддя¹.

Також позитивним у проекті КПК України є більш детальна регламентація попередньої перевірки і вирішення заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини й закріплення прав і обов'язків учасників перевірки. Адже нині складність (а то й нереальність) прийняття рішень у передбачені ст. 97 КПК строки обумовлена перш за все відсутністю узгодженості між строками прийняття рішень за заявами та повідомленнями про злочини та строками проведення експертних досліджень. З метою вирішення зазначеної проблеми у проекті КПК України збільшено строк проведення перевірки заяв та повідомлень про вчинений чи підготовлюваний злочин — від 5 діб до 3 місяців (статті 186–208) та ін.

Помітний крок зроблено й у регламентації оперативно-розшукової діяльності — унормовано легалізацію доказів, одержаних у ході ОРД (ст. 640 Проекту). Крім того систему запобіжних заходів доповнено «передачею під нагляд міліції», що потребуватиме внесення змін до відомчих нормативно-правових актів. У порівнянні з чинним КПК більш детально регламентовано процес доказування у кримінальній справі, що дозволяє виключити обов'язковість проведення значної кількості слідчих дій, необхідність проведення яких є формальною.

Уведено окрему главу «Припинення кримінального переслідування», яка передбачає досі відсутній у проекті порядок припинення переслідування судом при згоді обвинуваченого (скорочений), а при незгоді — досудове і судове слідство зі встановленням і дослідженням доказів вини та подальшим звільненням від кримінальної відповідальності. Та оскільки Проект не передбачає поділу підстав припинення провадження на реабілітуючі та нереабілітуючі, немає необхідності запитувати згоду обвинуваченого й підсудного на закриття справи внаслідок акту амністії (ч. 3 ст. 174 проекту КПК).

Уперше вводиться порядок регламентації закриття справ у зв'язку з декриміналізацією, а також коли Особливою частиною Кримінального кодексу передбачено спеціальну підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності. За строками давності, якщо особу винного не встановлено, провадження закривається прокурором, а не судом, як нині. Якщо діяння втратило суспільну небезпечність, то його має бути декриміналізовано. Тому ст. 176, яка передбачає порядок за-

¹ Див.: Скрипіна Ю. В. Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008 – 18 с.

криття провадження в кримінальній справі та звільнення особи від кримінальної відповідальності і від покарання внаслідок зміни обстановки, суперечить у цій частині ст. 175. У зв'язку із зазначеним вважається за необхідне ст. 176 виключити з проекту КПК.

У цілому значна частина норм Проекту відповідає положенням Європейської конвенції та Європейським правовим принципам, проте є положення, які потребують детального регулювання і, можливо, кардинальних змін.

Так, Проектом фактично передбачена ліквідація функцій органів досудового слідства в нинішньому їх вигляді, наділення їх повноваженнями лише проведення дізнання. Обмежено право органу досудового слідства самостійно порушувати кримінальну справу, проводити досудове слідство, формувати кримінальну справу, пред'явлення обвинувачення й направлення справи до суду. В проекті КПК України це віднесено до повноважень прокурора.

У статті 215 Проекту визначена система досудового слідства, до якої віднесені слідчі підрозділи: Служби безпеки України, органів внутрішніх справ, податкової міліції, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України (ВСП ЗСУ). Із цієї системи виключені слідчі підрозділи органів прокуратури. Та необхідно зазначити, що створення у ВСП ЗСУ слідчих підрозділів потребує розробки нової штатної структури цієї служби, встановлення нових організаційно-правових засад діяльності органів досудового слідства ВСП ЗСУ. Отже, фактично у Проекті йдеться про реформування системи досудового слідства¹.

Крім того, викликає занепокоєння питання процесуальної самостійності слідчого (ст. 37 Проекту), яка згідно зі ст. 53 (відвід захисника), ст. 127 (закінчення розслідування справи в частині доведеного обвинувачення) та ст. 270 (накладення арешту на майно) обмежується прокурором, що проявляється в необхідності отримання слідчим дозволу на проведення значної кількості процесуальних дій. Звуження самостійності слідчого у прийнятті процесуальних рішень по суті зводить окремі функції до «технічної роботи» слідчого.

У контексті розгляду питання процесуальної самостійності слідчого слід зазначити, що згідно з ч. 2 ст. 34 проекту КПК досудове слідство здійснюється слідчим одноособово групою слідчих у порядку,

¹ Зауваження та пропозиції Судової палати у кримінальних справах та правового управління Верховного Суду України до проекту Кримінально-процесуального кодексу України (реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>.

визначеному Проектом. У пункті 2 ч. 1 ст. 35 зазначено, що слідчий самостійно приймає всі рішення про спрямування слідства і про провадження слідчих та інших процесуальних дій за винятком випадків, коли відповідно до вимог Проекту передбачено одержання рішення суду чи згоди прокурора, і несе повну відповідальність за їх законне та своєчасне проведення, а також за результати розслідування справи в цілому. Однак п. 4 ч. 1 ст. 32 зазначені права слідчого обмежуються правом прокурора давати письмові вказівки щодо попередньої перевірки заяв, повідомлень та іншої інформації про злочин та їх розслідування, кваліфікацію злочину, проведення окремих слідчих дій та розшук осіб, які вчинили злочин, брати участь у проведенні особою, яка здійснює дізнання, слідчим слідчих дій та особисто проводити їх.

Положення деяких статей викликає сумніви щодо створення умов для об'єктивності прийняття рішень. Так, згідно зі ст. 209 прокурор наділений правом складання висновку про відсутність підстав для порушення провадження у кримінальній справі, а відповідно до положень ст. 211 він же здійснює нагляд за законністю відмови в порушенні провадження у кримінальній справі. Крім того, згідно зі статтями 232–235 прокурор уповноважений на пред'явлення обвинувачення. Однак він фактично не має змоги здійснювати ці слідчі дії у всіх кримінальних справах, за провадженням в яких наглядає, через те, що вони потребують не лише у повному обсязі знання справи, без чого неможлива правильна юридична кваліфікація діяння, а й певного часу. На підтвердження зазначеного слід відмітити, що після пред'явлення обвинувачення обвинуваченого допитує не прокурор, а слідчий (ст. 242 Проекту КПК).

Деякі положення Проекту не мають практичної необхідності або є декларативними. Наприклад, відповідно до п. 4 ст. 45 у разі відмови підозрюваного поставити підпис у протоколі про роз'яснення його прав, слідчий зобов'язаний протягом 24 год повідомити про це прокурора, однак, який кримінально-процесуальний результат це матиме — Проект не деталізує.

Стаття 212 Проекту передбачає можливість проведення невідкладних процесуальних дій лише під час дізнання, та їх вичерпного переліку не визначено, оскільки згідно зі ст. 212 до них належать: затримання, обшук, виїмка, освідування, огляд, допит підозрюваного, потерпілого, свідків, інші слідчі та процесуальні дії.

Зміст деяких статей Проекту не регламентує порядок здійснення певних процесуальних дій, що зумовлює виникнення нових питань.

Зокрема, ст. 194 передбачається відповідальність за ухилення від реєстрації заяв. Та у ч. 2 ст. 189 зазначено, що анонімні заяви не можуть служити приводом до початку провадження, без вказівки на необхідність їх реєстрації. Тому виникає питання — чи необхідно реєструвати анонімні повідомлення і чи нестиме суб'єкт, який не зареєстрував таке повідомлення, відповідальність у порядку ст. 194. Це положення потребує деталізації. Крім того, як у чинному, так і в Проекті відсутнє положення, де було б зазначено, яким чином здійснюється з'ясування обставин, що характеризують особу обвинуваченого (підсудного) під час досудового слідства та під час судового розгляду.

Привертає увагу й те, що відповідно до ст. 46 Проекту засудженою особою вважається з моменту ухвалення обвинувального вироку, а не з моменту набрання ним чинності.

Деякі норми Проекту виходять за межі сфери кримінально-процесуальних відносин. Зокрема, положення ст. 144 є предметом Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Отже, зміни системи кримінального процесу в Україні не можуть бути запроваджені без проведення фундаментальних наукових досліджень, врахування напрацювань вітчизняних науковців і практиків та закордонного досвіду організації системи кримінального судочинства (зокрема, Російської Федерації), узгодження із системою чинного законодавства.

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

Д. Вовк, кандидат юридичних наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Правові системи християнських країн (особливості та проблема неоднорідності)

Християнство завжди виступало і продовжує виступати потужним чинником формування і функціонування права Західного світу. Саме християнство як в історичному, так і ідеологічному аспектах, є однією з передумов розвиненості і важливості правового регулятора у західних суспільствах¹, що актуалізує необхідність дослідження ролі цієї релігії у становленні правових систем відповідних держав, у тому числі й України. Метою цієї статті є аналіз вихідних особливостей правових систем християнських країн, що обумовлені впливом християнського віровчення в умовах неоднорідності такого впливу.

Перш за все необхідно відмітити, що християнська доктрина є сприятливою для формування правового регулятора, а відповідно — для становлення правової системи. Пояснюється це тим, що у християнстві чітко проглядається осмислення людської особистості як наділеної свободою духовної реальності². Людина вважається відображенням Божественної особистості, оскільки створена за образом і подобою Бога, а тому їй (хоча б потенційно) властива абсолютність Божествен-

¹ Як зазначає французький історик Ф. Бродель, християнство Заходу було і залишається найважливішою складовою частиною європейської думки (у тому числі і правової. – Д. В.) і навіть раціоналізму, який виник з християнства і одночасно проти нього (див.: Бродель Ф. Грамматика цивілізацій / Ф. Бродель; предисл. М. Эмара; пер. с фр. Б. А. Ситников. – М., 2008. – С. 328). Відповідно сучасне західне право, будучи по суті продуктом і результатом секуляризації, на глибинному рівні зберігає зв'язок з християнською ідеологією, відчувачи її вплив як на етапі формуванні, так і реалізації (див.: Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення / Д. О. Вовк. – Х., 2009. – С. 67–115, 199–201).

² Лозовий В. О. Саморозвиток особистості у філософській рефлексії та соціальній практиці: монографія / В. О. Лозовий, Л. М. Сідак. – Х., 2006. – С. 60.

ного буття, що полягає принаймні у широких творчих можливостях індивіда, за яким, таким чином, визнається автономія волі. Здатність людини визначати свою долю і керувати своїми вчинками та етичний орієнтир цих вчинків у вигляді Бога створює необхідне підґрунтя для розмови про право як заснованої на уявленнях про справедливість міри свободи. А теза про рівність людей у священних таїнствах (хрещенні, причащенні, сповіданні), що згодом буде перенесено і у мирську сторону буття, додає до розуміння права категорію рівності.

Крім того, християнство обґрунтовує не тільки можливість, а й необхідність життєвої творчості, активності християнина. Л. Фуллер звертав увагу на те, що вже ранні християни до смертних гріхів зараховували мляву байдужість¹. Е. Фромм наводив думку Фоми Аквінського, який наголошував на необхідності людських зусиль для спасіння, навіть якщо добра воля і потребує господньої підтримки². Інакше кажучи, активна життєва позиція, приділення уваги не тільки релігійним ритуалам, внутрішньому самовдосконаленню, але і «добрим вчинкам»³, створюють необхідні світоглядні передумови розвитку тих суспільних відносин, що найбільш ефективно унормовуються за допомогою права (подібне ми бачимо і в ісламі та іудаїзмі, але там ця ідея не підкріплюється відмежуванням права від релігії). Більш того, правове регулювання таких відносин набуло релігійної підтримки. Так, католицькими каноністами була обґрунтована думка не тільки про неправомірність, а й гріховність порушення умов укладеної угоди⁴. Німецький філософ В. Гьосле відмічає, що кальвінізм релігійно виправдав невластиве першим християнам бажання прибутку⁵, що стимулювало розквіт економічної діяльності, а разом з тим і відповідних галузей права (договірного, торгового, податкового). Усе це обумовлювало і обумовлює важливість права в житті християнина⁶.

¹ Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер ; пер. з англ. Н. Комарової – Киев, 1998. – С. 22.

² Фромм Э. Бегство от свободы / Э. Фромм : пер. с англ. – М., 1989. – С. 67.

³ Як вказується у посланні апостола Якова, «людина виправдовується від справ, а не тільки від віри» (Як., 2:24).

⁴ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г. Дж. Берман ; пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика. – М., 1999. – С. 230–231.

⁵ Гьосле В. Практична філософія в сучасному світі / В. Гьосле ; пер. з нім., примітки та післямова А. Єрмоленка. – К., 2003. – С. 126.

⁶ Причому йдеться про християнина в широкому сенсі як носія християнської етики, адже, як зазначається в літературі, сьогоdnішній європеець, хоча і є у масі своїй атеїстом, все ще залишається прихильним до християнської етики, фундамент його поведінки закладений у християнській традиції (див.: Бродель Ф. Грамматика цивілізацій. – С. 328).

До цього слід додати, що, як відомо, у Новому Завіті не має влади не від Бога (Рим., 13:1). Як вказував Фома Аквінський, усе, що «почало бути, почало бути через Бога. Тому усі речі мають життя у Богові»¹. Ця теза повною мірою стосується і державно-правових явищ та дає можливість говорити про несправедливість правителів, але не самого інституту влади та створює базис для розвитку державної організації соціуму і підтримання в ньому правопорядку. Як зазначав німецький теолог Я. Беме, з одного боку, володар, має вчитися справедливості, адже він є чиновником Божим, а з другого — мирянин повинен коритися і підпорядковуватися Божим установам (зокрема, і державі)². У свою чергу, становлення ж міцної державної влади сприяло формування розгалуженої внутрішньо впорядкованої системи позитивного права, наявність якої є характерною для всіх країн західної цивілізації.

Головною особливістю правових систем християнських країн є секуляризованість права, його відокремлення від релігії. Відправним пунктом щодо цього є слова Ісуса Христа у Нагірній проповіді: «Отже, в усьому, як хочете, щоб з вами поводитись люди, так поведіться і ви з ними, бо в цьому є закон і пророки» (Матв., 7:12), тобто, як бачимо, природа права є не тільки божественною, але містить певний елемент конвенційності: законом є те, про що домовились люди, заради підтримання цілісності спільноти. Подібне розуміння дозволяє Аквінату розрізняти не тільки божественний закон, а й закон природний, який настільки раціональний, що будь-яка розумна людина здатна його зрозуміти без сторонньої допомоги³. Наступним логічним кроком після цього стане сформульована Г. Гроцієм думка про те, що природне право настільки непорушне, що не може бути змінено навіть самим Богом⁴, тобто право набуває ознак самостійного суспільного регулятора. Секуляризованість права означає, що релігія перестає бути визначальним чинником функціонування правової системи, а право набуває власної автономно обґрунтованої цінності. Релігійний вплив відбувається переважно у непрямих формах (вплив на правову ідеологію, науку, підтримання або заперечення тих чи інших інститутів права),

¹ Аквинский Фома. Сумма теологий : в 4 ч. / Фома Аквинский ; пер. с лат. С. Еремеева, А. Юдина. – Киев ; СПб., 2006. – Ч. 1. – С. 246.

² Беме Я. О тройственной жизни человека / Я. Беме : пер. с нем. И. Фокина. – СПб., 2007. – С. 285.

³ Цит. за: Ллойд Д. Идея права / Д. Ллойд ; пер. с англ. М. А. Юмашевой, Ю. М. Юмашева ; науч. ред. Ю. М. Юмашев. – М., 2002. – С. 91.

⁴ Гроций Г. О праве войны и мира / Г. Гроций ; пер. с лат. А. Л. Сакетти ; под. общ. ред. С. Б. Крылова. – М., 1957. – С. 91.

не пов'язаних із безпосереднім державним санкціонуванням релігійних настанов. Одним з аспектів відокремлення права від релігії є відділення церкви від державних органів держави.

Секуляризованість права означає також зміни у його функціональному навантаженні. Функція об'єднання суспільства, більш притаманна релігії і моралі як регуляторам внутрішньої поведінки людини, у секулярній правовій системі стає другорядною, поступаючись безпосередньо функції регулювання і охорони суспільних відносин, тобто спеціально-юридичні функції права домінують над загальносоціальними.

Наступна ознака правових систем християнських країн пов'язана з універсалістським характером християнського віровчення. Як вказується у посланні апостола Павла до колосян, серед християн немає ані єліна, ані іудея, ані варвара, ані скіфа, але усі у Христі і у всьому Христос (Кол., 3:11)¹. Універсалізм християнства позначився і на досліджуваних правових системах, адже саме усередині християнського світу починає доктринально розвиватися теорія міжнародного права, тобто системам цієї групи властива висока здатність до інтеграції, що виявилось у феномені правової системи Європейського Союзу².

Специфіка правових систем християнських країн відображається і у вихідних засадах функціонування держави. Як уже зазначалося, згідно з християнською доктриною кожна влада (у тому числі публічна) іде від Бога, що є основою поєднання негативного ставлення до несправедливої держави поряд з ідеєю покорі владі³. Ідея підпорядкованості правителя божественному праву, поєднана із секуляризованим мисленням, створює необхідні умови для розуміння зв'язаності політичної влади вимогами права, тобто теорії верховенства права, одним із аспектів якої є верховенство конституції як основного закону держави⁴.

¹ Нагадаємо, що християнство є єдиною традиційною релігією, в якій віруючі (наприклад, в Африці, Південній Америці чи Південно-Східній Азії) вірять у Бога, котрий на них зовнішньо не схожий.

² Крім того, правовим системам християнського світу фактично вдалося вийти за межі своєї цивілізаційної основи, транспортувавши свої цінності, принципи побудови, техніко-юридичні особливості до правових систем незахідних країн. Ані ісламська, ані китайська чи індійська правові системи цього зробити не спромоглися.

³ Оборотов Ю. Н. Традиции и обновления в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права) : монография / Ю. Н. Оборотов. – Одесса, 2002. – С. 72.

⁴ Показово, що принцип верховенства конституції як Основного Закону, правовий характер якого є апіорним, фактично відсутній у нехристиянських країнах. Зокрема, в ісламських державах роль основного закону беззаперечно закріплена за Кораном, а наявність конституцій є скоріше наслідком рецепції західних правових форм. У Державі Ізраїль конституції як правового феномену взагалі немає.

Крім того, практика діяльності та політичні прагнення католицької церкви епохи Середньовіччя дозволили створити міцну протизаг державній владі в особі церковних органів¹. Боротьба церкви і держави стала своєрідним прообразом контролю за державою з боку недержавних утворень, який вже у Новий час розвивався у вигляді діяльності громадянського суспільства². Це значно знизило дискреційність державної діяльності у сфері законотворчості, правозастосування та сприяло розвитку демократичних інститутів³.

Коротко сформулювавши основні особливості правових систем, зазначимо, що вплив християнства на генезис і функціонування правових систем країн Західного світу не є однорідним. Попри наявність єдиного ідеологічного базису, що дозволяє об'єднати в єдину смислову групу, наприклад, правові системи Німеччини, Італії, Польщі, України, Росії, поділ на течії усередині християнства позначився і на певній специфіці правових систем країн західного (католицизм, протестантизм⁴) і східного (православ'я) християнства. Як небезпідставно вказують В. О. Лозовий, В. М. Сідак, католики «врешті-решт визначають ступінь релігійно-морального розвитку особистості як суму добродесних справ чи аскетичних подвигів, натомість православ'я, у першу

¹ Вихідною тезою, на підставі якої церква змогла протиставити себе державі, служила, зокрема, ідея про те, що Бог у християн не лише над світом, а й у світі, тобто церква виступає не лише як сукупність віруючих (релігійна громада), а як містичне тіло Христове – особливий світ усередині світу зі своїми законами і місією (див.: Салмин А. М. Современная демократия: очерки становления / А. М. Салмин. – 2-е изд., расш. и испр. – М., 1997. – С. 169).

² Власне ця боротьба заклала підвалини специфічної національної міцності європейських держав, коли кожен європеєць відчував себе одночасно і членом релігійної громади (християнином), і членом держави (англійцем, німцем, французом тощо). Причому інтереси цих спільнот можуть не збігатися. Такий дуалізм парадоксально став умовою єдності кожної окремої нації. Як відмічав Х. Ортега-і-Гассет, будь-яку національну єдність слід розуміти як динамічну систему. І щоб вона жила, в ній обов'язково мають бути присутні як відцентрові, так і доцентрові сили. Доцентрові тенденції потребують для свого зміцнення у протилежному: у відцентрових імпульсах різнорідних груп (прообразом чого виступає «державо-церква». – Д. В.). Без останніх спаяність слабшає, держава розпадається на частини, які починають жити окремо (див.: Ортега-і-Гассет Х. Дегуманізація мистецтва. Бесхребетная Испания / Х. Ортега-і-Гассет ; пер. с исп. С. Л. Воробьевой, А. Б. Матвеева. – М., 2008. – С. 79–80).

³ Державно-церковна боротьба мала ще один наслідок. Прагнення обґрунтувати перевагу церковного права над світським і навпаки надала імпульс розвитку філософських і наукових досліджень у цій сфері, що разом стало одним із чинників бурхливого розвитку правової науки, яка вже у XIII ст. починає виокремлюватися з богослов'я.

⁴ Зазначимо, що відмінності, хоча і не настільки значні, спостерігаються і між правовими системами протестантських і католицьких країн.

чергу, орієнтується у цьому питанні на чистоту, енергію і стабільність спрямування усіх сил, де головне значення мають не справи, а прагнення їх зробити»¹. Тут доречно згадати відому притчу Христа про робітників у винограднику, підсумком якої є фраза про те, що «будуть останні першими, а перші — останніми» (Матв., 20:16), тобто винагорода в іншому світі залежатиме не від життєвої активності людини, а від її добродійності. Звертаючись до цієї проблематики, В. Г. Шемятенков зазначає, що «для долі західної Європи величезне значення мало те, що нею був сприйнятий урбаністичний і раціоналістичний варіант християнського вчення. Цей духовний початок західноєвропейської цивілізації, що втілювався пізніше у католицтві, значно відрізнявся від аграрного різновиду вчення Христа, що був покладений в основу східного православ'я»².

Вважаємо, що з більшістю із вказаних моментів до певної міри можна погодитись. Дійсно, православ'я на відміну від західного християнства не пережило епоху реформації, яка не тільки раціоналізувала віровчення, але й надала у вигляді теорії «двох мечів» М. Лютера потужний імпульс для відмежування права від релігії, а держави — від церкви. Крім того, православна доктрина, як уже вказувалось, не визнає концепції чистилища, і поділяє світ виключно на сфери раю і пекла, а вчинки людини — на такі, що бажані і не бажані Богом. Подібні фактори, поєднані з орієнтованістю православної людини на внутрішній світ, містять основу для недооцінки ролі права, правового нігілізму, надання переваги іншим суспільним регуляторам (мораль, релігія, корпоративні норми), що спрямовані не на безпосереднє упорядкування людських стосунків, а на виховання індивіда у певному дусі. Менша, порівняно із західним християнством, відокремленість права від релі-

¹ Лозовий В. О. Саморозвиток особистості у філософській рефлексії та соціальній практиці. – С. 64, 65.

² Шемятенков В. Г. Европейская интеграция : учеб. пособие / В. Г. Шемятенков. – М., 2003. – С. 11. Принциповість цього вибору можна проілюструвати на прикладі слів Христа з Нагірної проповіді: «Мирись з суперником своїм ... щоб не віддав він тебе судді... і не посадили тебе до в'язниці; істинно тобі кажу: не вийдеш ти звідти, доки не віддаси усе до останнього кодранту» (Матв., 5:25, 26). Якщо у західній традиції християнства ця теза згодом була використана для обґрунтування необхідності додержання певних принципів у роботі публічно-правових інститутів (у тому числі суду), то у православ'ї зазначений вислів (особливо накладений на колективістську свідомість, нездатність індивіда відчутти себе суб'єктом права і відповідно звертатись за його захистом) мав наслідком заперечення віруючим цінності самих публічно-владних установ, свідоме уникнення контакту з ними, поєднане із зовнішньою лояльністю.

гії є одним із факторів, що обумовлює домінування у православному суспільстві колективних інтересів над приватними.

Крім того, у православ'ї (особливо у його російському варіанті) церква майже ніколи не виступала опонентом держави і навіть була фінансово від неї залежна¹. Російська православна церква у синодальний період свого розвитку взагалі була фактично підпорядкована державі. Достатньо сказати, що вищий церковний орган — Священний Синод очолювався світським державним чиновником (обер-прокурором). Ідеалом державно-церковних відносин у східному християнстві виступає так звана «симфонія влад», в якій церковна і державна влада зливаються². Подібна концепція, безумовно, не сприяла формуванню громадянського суспільства та демократичних традицій у православних країнах.

Іншою особливістю православ'я є автономність його церков (М. О. Бердяєв називав це явище «церковний націоналізм»³), які не мають всесвітнього центру і досить часто зорієнтовані на пошук власного, часто ізоляціоністського шляху⁴. Це обумовлює меншу здатність державно-правових інститутів країн східного християнства до інтегрування з іншими культурами і знижує рівень притаманного правовим системам країн західного християнства універсалізму⁵.

Таким чином, перелічені вище ознаки групи повною мірою властиві саме правовим системам католицьких та протестантських країн. Правові системи країн православ'я мають особливості, пов'язані з доктринальною специфікою східного християнства.

¹ Див: Андреева Л. А. Христианство и власть в России и на Западе: компаративный анализ / Л. А. Андреева // Общественные науки и современность. – 2001. – № 4. – С. 90.

² Показово, що ще на початку ХХ століття російська православна філософія в особі, наприклад І. О. Ільїна, продовжувала наполягати на неможливості механістичного відділення Божого (церкви) від Кесаревого (держави), що є «мертвою фікцією» (див.: Ильин И. А. Теория государства и права / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М., 2003. – С. 375).

³ Бердяев Н. А. Судьба России / Н. А. Бердяев. – М., 2005. – С. 23.

⁴ Костюк К. Н. Политическая мораль и политическая этика в России (к постановке проблемы) / К. Н. Костюк // Вopr. филос. – 2000. – № 2. – С. 37.

⁵ Цей антиуніверсалізм, на думку А. Тойнбі, неодноразово грав «злий жарт» з православними державами. Так відкинувши Флорентійську унію Православної і Католицької церков 1493 р., ці держави втратили незалежність під натиском Отоманської імперії. У свою чергу, нездатність православних країн до примирення та залагодження конфліктів у стосунках між собою була одним із чинників того, що турки володарювали досить тривалий час (див.: Тойнби А. Исследование истории : в 3 т. / А. Тойнби : пер. с англ., вступ. ст. и коммент. К. Я. Кожурина. – СПб., 2006. – С. 204–208).

У той же час розгляд західного і східного християнства лише під кутом протиставлення, на наш погляд, виглядає надто спрощеним. По-перше, невідокремленість права від релігії, властиву православним країнам, не слід перебільшувати. Заглибленість православ'я у внутрішній світ проявляється лише у порівнянні з доктриною західного християнства, але аж ніяк не з іншими релігіями. Правові системи країн східного християнства є цілком секуляризованими, основною формою права є законодавство, релігійним нормам або корпоративним нормам релігійних об'єднань не наданий характер правових, церква лише опосередковано впливає на процес правовстановлення і правозастосування, а певне втручання норм релігії, моралі, звичаю у правову сферу, особливо на рівні правосвідомості, реалізації норм права, правовідносин пояснюється меншою (порівняно із західними країнами) тривалістю секуляризаційних процесів. Щодо цього спірним є намагання деяких авторів обґрунтувати тезу про те, що релігія у країнах східної Європи виконує функцію джерела права¹.

По-друге, важливість правових інститутів у суспільстві обумовлюється також наявністю розвиненої світської правової науки. Нагадаємо, що складова римського приватного права — дигести Юстиніана є продуктом саме візантійської, православної традиції. У літературі чітко показаний зв'язок християнської етики і права Давньої Русі². Достатньо висока забезпеченість свободи совісті і віросповідання та ідеологічного плюралізму, що неможливо у країнах, в яких право підпорядковане релігії, також вказує на значущість права у суспільній свідомості. Низький рівень правової культури, перевага громади над індивідом, що притаманно багатьом православним країнам, обумовлюється скоріше ментальними, ніж релігійними особливостями. Про це свідчить, наприклад, колективістська російська ідеологія, яка своїм корінням сягає селянської общини, примусово ліквідованої лише на початку ХХ ст.; ідея «соборності» як загального об'єднання усіх православних у часовому і просторовому вимірі, що обґрунтовувалась слов'янофілами як опозиція праву; етатистська і антиуніверсалістська концепція «Москва — третій Рим»; відома формула часів російського царя Миколи I «самодержавство-православ'я-народність», в якій друге явно мало об-

¹ Див.: Вступ до теорії правових систем : монографія / за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – С. 72; Харитонова О. І. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції / О. І. Харитонова, С. О. Харитонов. – Х., 2002. – С. 47.

² Див.: Момотов В. В. Формирование русского средневекового права в IX–XIV вв. : монографія / В. В. Момотов. – М., 2003. – С. 178–181.

слуговувати перше, тощо¹. Також потрібно враховувати перехідний (трансформаційний) стан багатьох православних країн, що завжди супроводжується кризою правової системи. З іншого боку, досвід інтегрування в європейський правовий простір Греції, Болгарії, Словенії свідчить про єдину світоглядну, у тому числі релігійну, основу правових систем християнських держав.

Беручи до уваги наведені аргументи, дозволимо собі не погодитися зі спробами, на підставі невіддиференційованості нормативного регулювання у суспільстві, виділити євразійську правову сім'ю, що включає правові системи України, Росії, Білорусії². На наш погляд, йдеться про певні особливості (можливо — відставання) у правовому розвитку, але не про відмінний вектор еволюційного руху правової системи³.

З урахуванням викладеного, можна дійти таких висновків.

1. Основними рисами правових систем християнських країн, які відображають саме вплив християнського віровчення на їх виникнення і функціонування, є: а) важливість права як нормативного регулятора, його розвиненість; б) відокремлення права від релігії в системі суспільного регулювання, у тому числі автономія держави церкви; в) превалювання непрямих форм релігійного впливу на право; г) перевага спеціально-юридичних функцій права над загальносоціальними; д) універсалізм досліджуваних правових систем; е) домінування індивідуальних прав і інтересів над колективними; є) розуміння прав лю-

¹ У цьому сенсі можна погодитися з прогнозом А. Тойнбі про те, що суперництво Росії із західним світом у боротьбі за духовну відданість спільнот, які не є ані російськими, ані західними (певною мірою це стосується і України. – Д. В.) загострюватиметься (див.: Тойнби А. Исследование истории. – Т. 3. – С. 203). Але цю боротьбу навряд чи можна розглядати саме як конкуренцію західного і східного християнства, особливо зважаючи на тенденцію примирення і навіть зближення католицької церкви та константинопольського (вселенського) патріархату, що триває останні десятиліття як на практичному, так і доктринальному рівні (див.: Ратцингер Й. (Бенедикт XVII) Многообразие религий и единый завет / Й. Ратцингер (Бенедикт XVII) ; пер. с нем. А. Петровой. – М., 2007. – С. 106–108; Каліст (Уер), митрополіт. Православна церква / Каліст (Уер), митрополіт ; пер. Н. Рогачевської. – К., 2009. – С. 325–326). Швидше за все протистояння (принаймні з боку Росії) має геополітичний і економічний характер, а релігійний чинник використовується як своєрідний «casus belli». Показово також, що концепція «Руського світу», яка зараз активно просувається ієрархами Російської православної церкви, має також певну політичну складову.

² Див.: Оборотов Ю. Н. Традиции и обновления в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права) / Ю. Н. Оборотов. – С. 124–125.

³ Подібну специфіку ми спостерігаємо й у країнах Латинської Америки, правові системи яких сформовані під впливом західного християнства, проте мають значно меншу історію процесу десакралізації суспільних явищ.

дини як наданих їй від народження; ж) побудова державної влади на основі принципу верховенства права і верховенства конституції; з) контроль (реальний або потенційний) з боку суспільства за правовою діяльністю держави; и) розвинена правова наука.

2. Вплив християнства на розвиток правових систем країн Західного світу є неоднорідним через доктринальну специфіку різних гілок самого християнства. Найбільш відчутно це спостерігається у порівнянні країн західного і східного християнства.

3. Аналіз розвитку правових систем православних країн, їх елементарного складу, врахування історичного фактору не дозволяє говорити про їх «окремість» від розвитку правових систем країн західного християнства, а натомість дає можливість зробити висновок про наявність загальноєвропейської правової традиції.

Підсумовуючи наведене, зазначимо, що проблема впливу християнського віровчення на правові системи країн західної цивілізації не обмежується наведеними у цій статті аспектами. Зокрема, свого осмислення потребує специфіка правової системи України (країни, яка мовою С. Хантінгтона, перебуває на «розломі» цивілізації¹, і відповідно правова система якої, хоча і різною мірою, відчуває вплив не тільки східного, а й західного християнства), у тому числі щодо можливості виділення саме української православної традиції у праві та її відмежування від російського православ'я, що має стати предметом окремого глибокого дослідження.

¹ Див.: Хантінгтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантінгтон : пер. с англ. Т. Велимеєва. – М., 2007. – С. 254–258.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Коваленко, ректор Київського національного університету внутрішніх справ, член-кореспондент Національної Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

О. Колб, декан Інституту заочного та дистанційного навчання Київського Національного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор

Про проблеми використання в кримінально-виконавчому праві України деяких термінів і понять

В умовах реформування органів кримінальної юстиції¹ нагальною проблемою виступають завдання щодо створення відповідної нормативно-правової бази їх діяльності, яка б, з одного боку, увібрала у свій зміст позитивні результати вітчизняної практики, а з другого — відобразила найбільш ефективні форми і методи їх функціонування за кордоном².

Як показує вивчення сучасного стану зазначених органів, зокрема правоохоронних, їх діяльність не повною мірою відповідає міжнародним стандартам та вимогам демократичного суспільства³. Особливо актуальним це питання є для органів і установ виконання покарань, які в силу свого правового становища стоять ніби на завершальному етапі боротьби зі злочинністю, виконуючи рішення судів щодо осіб, винних у вчи-

¹ Див.: Портнов А. В. Переворот без революції / А. В. Портнов // Дзеркало тижня. – 2010. – № 30(810). – 21–27 серп. – С. 3.

² Див.: Литвак О. М. Моніторинг діяльності органів кримінальної юстиції та необхідність їх реформування / О. М. Литвак // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 2005. – № 10. – С. 268.

³ Див.: Коваленко В. В. Нагальні проблеми реформування правоохоронних органів / В. В. Коваленко // Юрид. вісн. України. – 2010. – № 33(789). – 14–20 серп. – С. 4.

ненні суспільно небезпечних діянь¹, а тому мають володіти сучасними технологіями, у тому числі на нормативно-правовому рівні, які дають можливість чітко та ефективно вирішувати визначені законодавством завдання у цій галузі суспільної діяльності. З цього випливає, що законодавча техніка та практика її застосування мають бути зрозумілими та однозначними як для теоретиків, так і для безпосередніх суб'єктів виконання нормативно-правових приписів та вимог².

Як свідчать результати аналізу сучасної наукової літератури, в Україні останнім часом досить поширеним стало вживання поряд із таким поняттям, як кримінально-виконавче право, іншого поняття, а саме — пенітенціарне право тощо³.

Більше того, така практика поширюється й у нормотворчій діяльності, зокрема при розробці різноманітних концепцій розвитку кримінально-виконавчої системи України⁴, проектів нормативно-правових актів (Указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України та ін.) та в офіційних доповідях про стан дотримання прав людини у місцях позбавлення волі⁵.

Особливо активно у цьому напрямі працюють такі вчені, як О. В. Беца, А. О. Галай, М. В. Климов, В. І. Кривуша, В. А. Львовчкін, О. В. Пташинський, Г. О. Радов, О. В. Романенко, О. П. Северов, В. М. Синьов, Б. М. Телефанко, С. Я. Фаренюк, Ю. В. Чакубаш, О. Х. Юлдашев та ін.

Разом із тим, якщо з'ясувати зміст таких понять, як кримінально-виконавче право (законодавство, діяльність та ін.) та пенітенціарне право тощо, то можна обґрунтовано дійти висновку, що зазначені терміни не є тотожними.

Як показує вивчення доктринальних джерел, у науковій, включаючи юридичну, літературі приділяється значна увага вимогам, яким має

¹ Див.: Коваленко В. В. Нагальні проблеми реформування правоохоронних органів / В. В. Коваленко // Юрид. вісн. України. – 2010. – № 33(789). – 14–20 серп. – С. 4.

² Див.: Кругликов Л. Л. Использование средств законодательной техники при регламентации процесса применения наказания / Л. Л. Кругликов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 2004. – № 9. – С. 63–64.

³ Див.: Радов Г. О. Першочергові проблеми пенітенціарної політики України на сучасному етапі / Г. О. Радов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1996. – № 1. – С. 12.

⁴ Концепція розвитку Державної кримінально-виконавчої служби України до 2015 р. [Електронний ресурс]: Проект, розроблений Міністерством юстиції України. – Режим доступу: <http://zakonl.rada.gov.ua/cgi-bin/iaws/vain.cg>

⁵ Дотримання прав людини в місцях позбавлення волі : витяг із доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за 1998–1999 рр. // Аспект : Інф. бюл. – Донецьк, 2001. – № 3(4). – С. 12.

відповідати мова закону, у тому числі її термінологічний апарат¹. Зокрема, не упорядковуючи їх у певну систему, науковці виділяють такі з них: точність (С. С. Алексєєв, В. К. Бабаєв); зрозумілість (В. Н. Іванов, В. К. Гришук); доступність (Б. А. Міренський, А. А. Ушаков); вичерпність (М. М. Гродзинський, А. С. Піголкін); стислість (С. А. Боголюбов, Х. А. Рандалу); простоту (П. І. Люблінський); чіткість (С. С. Алексєєв); однорідність викладу (С. А. Боголюбов, Х. А. Рандалу); офіційний характер (А. С. Піголкін, З. А. Тростюк); додежання правил правопису тієї мови, якою написаний нормативно-правовий акт (М. М. Гродзинський); стандартизація та формалізованість (А. А. Ушаков); легка запам'ятовуваність (Б. А. Міренський); виразність (П. І. Люблінський); єдність (В. К. Бабаєв); насиченість узагальненими термінами, виразами і поняттями (М. І. Ковальов); ясність (П. І. Люблінський, А. С. Піголкін); експресивна (фр. *expressif*; від лат. *expressus* — виразний, випуклий)² нейтральність (А. С. Піголкін); вільна оглядовість статті та вірне відображення змісту норм названих статей (Г. Р. Фединак) та ін.³

На жаль, такої стандартизації у кримінально-виконавчому праві досі не вироблено. Нерідко, як свідчить ознайомлення з науковими роботами і з проектами нормативно-правових актів з питань виконання покарань, окремі автори одночасно в тексті вживають поняття та терміни, що характерні для позначення змісту як кримінально-виконавчого, так і пенітенціарного права.

Водночас відображаючи лише по формі той самий процес (виконання — відбування покарання), зазначені інститути права не є тотожними, що логічно впливає зі змісту цих понять. Про це, власне, зауважував і Г. О. Радов, а саме: «Поняття, зміст та структура пенітенціарної функції держави нетотожні кримінально-виконавчій або виправно-трудої функції. Сутність останніх базується на вирішенні локальних, формально юридичних обов'язків і не охоплює об'єктивно суспільно корисного результату, досягнення якого має прагнути держава, виконуючи покарання⁴». При цьому він же залишався прихильником впро-

¹ Див.: Тростюк З. А. Вимоги до термінологічного апарата Особливої частини КК України та їх загальна характеристика / З. А. Тростюк // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : бюлетень. – К., 2001. – № 6. – С. 102.

² Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. – К., 1977. – С. 238.

³ Див.: Тростюк З. А. Вимоги до термінологічного апарата Особливої частини КК України та їх загальна характеристика / З. А. Тростюк // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : бюлетень. – К., 2001. – № 6. – С. 102.

⁴ Радов Г. О. Роль та місце пенітенціарної системи в структурі державного управління України / Г. О. Радов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1997. – № 2. – С. 6.

вадження в Україні пенітенціарного права, розробивши зокрема Доктринальну модель закону «Про пенітенціарну систему України»¹.

Такий підхід знайшов і своїх прихильників. Так, Р. А. Калюжний та І. С. Сергеев переконані, що основне завдання, яке стоїть перед пенітенціарною доктриною — це органічно поєднати різноманітні аспекти сфери виконання покарань і стати основним чинником у виробленні і застосуванні пенітенціарної політики держави².

Разом з тим, як правильно зауважив Г. О. Радов, проблеми пенітенціарної політики України розпочинаються з елементарного — відсутності в сучасній українській науці і соціальній практиці адекватного уявлення щодо поняття і сутності пенітенціарної політики як соціально-правового явища³. Її зміст він бачив у такому: «...Це самостійна галузь державно-правової діяльності уповноважених на те суб'єктів соціального управління з визначення обов'язкових до виконання керівних ідей, принципів, доктринальних положень, установок, вимог, цілей та завдань у сфері забезпечення каяття осіб, що відбувають покарання у вигляді позбавлення волі, які б відповідали законам та закономірностям соціалізації особистості, збалансовано забезпечували задоволення законних прав та інтересів громадянина, суспільства і держави»⁴.

На здійсненні в Україні пенітенціарної, а не кримінально-виконавчої діяльності наполягав і В. М. Синьов, який розглядав її в узагальненому розумінні як таку, що має, окрім вузько професійної, суто функціональної специфіки, спільні характеристики, зумовлені особливостями свого предмета (засуджені та їхня спільність), умовами роботи (місця позбавлення волі, особлива правова регламентація дій) і завданням (перевищення засуджених, збереження і примноження їхніх суспільно цінних рис, зокрема фізичного і психічного здоров'я, здатності позитивно виконувати свої соціальні ролі; безпека — як внутрішня в межах установи, так і зовнішня, з точки зору захисту суспільства від злочинців)⁵.

¹ Радов Г. О. Доктринальна модель закону «Про пенітенціарну систему України» / Г. О. Радов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень - К., 1997. - № 2. - С. 11-52.

² Калюжний Р. А. Актуальні засади побудови пенітенціарної доктрини та пенітенціарної політики / Р. А. Калюжний, І. С. Сергеев // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. - К., 2000. - № 5. - С. 8.

³ Радов Г. О. Першочергові проблеми пенітенціарної політики України на сучасному етапі / Г. О. Радов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. - К., 1996. - № 1. - С. 12.

⁴ Там само. - С. 12-13.

⁵ Синьов В. М. Підготовка спеціалістів для пенітенціарної системи / В. М. Синьов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. - К., 1996. - № 1. - С. 19-20.

Разом з тим Ю. В. Чакубаш не робить ніякої різниці між пенітенціарною та кримінально-виконавчою діяльністю, вживаючи у своїх роботах поряд (як синоніми) поняття і категорії, що відображають зміст цих видів діяльності¹.

О. В. Романенко, будучи прихильником впровадження в Україні норм, понять і категорій пенітенціарного права, з цього приводу зауважив, що на відміну від виправно-трудова чи кримінально-виконавчої політики держави пенітенціарна політика базується на пенітенціарній ідеї, в основі якої лежать норми християнської моралі. У зв'язку з чим каяття злочинця розглядається як свідчення його зміни на краще і бажання повернутися до нормального життя в суспільстві².

Таки ж, з окремими відмінностями, погляди на зазначену проблематику можна знайти в роботах С. Я. Фаренюка, В. К. Шкарупи, А. А. Лукашенка³ та деяких інших вітчизняних науковців.

Якщо ж проаналізувати чинне кримінально-виконавче законодавство України як нормативно-правовий вияв політики у сфері виконання покарань, то слід констатувати, що його зміст не є тотожним з пенітенціарною політикою, а отже, варто це враховувати у різних аспектах кримінально-виконавчої діяльності, включаючи й її наукову складову.

На відмінності цих понять свого часу наполягали у своїх роботах П. П. Михайленко, А. Х. Степанюк, В. М. Трубников та ряд інших українських вчених. Із цим твердженням варто погодитись, якщо врахувати такі теоретичні та практичні аспекти цієї проблематики.

1. Відповідно до змісту терміна «пенітенціарний» (від фр. *Penitenciaire*, лат. *Poenitentia* — каяття)⁴, пенітенціарна діяльність зводиться лише до виконання покарання у виді позбавлення волі та ґрунтується на принципах одиночного ув'язнення засуджених у камерах і його виправлення

¹ Чакубаш Ю. В. Формування наукового погляду на тюрму як суспільно-державний інститут / Ю. В. Чакубаш // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1998. – № 3. – С. 29–31.

² Див.: Романенко О. В. До питання участі інститутів громадянського суспільства в формуванні пенітенціарної політики в Україні / О. В. Романенко // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Бюлетень. – К., 2000. – № 5. – С. 11–12.

³ Фаренюк С. Я. Пенітенціарні засади проекту Кримінально-виконавчого кодексу України / С. Я. Фаренюк // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1996. – № 1. – С. 25–28; Калюжний Р. А. Пенітенціарна політика (історико-правовий огляд виникнення та розвитку) / Р. А. Калюжний, В. К. Шкарупа, Г. Т. Горобець // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1996. – № 1. – С. 55–67; Лукашенко А. А. Духовна культура пенітенціарного персоналу – компонент його професійної майстерності / А. А. Лукашенко // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 1997. – № 2. – С. 86–91.

⁴ Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. – К., 1977. – С. 511.

при мінімальному впливі зовнішніх сил (адміністрації виправних установ, інших суб'єктів цієї діяльності) — все віддається у «руки» засудженого, тобто процес відбування призначеного судом покарання є виключною волею особи, щодо якої воно застосовано¹.

Водночас у кримінально-виконавчій діяльності головний акцент робиться на зовнішніх впливах на особу засудженого з тим, щоб досягти мети кримінального покарання (ст. 50 КК України).

Саме таке завдання визначено у ст. 1 КВК України «Мета і завдання кримінально-виконавчого законодавства України» та в ст. 6 цього ж Кодексу «Виправлення і ресоціалізація засуджених та їх основні засоби», до яких законодавець відніс: встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим), суспільно корисну працю, соціально-виховну роботу, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання та громадський вплив. При цьому, як це впливає зі змісту ч. 4 ст. 6 КВК, зазначені засоби виправлення і ресоціалізації засуджених застосовується в обов'язковому порядку з урахуванням виду покарання, особистості засудженого, характеру, ступеня суспільної небезпеки і мотивів вчиненого злочину та поведінки засудженого під час відбування покарання.

Відповідно до вимог ст. 11 КВК «Види органів і установ виконання покарань» реалізацією вироків та інших рішень судів займаються лише державні органи, а об'єднання громадян, релігійні і благодійні організації (як суспільні інститути за змістом пенітенціарної діяльності), як це впливає зі змісту ст. 5 цього ж Кодексу «Принципи кримінально-виконавчого законодавства, виконання і відбування покарань» та ст. 25 КВК «Участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених. Громадський контроль за дотриманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань», лише можуть (а не зобов'язані) і тільки в передбачених законом випадках брати участь у кримінально-виконавчій діяльності.

З огляду на це, пенітенціарну функцію держави не можна ототожнювати з її кримінально-виконавчою функцією.

2. У навчальних закладах України вивчається визначена Міністерством освіти і науки України відповідно до професійно-кваліфікаційних вимог така обов'язкова у навчальному плані дисципліна для спеціалістів юридичного спрямування, як «Кримінально-виконавче право України»².

¹ Див.: Кругликов Л. Л. Использование средств законодательной техники при регламентации процесса применения наказания / Л. Л. Кругликов // Проблемы пенитенциарной теории и практики : Бюллетень. – К., 2004. – № 9. – С. 54.

² Кримінально-виконавче право України : підручник / О. М. Джу́жа, І. Г. Богати́ров, О. Г. Колб, В. В. Васи́левич та ін. ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Джу́жи. – К., 2010. – С. 48-64.

3. У друкованих виданнях із курсу «Кримінально-виконавче право», що забезпечують навчальний процес у відповідних закладах юридичного профілю, йдеться про такі категорії, як «кримінально-виконавча політика України» або «політика у сфері виконання покарань»; «кримінально-виконавче законодавство» або «нормативно-правові акти у сфері виконання покарань», а не власне «пенітенціарна політика» тощо¹.

Аналогічні підходи можна знайти й в наукових джерелах, зокрема у дисертаціях П. Л. Фріса², В. В. Кондратішиної³ та інших вчених.

4. У кримінально-правових актах, пов'язаних із виконанням покарань, вживається тільки термін «кримінально-виконавче право».

Таким чином, зокрема, побудовані:

– Кримінально-виконавчий кодекс України, у якому йдеться тільки про мету і завдання кримінально-виконавчого законодавства (ст. 1); кримінально-виконавчі установи (ст. 11); прокурорський нагляд та відомчий контроль за виконанням покарань (статті 22, 23) та ін.⁴;

– Закон України від 23.06.2005 р. «Про Державну кримінально-виконавчу службу України», де закріплені такі поняття, як політика у сфері виконання кримінальних покарань (ст. 1); персонал кримінально-виконавчої служби; органи та установи кримінально-виконавчої служби та ін.⁵;

– інші правові джерела⁶.

Отже, на підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки.

1. Як за змістом, так і за формою правові категорії типу «пенітенціарне право» та «кримінально-виконавче право» та ін. не є тотожними і це слід враховувати при формуванні національно-правових актів з питань виконання покарань.

2. Відмінність зазначених понять дає можливість як на науковому, так і на рівні навчального процесу запобігати методологічним та іншим помилкам при з'ясуванні суті та змісту кримінально-виконавчої діяльності в Україні.

¹ Кримінально-виконавче право : підручник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. А. Х. Степанюка. – К., 2005. – 244 с.

² Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / П. Л. Фріс. – К., 2006. – 36 с.

³ Кондратішина В. В. Кримінально-виконавча політика України: формування та реалізація : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. В. Кондратішина. – Л., 2009. – 19 с.

⁴ Кримінально-виконавчий кодекс України : прийнятий 11 лип. 2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21.

⁵ Про Державну кримінально-виконавчу службу України : Закон України від 23 черв. 2005 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 29.

⁶ Про загальну структуру і чисельність кримінально-виконавчої системи України : Закон України від 2 берез. 2000 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 20. – Ст. 151.

Так, як встановили А. Х. Степанюк та І. С. Яковець, після прийняття Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» виникло ряд розбіжностей, протиріч тощо, у тому числі термінологічного характеру, які не співвідносяться з іншими нормативно-правовими актами у сфері виконання покарань. Зазначені вчені у зв'язку з цим поставили цілком логічне запитання: «Для чого потрібна подібна термінологічна плутанина, що лише ускладнює сприйняття законодавчих норм широким колом громадськості та персоналом ДКВС?»¹.

3. Як у законі, так і в навчально-наукових джерелах має вживатися та термінологія, що ідентично відображає реальний стан речей у тих чи інших правовідносинах, оскільки це створює реальні (а не формальні, декларативні та ін.) механізми їх регулювання та охорони, у чому, власне, й полягає завдання будь-якого законодавства.

Як із цього приводу влучно зауважив В. В. Голина, саме на концептуальних рівнях розуміння слід зосередити увагу, оскільки вони формують наукові школи, які, у свою чергу, суттєво впливають на державну політику боротьби зі злочинністю².

Поряд з цим варто погодитись з іншим висновком, якого обґрунтовано дійшов В. І. Борисов: «Досягнення необхідного для суспільства стану безпеки від злочинних посягань можливе лише шляхом широкого і комплексного поєднання заходів боротьби зі злочинністю, ...у тому числі методологічно-правових...»³.

¹ Степанюк А. Х. Система кримінально-виконавчого законодавства потребує узгодження та доопрацювання / А. Х. Степанюк, І. С. Яковець // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : Бюлетень. – К., 2005. – № 10. – С. 294.

² Голина В. В. Преступність: многообразие понятий и предметная сущность явления / В. В. Голина // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. ; відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 324.

³ Борисов В. І. Державна політика у сфері боротьби зі злочинністю та її напрями / В. І. Борисов // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. ; відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 312.

Л. Демидова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права № 1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, завідувачка відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права Інституту вивчення проблем злочинності НАПрН України

Майно як предмет злочину

У науці кримінального права все більше уваги приділяється змісту поняття «предмет злочину» і дискусії навколо цього питання тривають протягом багатьох років із різними підходами авторів до встановлення змісту цього поняття. Більшість вчених визначають предмет злочину як предмети (речі) матеріального світу, з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину¹. Інші вказують, що предметом злочину є те, з приводу чого виникають відносини між людьми. При цьому автори визнають, що предмет суспільних відносин може бути предметом злочину за умови, якщо цінності, з приводу яких складаються відносини: а) зазнають злочинного впливу в процесі посягання, внаслідок чого кому-небудь заподіюється або створюється загроза заподіяння шкоди; б) через це вони поставлені під кримінально-правову охорону².

Треті визначають предметом злочину ті речі матеріального світу, впливаючи на які суб'єкт заподіює шкоду об'єкту злочину³. Четверті дефініцію предмета злочину розуміють як конкретний матеріальний об'єкт, у якому відбиваються певні сторони, властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), шляхом фізичного чи психічного впливу на який заподіюється суспільно небезпечна шкода у сфері цих відно-

¹ Див.: Уголовное право Украины: Общая часть : учебник / под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тацья. – Харьков, 1997. – С. 81; Тацкий В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / В. Я. Тацкий. – Х., 1988. – С. 35; Бажанов М. И. Уголовное право Украины: Общая часть : конспект лекций / М. И. Бажанов. – Днепропетровск, 1992. – С. 33.

² Уголовное право: Общая часть : учеб. для вузов. – М., 1997. – С. 134.

³ Див.: Загородников Н. И. Понятие объекта преступления в советском уголовном праве / Н. И. Загородников // Труды ВЮА. – 1945. – Вып. 13. – С. 44; Советское уголовное право : учебник / под ред. В. Д. Меньшагина, Н. Д. Дурманова, Г. А. Кригера. – М., 1975. – С. 56–58.

син¹. П'ять уточнюють, що в науці кримінального права в основному переважає підхід до визначення предмета злочину як предметів (речей) матеріального світу, із певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину.

Як бачимо, спектр наукового трактування змісту поняття «предмет злочину» та його кримінально-правове значення досить широкий. Однак цим трактуванням проблема предмета злочину і визначення його поняття остаточно не вирішується не стільки з точки зору науки кримінального права, скільки з огляду на розвиток досягнень науки і техніки, новітніх (зокрема інформаційних) технологій і суспільних відносин, у яких останні реалізуються, на що також звертають увагу науковці. До категорії «предмет злочину» слід включити не тільки фізичні предмети (речі, майно), а й інші реально існуючі явища об'єктивного світу, з приводу яких й існують суспільні відносини як об'єкт кримінально-правової охорони, і саме у зв'язку із цими явищами (енергії, інформації) вчинюється той чи інший злочин².

Прихильники такої позиції відносять до предмета злочину і енергію (наприклад, електроенергію, теплову енергію), винахід, раціоналізаторську пропозицію у вигляді вдосконалення технології, таку корисну копалину, як природний газ, атмосферне повітря, комп'ютерну інформацію тощо³. У той же час таке розуміння не вкладається в рамки традиційного визначення предмета злочину як речі матеріального світу, що згідно із матеріалістичним світоглядом має тілесне ви-

¹ Див.: Коржанский Н. И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны / Н. И. Коржанский. – М., 1980. – С. 99; Коржанский Н. И. Уголовное право Украины: Общая часть : курс лекций для студ. высш. учеб. зав. / Н. И. Коржанский. – К., 1996. – С. 134.

² Див.: Панов М. І. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків : монографія / М. І. Панов ; наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПРН України В. І. Борисов. – Х., 2009. – С. 41–44.

³ Див.: Панов Н. И. Уголовная ответственность за причинение имущественного ущерба путём обмана или злоупотребления доверием / Н. И. Панов. – Харьков, 1977. – С. 19, 97, 98; Гельфер М. О. О квалификации незаконного пользования электрической и другой энергией / М. О. Гельфер // Соц. законность. – 1983. – № 8. – С. 48–49; Навроцкий В. О. Уголовная ответственность за незаконное пользование электрической и вторыми видами энергии / В. О. Навроцкий // Соц. законность. – 1984. – № 2. – С. 49–50; Касынюк В. И. Уголовная ответственность за незаконное пользование газом и электроэнергией / В. И. Касынюк // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развития социализма : сб. науч. ст. ; редкол.: М. И. Бару, М. И. Бажанов, В. М. Горшенев и др. – Харьков, 1985. – С. 162–163; Уголовное право Украины: Особенная часть : учебник / под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – Киев, 2003. – С. 128, 302, 304, 519, 524 та ін.

раження. Про це останнім часом дедалі частіше йдеться в наукових працях¹.

На наше переконання, вирішення окресленої проблеми не в розумінні поняття «предмет злочину», а в удосконаленні поняття «річ». Вносити будь-які зміни у визначення поняття «предмет злочину», на наш погляд, немає необхідності, а от нові підходи до встановлення сутності речей — вимога сьогодення. Акцентуємо, що основою наших пропозицій щодо вирішення сформульованої проблеми залишається позиція переконаного матеріаліста.

Насамперед щодо предмета злочину. Ми згодні з авторами, які вважають, що предмет злочину не можна ототожнювати із суспільними відносинами (об'єктом), але їх не можна й протиставляти, тому що предмет є матеріальним вираженням суспільних відносин, визначення їх сторони й властивості². Розглянемо зміст цього поняття, спираючись на наукову дефініцію, що це предмети (речі) матеріального світу, з якими кримінальний закон пов'язує конкретний склад злочину. Ключовим словом цього визначення є поняття «річ». На відміну від ЦК УРСР останнє вперше законодавче сформульовано у ст. 179 ЦК України, де вказується, що річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Усе те, що об'єктивно існує і має здатність задовольнити ту чи іншу потребу і з приводу чого виникають певні цивільні правовідносини, і є річчю. При цьому особливим об'єктом цивільних прав, на які поширюється правовий режим речі, крім випадків, передбачених законом, є тварини (ст. 180 ЦК).

Річ є складовою поняття «майно», що визначається ст. 190 ЦК України: майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Кримінально-правове поняття «майно» вужче за цивільно-правове, тому що не включає, як правило, до його складу майнові права, майнові обов'язки, речі, вилучені з обороту, та ін.

У той же час у доктрині кримінального права немає єдиної думки про те, чи може майнове право бути предметом злочину. Так, В. М. Куц відзначає: «Що стосується права на майно, то... його можна розглядати як предмет лише умовно. У реальній дійсності предметом злочину є не право у власному розумінні, а документи, що засвідчують його

¹ Див.: Бикмурзин М. П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ / М. П. Бикмурзин. – М., 2006. – С. 111–123.

² Див.: Энциклопедия уголовного права : в 25 т. – Т. 4. Состав преступления. – Изд. проф. Малинина, – СПб., 2005. – С. 223. (796 с.); Уемов А. И. Вещи, свойство и отношения / А. И. Уемов. – М., 1963. – С. 67.

існування»¹. Така позиція збігається з думкою Л. К. Малахова, який вважає, що «під правом на майно... розуміють документи, що дають право на одержання майна громадян, юридичних осіб і держави в цей момент або в майбутньому»², та інших авторів³.

Слід зауважити, що «уречевлення» права на майно впливає також із судової практики — постанови Пленуму Верховного Суду України від 26. 04. 2002 р. № 5 «Про судову практику по справах про хабарництво» (ч. 1 п. 4), де до предмета злочину відносять не тільки майно у вигляді грошей, цінностей та інших речей, а й право на нього (документи, що надають право одержати майно, користуватися ним або вимагати виконання зобов'язань тощо), які-небудь дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від прав на майно...)⁴.

Не погоджуються із ними вчені, що критично ставляться до пропозиції дослідників «уречевлення» майнового права шляхом визнання предметом злочину документів, у яких це право закріплюється⁵.

Для з'ясування нашої позиції щодо «уречевлення» майнового права нам необхідно ще раз звернутися до структури суспільних відносин як об'єкта кримінально-правової охорони. Якщо ми розглядаємо майнові права, то їх слід розуміти як права суб'єкта щодо певного майна. Наявність прав одного суб'єкта відносин обумовлює наявність обов'язку іншого щодо предмета цього права. Це і зв'яже цих суб'єктів. Тому майнові права за своїм змістом і місцем у структурі суспільних відносин є соціальним зв'язком між суб'єктами суспільних відносин, які виступають об'єктом кримінально-правової охорони. Майнові права можуть бути одночасно і предметом суспільних відносин, а також предметом злочинного посягання. Утім майнові права не можуть визнаватися предметом злочину, як, наприклад, і майнові обов'язки.

¹ Куц В. Н. О непосредственном объекте вымогательства / В. Н. Куц // Проблема соц. законности. – Харьков, 1985. – С. 132.

² Малахов Л. К. Ответственность за вымогательство: квалификация и наказание по российскому и зарубежному праву : учеб. пособие / Л. К. Малахов. – Н. Новгород, 1995. – С. 22.

³ Див.: Ворошилин Е. В. Ответственность за мошенничество : учеб. пособие / Е. В. Ворошилин. – М., 1980. – С. 14; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. М. О. Потєбенька, В. Г. Гончаренка : у 2 ч. – Ч. 1 : Особлива частина. – К., 2001. – С. 219.

⁴ Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України (1972–2006) зі змін. та доповн. на 01. 09.2006 р. – Х., 2006, – С. 476.

⁵ Див.: Бикмурзин М. П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ / М. П. Бикмурзин. – М., 2006. – С. 170.

Документи, що засвідчують право на майно, є їх формальною, тобто об'єктивізованою формою. Вони можуть мати не тільки певну правову форму, а і конкретно визначений зміст, зокрема, конкретизований щодо суб'єкта даного права. Документи, які засвідчують право на будинок, квартиру, машину тощо, завжди суб'єктно визначені. Останнє може бути відсутнім у документах на побутову техніку, коштовності тощо (за винятком свідоцтва на спадщину, документів про перехід права на таке майно при даруванні, купівлі-продажу тощо, де може бути наданий перелік такого майна і визначений суб'єкт права на нього). Отож, не завжди документи щодо права на майно однієї особи можуть бути використані для підтвердження своїх майнових прав іншою. Наприклад, предметом вимагання не може визнаватися право на майно.

Не можна залишити без уваги існуючу проблему сучасного правового розуміння понять «майно» і «рід», які безпосередньо впливають на кримінально-правове визначення цих понять. Слід акцентуватися на тому, що дійсність вимагає перегляду нашого підходу до визначення обох понять. Дослідники усе частіше висловлюють свою точку зору щодо цього. Нині в інформаційному суспільстві з'являється інформація, яка має грошове вираження, крім того, добуваються, виробляються, використовуються різні види енергії тощо. В основі більшості із них покладено суспільно корисну працю, бо вони корисні для людини, здатні задовольняти її потреби і можуть бути товаром. Саме з такими благами законодавець пов'язує деякі склади злочинів, наприклад, з електроенергією, інформацією тощо. Такі види соціально значущих благ безтілесні, тому не визнаються (передусім на пострадянському просторі) речами, оскільки у філософському розумінні головною ознакою останніх є тілесність. Слід підкреслити, що такий підхід був сформований у часи побудови соціалізму і при пануванні ленінського бачення виникнення та розвитку світу, але в історії розвитку права мають місце й інші погляди на зміст поняття «рід».

Наприклад, речі в римському праві розглядалися як певні предмети матеріального світу, «доступні пануванню людини»¹. У джерелах римського права, працях юристів того часу, що збереглися до сьогодні, як вказується в юридичній літературі, речі розглядалися принаймні у трьох значеннях: у найбільш загальному, широкому розумінні — усе, що уявляється, існує в матеріальному оточенні; у вузькому — усе, що

¹ Див.: Чиларж К. Ф. Учебник институций римского права / К. Ф. Чиларж ; под ред. проф. В. А. Юшкевича. – М., 1906. – С. 89–90.

може бути предметом правовідносин між особами; у найбільш вузькому — усе, що уявляється предметом майнових прав, зокрема речових і зобов'язальних. Визначення речі в римському праві класичного періоду охоплювало всі три розуміння і розглядало річ як частину природи, що доступна і корисна для людини, самих людей (рабів), дії людей, а також окремі права, якщо вони могли бути предметом майнових відносин¹.

Цікавим є поділ римськими юристами речей *на тілесні* (*res corporals*) та *безтілесні* (*res incorporales*). До тілесних речей належали матеріальні об'єкти, що існували в навколишньому світі, належно від правових приписів, до безтілесних — права, включаючи права на чужі речі (сервітут, узуфрукт тощо), зобов'язальні права вимоги. Тобто безтілесні речі існували лише у відносинах між людьми, що регулювалися римським правом. Однак і тілесні, і безтілесні речі мали спільну властивість — були об'єктом майнового обороту².

Вражає глибоке розуміння змісту поняття «річ» у римському праві, що є дійсно ще одним проявом унікальності і геніальності. Враховуючи вказану вище дефініцію речі, зазначимо специфіку змісту цього поняття. Річ є: а) частиною природи, що доступна і корисна для людей; б) об'єктом майнового обороту. Такі ознаки дозволяють виокремити з природного середовища все те, що може бути із суспільно корисною для людини метою пристосовано для задоволення її потреб, і що має здатність, а також призначення, бути в майновому обороті. Не підтримуючи віднесення до безтілесних речей прав, підкреслимо, що прогресивним у римському праві є сам факт введення в понятійний апарат права такого терміна, як «безтілесні речі».

Фактом сьогодення є наявність безтілесних речей, які відповідають сформульованим вище специфічним ознакам поняття «річ». Наприклад, енергія та її види, інформаційна продукція. Вони знаходяться під «пануванням людини» завдяки технічному прогресу та людській здатності його використовувати для задоволення своїх потреб. Усе, що в природі підкоряється людині (її можна змінити за обсягом або розміром чи змістом, знищити, поновити чи об'єднати тощо) і є корисною для неї та інших осіб, є річчю, а також може бути предметом правовідносин, є річчю. Проте у праві це ще не визнається. Необхідно усві-

¹ Див.: Основи римського приватного права : підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. – Х., 2008. – С. 75; Пухин И. Римское право (базовый учебник) / И. Пухин, М. Паленак-Акимовская. – М., 2003. – С. 130–131.

² Основи римського приватного права : підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. – Х., 2008. – С. 77; Пухин И. Римское право (базовый учебник) / И. Пухин, М. Паленак-Акимовская. – М., 2003. – С. 136.

домити об'єктивно існуючі підстави для сприйняття речі як явища з новою сутністю і удосконалення змісту поняття «річ». Цю проблему можна вирішити шляхом віднесення до неї деяких видів «безтілесних» явищ, що володіють певною сукупністю ознак.

Безтілесні речі повинні: 1) мати вартість, тобто грошове вираження; 2) за походженням мати природну основу або бути результатом діяльності людини; 3) мати здатність до перетворення в «тілесні» речі у результаті діяльності людини; 4) можуть бути предметом правовідносин.

Наявність природної основи або можливість представляти результати діяльності людини означає, що в основі таких, названих нами, речей лежать природні сили або діяльність людини. Важливим є те, що:

- при природному походженні явище викликає потребу людини його використовувати (добувати, перетворювати та ін.);
- у випадку, коли таке явище є результатом діяльності людини, воно задовольняє потреби людини.

При цьому неважлива суспільна значущість цієї діяльності: суспільна корисність або суспільна небажаність. У такому випадку річ — це явище, у якому може бути закладена не тільки суспільно корисна діяльність людини, а будь-яка його діяльність. Такий висновок випливає з юридичної літератури, нормативно-правових джерел кримінально-правового призначення. Наприклад, при виготовленні кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру здійснюється суспільно небажана діяльність, саме із такими, як визнано всіма авторами предмета, різновидами злочину законодавець пов'язує злочини, передбачені ст. 301 КК.

Запропоноване розуміння речі як явищ «тілесних» і «безтілесних», яким притаманна певна сукупність властивостей, допомагає більш глибоко вивчати та аналізувати сучасні природні процеси і діяльність людини щодо розробки новітніх технологій, освоєння природних ресурсів. Якщо людина для своїх потреб перетворить у тілесну річ повітря або її складові, при цьому вони будуть предметом правовідносин, то їх необхідно визнавати річчю.

Слід зазначити, що і в радянські часи дослідники у сфері кримінального права вказували на існування поряд із «одушевленими» речами, речі «неодушевленными»¹.

¹ Див.: Бажанов М. И. Ответственность за кражу личного имущества граждан и за разбой по советскому уголовному законодательству / М. И. Бажанов. – Х., 1957. – С. 7; Гаухман Л. Д. Уголовно-правовая охрана личной собственности граждан / Л. Д. Гаухман, В. А. Пашковский. – М., 1978. – С. 20.

Наша пропозиція щодо поділу речей на тілесні і безтілесні тягне за собою визнання оновленої дефініції поняття «майно», що застосовується у кримінальному праві. Спробуємо її сформулювати.

Майно — це предмет правовідносин між суб'єктами (фізичними, юридичними особами, суспільством, державою), який може бути двох видів: *тілесні і безтілесні речі*. Майно як тілесна річ є предметом матеріального світу. Майно як річ безтілесна: 1) має вартість, тобто грошове вираження; 2) за походженням має природну основу або є результатом діяльності людини; 3) має здатність до перетворення в тілесні речі в результаті діяльності людини; 4) може бути предметом правовідносин.

До того, доречно звернутися до правового досвіту інших країн, наприклад, Великої Британії, як країни, яка першою у світі створила надійну систему захисту майнових прав від будь-яких посягань, зокрема держави. В англійському кримінальному праві поняття «майно» є одним із ключових положень, розробка й тлумачення якого становлять пріоритет цивільно-правової доктрини.

Англійське слово *property*, перекладне нами як «майно», має також інше, досить поширене значення — «власність». На думку Дж. Волдрона, поняття «власність» покриває не всі правила керування використанням матеріальних ресурсів, а тільки ті з них, які пов'язані з розподілом. Інакше кажучи, це поняття містить у собі майже всі загальні правила поведінки (оскільки майже будь-яка поведінка людини включає використання матеріальних ресурсів, і майже всі правила поведінки мають яке-небудь відношення до ресурсів). Е. Дженкс визначає згаданий термін у такий спосіб: «Під власністю мається на увазі, як указує сама її назва, результат присвоєння або освоєння людиною предметів природи»¹. Дослідники економічних злочинів у кримінальному праві Англії вважають, що поняття «власність» і «майно» в контексті англійських Актів про крадіжку можуть бути використані як синоніми, що містять весь спектр об'єктів, на які поширюються будь-які правочини власника².

Відповідно до ст. 4 (1) Акта 1968 р. майно містить у собі гроші й всі інші види майна, рухомого або нерухомого, у тому числі права вимоги та іншу «невловиму власність». Як бачимо, англійський законодавець охоплює змістом поняття «майно» і «невловиму власність».

¹ Див.: Чупрова Е. В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии / Е. В. Чупрова. – М., 2007. – С. 88.

² Там само.

Поняття невлівимого майна, як вже зазначалося, зустрічається в римському праві. Наприклад, у 533 р. у Дигентах Юстиніана Гай виділяв «безтілесні речі — ті, які не можуть бути відчутні»¹. Тобто невлівима власність у англійському розумінні є власністю безтілесною у розумінні філософському та римського права. Це слова-синоніми.

Нині до невлівимого (безтілесного) майна англійське право відносить інтелектуальну власність, інформацію, бездокументарні папери тощо². Слід зазначити, що і російський законодавець вважає, що названі цінності не належать до майна, хоча в повсякденному житті вони використовуються як товар, що перебуває у вільному обігу.

Отже, англійське право поділяє «майно» як сукупність певних видів: грошей, інших видів рухомого або нерухомого майна. Складовими майна виступають права вимоги та інші невлівимої власності.

Поняття «невлівима власність» в англійському праві охоплює: а) інтелектуальну власність; б) інформацію; в) бездокументарні папери тощо.

Враховуючи наведене, можна сформулювати такі висновки.

1. Предмет злочину «відіграє» самостійну роль у кримінальному праві і його не слід ототожнювати із суспільними відносинами (об'єктом), але їх не можна й протиставляти. Він є матеріальним вираженням суспільних відносин.

2. Майно як предмет злочину і предмет правовідносин між суб'єктами (фізичними, юридичними особами, суспільством, державою) може бути двох видів: *тілесні* і *безтілесні речі*. Майно як тілесна річ є предметом матеріального світу. Майну як речі безтілесній притаманні такі властивості: 1) має грошове вираження; 2) за походженням є природним або є результатом діяльності людини; 3) має здатність до перетворення в тілесні речі в результаті діяльності людини; 4) може бути предметом правовідносин.

Сподіваємося, що викладене дозволяє розуміти майно як предмет злочину, з яким законодавець пов'язує конкретні злочини, та види майна адекватно сучасним реаліям.

¹ Цит. за: Чупрова Е. В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии / Е. В. Чупрова. – М., 2007. – С. 91.

² Наприклад, Chance M. Introduction to Derivatives. 3d. ed. L., 1995. – P. 18.

С. Давиденко, кандидат юридичних наук,
асистент Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Проблеми вдосконалення норм інституту звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим

На сучасному етапі проведення судово-правової реформи у країні особливої актуальності набувають питання підвищення процесуальної активності особистості, співвідношення публічних і приватних засад у кримінальному судочинстві, їх гармонійне поєднання. У Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008, підкреслюється, що реформування має будуватися на таких принципах, як поєднання захисту прав особи і забезпечення публічних інтересів; посилення захисту прав та законних інтересів потерпілих, гарантоване відшкодування завданої злочином шкоди; розширення сфери застосування відновних процедур і примирення. Це зумовлює необхідність приведення національного законодавства у відповідність до європейських і світових стандартів у галузі прав людини і громадянина.

Одним з основних положень, які повинні знайти своє втілення в новому КПК України, є ідея про розширення приватних засад у кримінальному судочинстві, передумовою якого є, в тому числі, «забезпечення реального впливу учасників кримінально-процесуальної діяльності на остаточне рішення по даній кримінальній справі, використання при цьому передбачених законом публічних засобів захисту»¹, що й обумовило потребу ввести інститут примирення обвинуваченого (підсудного) з потерпілим як альтернативний спосіб врегулювання кримінально-правових конфліктів. Останній отримав своє процесуальне закріплення у ст. 7¹ КПК, що передбачає його як одну з правових підстав закриття кримінальної справи, а також у ст. 8 КПК, яка встановлює процесуальний порядок звільнення особи від кримінальної відповідальності та закриття справи у зв'язку з примиренням сторін. Перешкодою для реалізації цих норм є відсутність детально розробленого процесуального механізму їх застосування, зокрема, стосовно

¹ Див.: Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю. Грошевий // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2 (33) – 3 (34). – С. 693–694.

нейтралізації негативних наслідків злочину. Наведене свідчить про необхідність вдосконалення норм, які регулюють окреслену процедуру.

Загальним проблемам реалізації нормативних положень цього інституту, забезпечення прав потерпілого на відшкодування завданих збитків і усунення заподіяної шкоди присвятили праці такі відомі вітчизняні і зарубіжні вчені, як Ю. В. Баулін, Л. В. Головка, Ю. М. Грошевий, О. А. Губська, О. Ф. Ковітіді, В. Т. Маляренко, В. В. Навроцька, О. В. Перепадя, І. Л. Петрухін, О. В. Соловійова, О. В. Сумачов, А. Р. Туманянц, Г. О. Усатий, Д. В. Філін та ін.

Дослідження обов'язків посадових осіб відповідних компетентних органів як складової частини публічно-правового обов'язку держави перед людиною, що впливає з пріоритету прав останньої, дозволяє по-іншому оцінити всю систему кримінального судочинства і визначити перспективи її розвитку¹. Ми підтримуємо О. М. Дроздова та О. Г. Шило² в тому, що в ч. 1 ст. 8 КПК слово «вправі» необхідно замінити на — «зобов'язані» або в ній доцільно вказати, що прокурор, а також слідчий за його згодою за наявності обставин, зазначених у ст. 46 КК, «виносить мотивовану постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності». Аналіз ч. 2 ст. 8, ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 282 КПК та ст. 46 КК дозволяє стверджувати, що правовим наслідком встановлення обставин, закріплених у ст. 46 КК, є імперативне і безумовне звільнення особи від кримінальної відповідальності та закриття справи. Ці положення знаходять підтвердження в п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 12 від 23 грудня 2005 р. «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» (далі — постанова Пленуму Верховного Суду України № 12 від 23 грудня 2005 р.) за наявності передбачених у ст. 46 КК умов і підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності є обов'язковими. Отже, п. 2 ч. 1 ст. 7¹ КПК слід викласти в такій редакції: «проведення по кримінальній справі закривається судом у зв'язку з примиренням обвинуваченого,

¹ Див.: Лазарева В. А. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе / В. А. Лазарева. – Самара, 2000. – С. 6.

² Дроздов О. Правове регулювання звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим в сфері кримінального судочинства / О. Дроздов, В. Гутнік // Юрид. журнал. – 2006. – № 6 (48). – С. 58; Шило О. Г. Проблеми вдосконалення інституту звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого (підсудного) з потерпілим / О. Г. Шило // Проблеми законності: Республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2008. – Вип. 93. – С. 136.

підсудного з потерпілим». Невиконання вищеназваних приписів, поперше, є істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону та підставою для скасування судового рішення (п. 1 ч. 2 ст. 370 КПК), а, по-друге, призводить до порушення прав потерпілої від злочину особи. Усе це має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення, оскільки узгодженість кримінального і кримінально-процесуального законів є показником їхньої досконалості, що визначає правильне їх розуміння і відповідне застосування.

Підстава звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК) включає в себе сукупність обов'язкових правових умов. Відсутність хоча б одного з перелічених у законі складових елементів виключає наявність підстави для звільнення за даною статтею¹. Однією з процесуально-правових підстав цього виду звільнення від кримінальної відповідальності є факт примирення особи, яка вчинила злочин, з потерпілим, оформлений у належній процесуальній формі: а) усна заява потерпілого, оформлена відповідним протоколом; б) письмова заява, яка подається посадовим особам компетентних державних органів безпосередньо потерпілим, письмовий договір або угода про примирення, що підписується учасниками примирення; в) нотаріально засвідчена заява потерпілого, якщо вона передається його представником².

У пунктах 3 і 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 12 від 23 грудня 2005 р. відмічається, що звільнення винної особи від кримінальної відповідальності та закриття справи у зв'язку з примиренням із потерпілим можливе тільки в разі відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди. Під повним відшкодуванням або усуненням розуміють добровільне задоволення винним або іншими особами, зокрема, батьками чи близькими родичами, обґрунтованих претензій потерпілого щодо відшкодування заподіяної матеріальної та моральної шкоди, загладжування її в інший спосіб. Оскільки на підставі вимог ч. 1

¹ Див.: Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : монографія / Ю. В. Баулін. – К., 2004. – С. 138.

² Див.: Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / за ред. Ю. М. Грошевого. – Х., 2002. – С. 49–50; Соловійова О. Є. Примирення сторін у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / О. Є. Соловійова ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – С. 15; Фомін С. Б. Строки у кримінальному судочинстві: поняття, класифікація та функціональне призначення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / С. Б. Фомін. – Х., 2002. – С. 124–125.

ст. 49 КПК потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, кожному з цих видів шкоди відповідає певний спосіб загладжування. Отже, такі критерії, як достатність і повнота обсягів відшкодування збитків або спосіб усунення, повинні визначатися самим потерпілим, а не обвинуваченим, підсудним¹. Причому в кожному окремому випадку мають бути зібрані докази, що підтверджують факт відшкодування завданого матеріального збитку чи компенсації моральної шкоди або усунення заподіяної злочином шкоди². На нашу думку, сторонами може вирішуватися питання про відшкодування і непрямих збитків (упущеної вигоди — п. 2 ч. 2 ст. 22 ЦК)³.

Відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди має характер факультативної умови, тому що потерпілий має право, по-перше, вибачити борг (як повністю, так і частково), по-друге, відмовитися від здійснення належного йому права вимагати відшкодування або усунення (як повністю, так і частково). Вбачається, що в окреслених ситуаціях немає юридичних перешкод для закриття кримінальної справи⁴: між сторонами укладається угода про відмову від виконання зобов'язань, що виникли внаслідок спричинення шкоди (гл. 82 ЦК), або посадовою особою компетентного державного органу складається протокол про прийняття відмови потерпілого від відшкодування завданих йому збитків або усунення заподіяної злочином шкоди⁵. Вона має обов'язково, по-перше, переконатися у тому, що потерпілий, усвідомлюючи характер своїх дій, прощає борг або відмовляється від

¹ Див.: Бєрова Д. М. Возмещение вреда как условие прекращения уголовного преследования (дела) в порядке, предусмотренном статьей 25 УПК / Д. М. Бєрова // Рос. следователь. – 2005. – № 6. – С. 6; Матюшенко Р. Закриття кримінальної справи у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим / Р. Матюшенко // Право України. – 2002. – № 4. – С. 94; Парфіло О. Примирення винного з потерпілим – компроміс у кримінальному процесі / О. Парфіло // Підприємництво, госп-во і право. – 2002. – № 5. – С. 95–96.

² Див.: Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов, 2004. – С. 144.

³ Див.: Бєрова Д. М. Возмещение вреда как условие прекращения уголовного преследования (дела) в порядке, предусмотренном статьей 25 УПК / Д. М. Бєрова // Рос. следователь. – 2005. – № 6. – С. 6.

⁴ Див.: Головка Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головка. – СПб., 2002. – С. 472.

⁵ Див.: Парфіло О. Примирення винного з потерпілим – компроміс у кримінальному процесі / О. Парфіло // Підприємництво, госп-во і право. – 2002. – № 5. – С. 96; Соловійова О. Є. Примирення сторін у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / О. Є. Соловійова ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – С. 14.

здійснення належного йому права добровільно¹; по-друге, роз'яснити потерпілому процесуальні наслідки вчинюваних дій, адже прощення боргу припиняє цивільно-правове зобов'язання (ст. 605 ЦК). Відповідно до п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 12 від 23 грудня 2005 р. примирення з боку потерпілого повинно бути результатом його добровільного волевиявлення та має виключати будь-який неправомірний вплив, незалежно від того, яка зі сторін була ініціатором та з яких мотивів. До того ж кожна зі сторін вправі відмовитися від проведення медіаційних процедур у будь-який час і з будь-якої причини (Рекомендація R (99) 19 щодо медіації в кримінальних справах, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи від 15 вересня 1999 р.).

Закрытие кримінальної справи зі звільненням особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим (ст. 46 КК і ст. 8 КПК) повинно допускатися й у тому випадку, коли завдані збитки ще реально не відшкодовані, заподіяна шкода не усунута, проте, сторони уклали відповідний цивільно-правовий договір, де передбачили порядок такого відшкодування або усунення, та яка здатна в момент вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності додатково «гарантувати» потерпілому наступне загладження шкоди особою, яка вчинила злочин. Набуття потерпілим юридично закріплених, у тому числі з доказової точки зору, і формально визначених прав вимоги до особи, яка підлягає звільненню від кримінальної відповідальності, цілком може розглядатися як спосіб загладження шкоди, за умови, звичайно, що сам потерпілий приймає такий спосіб, вважаючи його достатнім. Отже, вибір форм відновлення порушених інтересів доцільно надати постраждалій стороні², оскільки захист цивільних прав може бути здійснено не лише способами, прямо передбаченими в законі, а й способами, законом не передбаченими, але встановленими сторонами в договорі. Тому вирішення питання про те, коли, в який момент завдані збитки чи заподіяну злочином моральну, фізичну або майнову шкоду слід вважати заглаженою, має залежати виключно від розсуду, позиції самого потерпілого³.

¹ Див.: Головка Л. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головка. – СПб., 2002. – С. 469, 471.

² Див.: Головка Л. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головка. – СПб., 2002. – С. 487–489; Сумачев А. В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве / А. В. Сумачев. – М., 2003. – С. 253.

³ Див.: Навроцька В. В. Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого та потерпілого при смерті одного з учасників примірної процедури / В. В. Навроцька // Кримінальне право. – 2006. – № 4. – С. 56–58.

Оскільки диспозитивність у кримінальному судочинстві являє собою нормативно передбачену можливість сторін вільно: а) розпоряджатися своїми процесуальними правами та обстоювати свою процесуальну позицію за власним розсудом; б) обирати способи поведінки для захисту своїх прав і законних інтересів, порушених злочином, а також активно впливати на хід і результати кримінально-процесуальної діяльності, то, зважаючи на загальну тенденцію до розширення її засад, при досягненні домовленості винного з потерпілим про відстрочку виконання зобов'язань по відшкодуванню завданих збитків, фактичне відшкодування чи усунення заподіяної шкоди або їх частини може мати місце як після вчинення злочину і до видалення суду до нарадчої кімнати для постановлення рішення, так і після винесення постанови (ухвали) про закриття провадження по кримінальній справі¹.

Претензії потерпілого можуть бути задоволені обвинуваченим (підсудним) і частками протягом певного строку, що визначається сторонами. Наприклад, у бельгійському інституті право держави на публічний позов припиняється після останнього платежу². За Законом США «Про обов'язкову реституцію жертвам злочинів» (1996 р.), отримавши повідомлення про істотні зміни в матеріальному становищі підсудного: 1) офіс аторнея зобов'язаний сповістити всіх жертв злочину про цю обставину; 2) суд може змінити графік погашення платежів з власної ініціативи або з ініціативи однієї зі сторін. Відповідальність за виплату зберігається протягом 20 років після звільнення підсудного або до його смерті³. В усіх розглянутих випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності не буде порушенням вимог закону, хоча й не відповідає його буквальному змісту, оскільки за ініціативою потерпілого ця обставина може не мати вирішального правового значення для прийняття даного рішення⁴.

О. Є. Соловійова пропонує протилежний варіант розв'язання означених вище проблем — встановити за згодою сторін окремі строки для проведення дій по примиренню та відшкодуванню завданих збитків

¹ Див.: Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : монографія / Ю. В. Баулін. – К., 2004. – С. 141.

² Див.: Головка Л. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головка. – СПб., 2002. – С. 139.

³ Див.: Кухта К. И. Правовой статус жертвы преступления (потерпевшего) в уголовном процессе США / К. И. Кухта, В. Н. Махов. – М., 2008. – С. 60–61.

⁴ Див.: Шило О. Г. Проблеми вдосконалення інституту звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого (підсудного) з потерпілим / О. Г. Шило // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. ; відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2008. – Вип. 93. – С. 134.

або усуненню заподіяної шкоди (1–2 місяці, залежно від обставин справи), під час яких провадження по кримінальній справі зупиняється¹. З точки зору О. В. Смирнова, часові рамки для процесу медіації мають встановлюватися судом з власної ініціативи і можуть бути розширені за клопотанням сторін², однієї з них. Найбільш раціональною уявляється думка В. В. Навроцької про необхідність доповнити ст. 280 КПК частиною 4 такого змісту: у випадку, коли обвинувачений (підсудний) укладе з потерпілим домовленість про відстрочку виконання зобов'язань по відшкодуванню завданих збитків або усуненню заподіяної шкоди, суд (суддя) зупиняє щодо цієї особи провадження до закінчення строку виконання умов примирювальної домовленості. Після його спливу суд (суддя) повинен відновити провадження по кримінальній справі і в разі з'ясування того, що домовленості виконані, на підставі ч. 2 ст. 8 КПК винести ухвалу (постанову) про закриття справи. Якщо протягом наданого часу такі зобов'язання взагалі не виконані чи виконані неналежним чином, розгляд кримінальної справи продовжується в звичайному порядку до винесення вироку. Встановлений строк не може перевищувати строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за даний злочин³. Виникає запитання, чому автор не передбачила аналогічну підставу для зупинення досудового слідства за ст. 206 КПК? Примирення сторін доцільно також розглядати як одну з обставин, що пом'якшують покарання, виходячи зі змісту норм, які закріплені в п. 2 ч. 1 та ч. 2 ст. 66 КК.

До направлення кримінальної справи до суду особі повинно бути роз'яснено підставу звільнення від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття справи з цієї підстави (ч. 2 ст. 7¹ КПК). Із наведених положень важко зробити висновок про те, до якої саме особи звернуті вимоги закону? На нашу думку, такою особою має бути і потерпілий. До того ж направлення кримінальної справи до суду з підстав, зазначених у цій статті, не допускається, якщо обвинувачений, підсудний проти цього заперечує. У цьому разі провадження у справі продовжується у звичайному порядку (ч. 3 ст. 7¹ КПК). Незрозуміло, чому потерпілому не надано аналогічного права з метою

¹ Соловйова О. Є. Примирення сторін у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / О. Є. Соловйова ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – С. 12, 14.

² Смирнов А. В. Состязательный процесс / А. В. Смирнов. – СПб., 2001. – С. 308.

³ Навроцька В. В. Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого та потерпілого при смерті одного з учасників мирної процедури / В. В. Навроцька // Кримінальне право. – 2006. – № 4. – С. 55–56.

реалізації засад змагальності на даній стадії кримінального провадження? Вважаємо, що згода потерпілого нарівні зі згодою обвинуваченого повинна бути визнана однією з обов'язкових умов звільнення особи від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи за nereабілітуючими підставами¹.

Прокурор або слідчий в разі винесення постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених у ч. 1 ст. 7¹ КПК, повинні ознайомити обвинуваченого, його захисника, потерпілого або його представника з названою постановою, а в разі їх вимоги — з усіма матеріалами справи та роз'яснити їх права, передбачені цим Кодексом (ч. 4 ст. 7¹ КПК). Однак порядок такого ознайомлення кримінально-процесуальним законом не регламентується. Зважаючи на те, що досліджується самостійна форма закінчення досудового слідства, про вчинення перелічених процесуальних дій слідчий зобов'язаний скласти відповідний протокол з дотриманням вимог статей 217, 218 КПК, застосованих за аналогією². У разі коли потерпілий погоджується із закриттям кримінальної справи за вказаною підставою, про це повинна бути зроблена відмітка в протоколі, засвідчена його підписом. Якщо ж останній заперечує проти закриття справи за такою підставою, то провадження по ній продовжується в загальному порядку³. У зв'язку з цим видається неправильною позиція М. Джиги та О. Михайленка, які вважають, що потерпілому має бути надана можливість ознайомитися з матеріалами вже закритої кримінальної справи⁴.

Згідно зі ст. 12 КПК при вирішенні питання про закриття кримінальної справи відповідно до статей 7¹, 8 чинного КПК суд зобов'язаний з'ясувати думку потерпілого і в разі закриття справи повідомити про це потерпілого та його представника шляхом вручення або направлен-

¹ Див.: Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов, 2004. – С. 120; Седаш Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Е. А. Седаш ; Саратов. гос. акад. права. – Саратов, 2000. – С. 7.

² Див.: Филин Д. В. Прекращение уголовного дела с освобождением обвиняемого от уголовной ответственности / Д. В. Филин // Проблемы законности : Республик. міжвід. наук. зб. : відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2002. – Вип. 55. – С. 151–153.

³ Див.: Филин Д. В. Сущность и порядок принятия решения об освобождении лица от уголовной ответственности на Украине / Д. В. Филин // Государство и право. – 2002. – № 12. – С. 74.

⁴ Джига М. Права та суть потерпілого в системі учасників кримінального процесу / М. Джига, О. Михайленко // Вісн. прокуратури. – 2006. – № 4 (58). – С. 67.

ня їм копії постанови¹, яка може бути оскаржена ними в апеляційному порядку. Відзначимо необхідність закріплення на законодавчому рівні положення про те, що коли потерпілий (його представник) заперечує проти закриття кримінальної справи з будь-якої з нереабілітуючих підстав, його участь при вирішенні в судовому засіданні даного питання має бути визнана обов'язковою. При цьому позиція потерпілого фіксується в протоколі судового засідання. Згідно з ч. 3 ст. 213 КПК Російської Федерації у випадках, коли закриття кримінальної справи допускається тільки за згодою обвинуваченого чи потерпілого, наявність такої згоди безпосередньо відображається в постанові судді або ухвалі суду.

Водночас потерпілому має бути роз'яснено, що він не вправі після прийняття рішення про звільнення від кримінальної відповідальності та закриття справи у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим знову ставити питання про притягнення до кримінальної відповідальності тієї ж особи по тому ж обвинуваченню за вчинення злочинного діяння. Встановлення фактів, які суттєво збільшують обсяг пред'явленого обвинувачення, може бути підставою для перегляду постанови (ухвали) про закриття кримінальної справи за примиренням сторін за нововиявленими обставинами, що допускається лише протягом установлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності та не пізніше одного року з дня виявлення нових обставин (ч. 1 ст. 400⁶ КПК).

Закриття кримінальної справи з підстав, зазначених у статтях 7 та 7¹ цього Кодексу, не звільняє особу від обов'язку відшкодувати в установленому законом порядку матеріальні збитки, завдані нею організаціям або громадянам (ч. 2 ст. 28 КПК). Так, за ч. 4 ст. 213 КПК РФ потерпілому, цивільному позивачу роз'яснюється право пред'явити позов в порядку цивільного судочинства, якщо кримінальна справа закривається на підставі, передбаченій ст. 25 чинного Кодексу (у зв'язку з примиренням сторін). Виходячи з цього та керуючись нормою ст. 53 КПК, вважаємо, що у вітчизняному кримінально-процесуальному законі доцільно окремо вказати на обов'язок суду (судді), прокурора, слідчого й особи, яка провадить дізнання, роз'яснити потерпілому, цивільному позивачу таке право і забезпечити можливість його здійснення. В аналогічному порядку потерпілий захищає свої права та

¹ Див.: Матієк Т. В. Узагальнення практики застосування судами законодавства, що забезпечує захист прав потерпілих у кримінальному судочинстві від 1 червня 2004 року / Т. В. Матієк // Адвокат. – 2004. – № 2. – С. 52.

законні інтереси в разі невиконання звільненою від кримінальної відповідальності особою взятих на себе зобов'язань¹, адже третя особа, на користь якої передбачено виконання, вправі вимагати виконання договору (ч. 2 ст. 636 ЦК).

Нагальна потреба чітко сформулювати дані положення в національному законодавстві зумовлюється тим, що окреслені нововведення: а) дозволяють успішно вирішувати кримінально-правові конфлікти за рахунок активного залучення конфліктуючих сторін; б) сприяють задоволенню інтересів, потреб обох сторін завдяки безпосередній їх участі у формуванні взаємоприйняттого рішення; в) забезпечують якнайшвидше відшкодування/компенсацію завданих збитків, усунення заподіяної злочином шкоди².

Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів, схвалена Указом Президента України від 28 грудня 2004 р. № 1560/2004, серед основних напрямів державної політики відзначає розроблення ефективного механізму реалізації права потерпілого на відшкодування заподіяної злочином шкоди (ст. 4). Відповідно до п. 24 постанови Пленуму Верховного Суду України № 13 від 2 липня 2004 р. «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів», суди повинні гостро реагувати на виявлені під час судового розгляду факти незабезпечення або несвочасного забезпечення відповідними органами реального відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому злочинцем, і самі використовувати надані їм законом повноваження з метою такого відшкодування.

¹ Див.: Яценко А. М. Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / А. М. Яценко ; Харк. нац. пед. ун-т ім. Г. С. Сковороди. – К., 2006. – С. 13.

² Див.: Відновне правосуддя. Особливості впровадження процедури медіації: європейський досвід / О. М. Боброва, А. О. Горова, В. В. Землянська, Н. М. Прокопенко. – К., 2006. – С. 116; Маляренко В. Т. Відновлювальне правосуддя: можливості запровадження в Україні / В. Т. Маляренко, І. А. Войтюк // Бюл. М-ва юстиції України. – 2004. – № 8 (34). – С. 51; Туманянц А. Р. Відновне правосуддя / А. Р. Туманянц // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. ; відп. ред. В.Я. Тацій. – Х., 2006. – Вип. 79. – С. 131–132.

О. Капліна, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблеми зловживання правом у кримінальному процесі

Останнім часом значно зростає науковий та практичний інтерес до такого правового явища, як «зловживання правом». Проте необхідно зазначити, що ідея про можливість використання свого права «на зло» не є винаходом сучасності, вона існує вже більше двох тисячоліть і зародилася ще у Давньому Римі. Правове регулювання відносин, які виникають із зловживання правом, у різних сучасних галузях права, у різних правових системах досить суперечливе. Можна навіть констатувати, що в світі наразі на рівні теорії права чи окремих галузей права взагалі не створено єдиної концепції розуміння правової природи цього правового явища.

За радянських часів до проблем «зловживання правом» зверталися переважно вчені-цивілісти М. М. Агарков, М. Й. Бару, С. М. Братусь, В. П. Грибанов, М. С. Малєїн¹. Саме роботи цих відомих вчених сприяли закладенню міцного фундаменту, на якому поступово будувалися дослідження їх сучасних колег. Адже саме ця галузь права має у своєму активі найбільшу кількість досліджень із проблем зловживання правом², а доктринальні розробки вчених трансформу-

¹ Див.: Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М. М. Агарков // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. – 1946. – № 6. – С. 427–429; Бару М. И. О статье 1 Гражданского кодекса / М. И. Бару // Сов. государство и право. – 1958. – № 12. – С. 118; Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав / С. Н. Братусь // Правоведение. – Л., 1967. – № 3. – С. 79–86; Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М., 1972; Малєин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость / Н. С. Малєин. – М., 1992. – С. 160.

² Див., напр.: Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / А. В. Волков. – М., 2009; Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. – М., 2002; Маликов Е. Ю. Правовая природа злоупотреблений субъективным гражданским правом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. Ю. Маликов. – М., 2010; Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом / О. А. Поротикова. 2-е изд, исправ. и доп. – М., 2008; Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России / С. Д. Радченко. – М., 2010; Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. О. Стефанчук. – К., 2006. Филиппов П. М. Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребления им / П. М. Филиппов, А. Ю. Белоножкин. – Волгоград, 2009.

валися у формальне їх закріплення в нормах цивільного законодавства¹.

Сфера пізнання розглядуваного явища значно розширилася останнім часом, коли належного доктринального бачення як підґрунтя законного застосування відповідних норм права почали вимагати від вчених правознавців, які зіткнулися з багатьма проблемами, пов'язаними із негативними наслідками зловживання наданими особам правами у правовідносинах різних галузей права. Таким чином, тільки за останні десять років з'явилися монографічні та дисертаційні роботи вчених — представників окремих галузей права (цивільно-процесуального, трудового, кримінального, господарського тощо)², а також загальнотеоретичні дослідження³. Проте, незважаючи на вже солідний перелік сучасних робіт, ще й дотепер проблеми, які намагаються розглядати у своїх працях вчені, залишаються дискусійними або дослідженими фрагментарно. У кримінально-процесуальному праві взагалі відсутні фундаментальні монографічні роботи, які були би присвячені дослідженню специфіки використання процесуальних прав «зі злими намірами» у цьому виді державної діяльності, їх запобіганню та усуненню можливих наслідків. Слід згадати тільки дисертаційне дослідження О. Ю. Хабло, в якому зловживання правом розглядається крізь призму проблем зловживань у сфері кримінального процесу⁴. Окремі питання в постановочному плані також підіймаються вченими у роботах, присвячених розгляду кримінально-процесуальних право-

¹ Див.: ст. 13 Цивільного кодексу України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356; ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

² Див.: Аболонин В. О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии : дис. ... канд. юрид. наук / В. О. Аболонин. – Екатеринбург, 2008; Грель Я. В. Злоупотребление сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / Я. В. Грель. – Новосибирск, 2006; Офман Е. М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. М. Офман. – Екатеринбург, 2006; Юдин А. В. Злоупотребление гражданскими правами в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / А. В. Юдин. – СПб., 2009.

³ Див.: Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бергель ; под общ. ред. В. И. Даниленко : пер с фр. – М., 2000. – С. 441–447; Вдовичен О. О. Поняття зловживання правом / О. О. Вдовичен // Право і суспільство. – 2008. – № 4. – С. 47–52; Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование) / А. А. Малиновский. – М., 2010; Полянський Т. Зловживання правом (загально-теоретичний аналіз) / Т. Полянський // Право України. – № 1. – 2010. – С. 128–133; Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. М. Хміль. – Х., 2005. – С. 128–133.

⁴ Хабло О. Ю. Зловживання у сфері кримінального процесу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. Ю. Хабло. – К., 2008.

порушень¹, реалізації суб'єктивних прав окремими учасниками кримінально-процесуальних правовідносин чи питанням реформування кримінально-процесуального законодавства².

Метою статті є висвітлення комплексу проблем, пов'язаних із можливістю зловживання правом у кримінальному процесі, проведення порівняльного дослідження сучасного стану теоретико-правової розробки поняття «зловживання правом», поглиблення знань щодо правової природи розглядуваного феномену та формування пропозицій, спрямованих на протидію зловживанню процесуальними правами у кримінальному процесі.

Термін «зловживання правом» в його буквальному розумінні означає використання права «на зло» в тих випадках, коли уповноважений суб'єкт володіє суб'єктивним правом, діє в його межах, але завдає шкоди правам інших осіб або суспільству в цілому.

Іноді правознавці трактують зловживання правом як правопорушення³, або особливу форму правопорушення⁴, проте подібний підхід викликає деякі зауваження. Адже правопорушення — це протиправне, винне соціально шкідливе діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, яке тягне за собою юридично визначені для правопорушника негативні наслідки⁵. Оскільки при зловживанні правом суб'єкт діє

¹ Див.: Вепрев В. С. Основания уголовно-процессуальной ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. С. Вепрев. – Челябинск, 2006; Ветрова Г. Н. Уголовно-процессуальная ответственность / Г. Н. Ветрова. – М., 1987; Громов Н. А. Санкции в уголовно-процессуальном праве России / Н. А. Громов, С. А. Полунин. – М., 1998; Коврига З. Ф. Уголовно-процессуальная ответственность / З. Ф. Коврига. – Воронеж, 1984; Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права / П. С. Элькин. – Л., 1963.

² Див.: Грошевий Ю. М. Концептуальні засади побудови проекту Кримінально-процесуального кодексу України / Ю. М. Грошевий // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. (8 жовт. 2010 р.). – Т. 2 : Кримінальний процес, криміналістика, оперативно-розшукова діяльність та судова експертиза. – Одеса, 2010. – С. 106; Развейкина Н. А. Злоупотребление правом как способ неправомерного воздействия председательствующего на присяжных заседателей и средства защиты от него : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. А. Развейкина. – Самара, 2007.

³ Див про це: Малиновский А. А. Злоупотребление правом / А. А. Малиновский. – М., 2002. – С. 7–33.

⁴ Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.0015 / А. В. Юдин. – СПб., 2009. – С. 8.

⁵ Див.: Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 359.

в рамках наданого йому суб'єктивного права, бракує основної юридичної ознаки правопорушення — протиправності, тобто явного порушення вимог норми права, що в кримінальному судочинстві найчастіше позначається терміном «незаконні дії». Водночас заперечення протиправності при зловживанні правом не дає підстав і для позиціонування подібних дій як правомірних, оскільки правомірні дії є соціально корисними.

На наш погляд, проблема полягає в тому, що при зловживанні правом суб'єкт, який тлумачить, а потім застосовує норму кримінально-процесуального права, завжди спирається на надане йому законом суб'єктивне право й на перший погляд, його дії формально не суперечать об'єктивному праву.

Відомо, що коли правозастосовник тлумачить норму права, він може зробити різні логічні акценти. Особливо часто це зустрічається при з'ясуванні смислу норм, сформульованих із похибками законодавчої техніки, таких, що припускають смислову багатозначність оцінних понять, норм, які містять дискреційні повноваження суб'єктів кримінального процесу, за наявності прогалин у правовому регулюванні й пошуків норми права для застосування її за аналогією, колізій норм тощо. У таких випадках досить складно встановити хоч яке б обмеження для власного розсуду правозастосовника. Ним обирається варіант тлумачення норми, найбільш близький до тієї мети, яку він бажає досягти, використовуючи надане йому право.

Відомі французькі вчені Ж. Карбоньє і Ж.-Л. Бержель вважають, що зловживання правом можливе там, де має місце суперечність між духом і буквою права. Зокрема, Ж. Карбоньє вказує: якщо, не порушуючи матеріальних меж свого права, індивід використовує його на шкоду іншому індивідові, якщо, дотримуючись букви права, він порушує його дух, тоді говорять, що особа зловживає своїм правом, ніяк не використовує його на користь і таке зловживання не може мати юридичного виправдання¹. Розвиваючи цю думку свого співвітчизника, Ж.-Л. Бержель зауважує, що існують випадки, коли людина, надаючи своїм діям повну видимість юридичної правильності, насправді використовує надані їй права з метою, протилежною тій, яку має на увазі позитивне право. Інакше кажучи, вона дотримується букви права, але порушує його дух. Тому саме дух права має бути в центрі уваги, оскільки він є синонімом природної спрямованості, кінцевої мети, на

¹ Цит. за: Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко : пер с фр. – М., 2000. – С. 442.

якій ґрунтується будь-яка юридична система. Право не може захищати випадки, що його порушують, закони не можуть вже однією своєю буквою легітимувати або виправдовувати ігнорування їх духу, самого сенсу їх існування. Учений підкреслює, що такі випадки, коли не порушується «буква» об'єктивного права, але порушується «дух», і пов'язані з поняттям зловживання правом¹.

Кожен юрист усвідомлює можливість маніпулювати смислом норми права, що часом призводить до прагнення не встановити дійсний її смисл, використовуючи способи тлумачення, а виробити свій власний і нав'язати його оточуючим. У зв'язку з цим О. Александров зауважував, що юрист — це гравець на семантичному правовому полі, створеному юридичною мовою. Мета його діяльності — досягти власної вигоди, суспільного блага юридично-мовними засобами. Наскільки він володіє останніми, наскільки технічно досвідчений, настільки він успішний у своїй дискурсивній практиці².

Під зловживанням правом при тлумаченні та застосуванні норми, на нашу думку, слід розуміти використання наданого суб'єктові права її тлумачення у розріз зі смислом, який дійсно вклав у цю норму законодавець; при нібито відповідності букві закону мають місце зневага його духом, невідповідність призначенню норми, спотворення справжнього її смислу, тлумачення на протигагу нормам моралі. Інакше кажучи, зловживання правом — це порушення суб'єктивного права, міри можливої поведінки, межі, встановленої цією мірою.

Психологічна природа таких дій може бути найрізноманітніша. Тут включаються тонкі психологічні механізми, уловити які не завжди можливо. В одних випадках правозастосовник, який тлумачить, а потім застосовує норму кримінально-процесуального права, передбачає власне маніпулювання її смислом і бажає досягти саме такого результату, в інших же це може бути просте бажання нав'язати власну точку зору, не допустити створення прав та обов'язків суб'єктів кримінально-процесуальних відносин або умов для їх реалізації.

За словами А. Б. Венгерова, використання права «на зло» виявляється там і тоді, де і коли порушується міра розумної соціальної поведінки, порушується баланс своїх і чужих прав³. Тому не допустити

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко : пер с фр. – М., 2000. – С. 441–443.

² Александров А. Юридическая техника – судебная лингвистика – грамматика права / А. Александров // Уголовное судопроизводство. – 2007. – № 2. – С. 34.

³ Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник. – 2-е изд. / А. Б. Венгеров. – М., 2005. – С. 499.

зловживання своїм правом — значить знайти цей розумний баланс між наданими правозастосовникові правами і правами та свободами особи, яка залучається до сфери кримінального судочинства. Подібний підхід у розумінні суті даного принципу свідчить про своєрідність юридичних наслідків зловживання правом при тлумаченні та подальшому застосуванні норми права. Отримуючи потрібний (а не дійсний) смисл із норми права, суб'єкт тлумачення не здійснює правопорушення і через це дуже складно довести факт зловживання правом та притягнути його до юридичної відповідальності.

Прикладом зловживання правом при тлумаченні статті закону може бути проблема, яка виникла у зв'язку із тлумаченням і подальшим застосуванням ч. 2 ст. 82 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації (далі — КПК РФ). Відповідно до вказаної статті, слідчий вправі винести постанову і розпорядитися долею речових доказів ще до набрання законної сили вироком суду, якщо вони громіздкі і не можуть зберігатися при кримінальній справі, якщо це великі партії товарів, зберігання яких ускладнено або витрати по забезпеченню спеціальних умов збереження яких сумірні з їх вартістю; якщо це товари і продукція, які швидко псуються, а також майно, яке піддається швидкому моральному старінню, тощо.

Правозастосовна практика зіткнулася з тим, що, реалізуючи вказані дискреційні повноваження, слідчі в окремих випадках почали зловживати наданим ч. 2 ст. 82 КПК РФ правом. Посилаючись на моральне старіння модного одягу, взуття, моделей мобільних телефонів, комп'ютерної техніки, неможливість зберігання крупних партій товарів, офісної техніки, на небезпеку для здоров'я мобільних телефонів, зазначені товари передавалися до Російського фонду федерального майна і продавалися з великою різницею в ціні акредитованими компаніями. Тільки 2007 року за даними цього фонду, було реалізовано речових доказів на 608,7 млн руб.

Зокрема, 3 листопада 2005 року Московсько-Смоленська транспортна прокуратура в рамках кримінальної справи про контрабанду гелікоптерів визнала речовим доказом гелікоптер Bell-407 і реалізувала його без компенсації власникові.

29 березня 2006 року співробітники МВС заарештували на Шереметьєвській митниці близько 167,5 тис. стільникових телефонів «Motorola» на суму 19 млн доларів, куплених компанією «Євромережа». Поки йшло розслідування, 30 тис. телефонів було продано через сторонні фірми.

5 травня 2008 року Слідчий комітет при Генпрокуратурі Росії оголосив про розкриття злочинної групи, яка займалася продажем кухонних меблів і оргтехніки, що були конфісковані у справах про контрабанду. Серед підозрюваних виявилися экс-прокурор Північно-Західного округу Москви, заступник начальника ОБЕЗ округу і кілька їх підлеглих. За деякими підрахунками, сукупний збиток бізнесу і упущений прибуток держави від заниженої ціни реалізації конфіскованих товарів становив понад 10 млрд доларів¹. Велика кількість подібних випадків зловживання правозастосовниками наданим їм законом правом призвели до того, що у правозастосовній практиці навіть виник новий термін «товарне рейдерство».

Формально в наведених випадках, на перший погляд, закон не порушується, оскільки він дозволяє слідчому в окремих випадках розпорядитися долею речових доказів ще до набрання вироком суду законної сили, проте порушуються права власників речових доказів, застосовується норма права у розріз із тим смислом, який насправді вкладений в неї законодавцем, несе збитки держава або власник незаконно реалізованих речей, збагачуються особи, які не мають на це права.

Частина 2 ст. 82 КПК РФ стала предметом розгляду Конституційного Суду РФ, який дійшов висновку, що відповідно до таких фундаментальних принципів, як верховенство права і юридична рівність, втручання держави у відносини власності не повинно бути довільним і порушувати рівновагу між вимогами інтересів суспільства і необхідними умовами захисту основних прав особистості, що передбачає розумну відповідність між використовуваними засобами і переслідуваною метою, з тим, щоб забезпечувався баланс цінностей, що захищаються конституцією, і особа не піддавалося надмірному обтяженню.

Орган конституційної юрисдикції визнав положення підп. «в» п. 1 ч. 2 та ч. 4 ст. 82 КПК РФ неконституційними, оскільки ці законоположення дозволяють позбавляти власника або законного володільця його майна, визнаного речовим доказом, без вироку, що набрав законної сили, яким вирішується питання про це майно як речовий доказ, і — у разі коли спір про право на майно, що є речовим доказом, підлягає вирішенню в порядку цивільного судочинства, — до набуття чинності відповідним рішенням суду.

Судді Конституційного Суду в правовій позиції підкреслили, що вилучення майна у власника допустиме без судового рішення лише

¹ Див. про це: Малахов А. У следователей отобрали право передачи вещдоков на реализацию / А. Малахов, Ю. Чернега // Коммерсантъ. – 2008. – № 123 от 17 июля.

в тих випадках, коли таке вилучення, як процесуальна міра забезпечувального характеру, є тимчасовою, не призводить до позбавлення особи права власності і передбачає подальший судовий контроль; відчуження ж майна, вилученого як речовий доказ у кримінальній справі, без судового рішення неможливо¹.

Таким чином, тільки орган конституційної юрисдикції поклав край зловживанню органами попереднього розслідування РФ наданим правом. Слід зауважити, що подібні випадки зустрічаються і в правозас-тосовній практиці України.

Зловживання наданим правом у кримінальному процесі можливо не лише особами, які ведуть кримінальний процес. Нещодавно у КПК України з'явилася нова норма, яка передбачає, що не може бути захисником особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи (ч. 4 ст. 61 КПК України).

Аналізуючи наведені положення, можна зробити висновок, що в цій статті законодавець сформулював оцінне поняття, яке може неоднозначно тлумачитися органами, що ведуть процес, і особами, які здійснюють захист по кримінальній справі, що обумовлене характером виконуваних ними функцій.

З одного боку, ця норма покликана убезпечити кримінальне судочинство від недобросовісних захисників, з другого — адвокат може вести принциповий, безкомпромісний захист, руйнуючи штучно створене обвинувачення. Його ініціативність, непримиренність, активність, наполегливість, сміливість, тактика і стратегія можуть бути сприйняті як «зловживання своїми правами». Адже при здійсненні процесуальних функцій зіштовхуються полярні інтереси, мають місце різні погляди слідчого і захисника на одні і ті ж факти, відбувається «боротьба думок», суджень, уявлень.

У деяких випадках свобода використання учасниками кримінального судочинства своїх процесуальних прав може призвести до егоїстично орієнтованої поведінки, яка саме і є зловживанням наданим цій особі правом. Йдеться, наприклад, про випадки неодноразового по-

¹ По делу о проверке конституционности положений статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.В. Костылева: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2008 г. № 9-П // Собр. законодательства РФ. – 2008. – № 30. – Ст. 3695.

дання учасниками процесу скарг або клопотань щодо одних і тих самих дій або бездіяльності осіб, які ведуть кримінальний процес, з одних і тих самих підстав, одному і тому ж суб'єктові, у тому числі скарг і клопотань в іншій стилістичній формі, але тотожних по суті; багаторазове заявлення необгрунтованих відводів слідчому, захиснику, судді; неподання або несвоєчасне подання доказів чи інших матеріалів на законну вимогу уповноважених суб'єктів; затягування з ознайомленням із матеріалами кримінальної справи; неодноразове нез'явлення до суду з різних «поважних» причин тощо.

Звичайно, що більше соціальне зло та негативні наслідки тягне зловживання правом, яке здійснюється правозастосовними органами. Констатувати факт зловживання правом при правозастосовному тлумаченні та подальшому застосуванні норми кримінально-процесуального права досить складно, але можливо. Для цього слід спиратися на мотивування ухвалюваного рішення суб'єктом правозастосування, зважаючи на подальший процес застосування даної норми права, й констатувати невинуваті порушення суб'єктивних прав осіб, які беруть участь у кримінальному процесі. Навіть якщо тлумачення норми в судовому рішенні відбувається імпліцитно, воно може бути реконструйовано з урахуванням тих обставин справи, що містяться в описовій і мотивувальній частинах рішення. Характеристика цих фактичних обставин, їх юридична кваліфікація і вказуватимуть на те, яке тлумачення норми вибрав суддя, слідчий чи прокурор. Крім того, з'ясувати, що діяльність суб'єкта правозастосування має іншу мету, ніж закладена у нормі права, можна за допомогою тлумачення, а саме цільового, історичного та логічного способів.

Реалізуючи свої правотлумачні повноваження, правозастосовникові належить діяти не довільно, не в рамках власного абсолютно вільного розсуду, а спиратися на вимоги принципів публічності й законності, керуватися практикою усталеного тлумачення даної норми, що вже склалася, а можливо, і правовими узвичаєннями. Він повинен зупинитися на тому тлумаченні, яке не викличе особливих суперечок у колі професійної спільноти або не суперечитиме громадській думці. А. Барак вважає, що обраний варіант тлумачення має перш за все виражати основну концепцію певного співтовариства юристів і суспільства, в якому він живе й діє¹.

Проведене дослідження дозволяє зробити ряд висновків. Перш за все необхідно зазначити, що інтерес до дослідження феномену «зло-

¹ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М., 1999. – С. 18–19.

живання правом» у кримінальному процесі останнім часом значно зростає недарма, він обумовлений тим, що у практичній діяльності випадки використання права «на зло» значно збільшуються. Проте кримінально-процесуальне законодавство виявилось неготовим до ефективної протидії подібним зловживанням.

Соціальна небезпека зловживання процесуальними правами полягає в тому, що зовні дії (або бездіяльність) ніби вчиняються в рамках правового поля, тоді як насправді заподіюється шкода правам та законним інтересам осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, чи інтересам правосуддя. Особливо дисонує з принципами та завданнями кримінального судочинства зловживання правом особами, які ведуть кримінальний процес, та покликані охороняти права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь, швидко і повно розкрити злочин, викрити винних та забезпечити правильне застосування Закону, з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний. Крім того, умови реалізації наданих кримінально-процесуальним законом прав підпорядковуються принципам кримінального процесу та не повинні суперечити їм. Особливо це стосується реалізації прав, наданих особам, що ведуть кримінальний процес, які обов'язково повинні спиратися у своїй діяльності на вимоги законності та публічності. Свобода розпорядження своїми процесуальними правами іншими особами, які вступають у кримінально-процесуальні правовідносини, також не є абсолютною, а має свої межі.

Здається неможливим перелічити всі можливі випадки зловживання процесуальним правами, адже будь-яке суб'єктивне право, що мають особи, які ведуть кримінальний процес, учасники процесу та особи, що залучаються до орбіти кримінального судочинства, може бути використано усупереч його безпосередньому призначенню.

Запобігти зловживанню правами, обмежити його, вважаємо, можуть удосконалення процесуального закону; уніфікація тлумачення тих норм права, смисл яких значною мірою залежить від розсуду суб'єкта правотлумачення та правозастосування; заходи щодо забезпечення однаковості судової і слідчої практики; розширення сфери судового контролю; скасування рішень, у яких виявлено зловживання правом; поновлення порушених у результаті такого зловживання прав суб'єктів; закріплення в законі принципу «недопустимості зловживання наданими кримінально-процесуальним законом правами», або «добросовісного здійснення процесуальних прав».

О. Ткачова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Щодо компетенції та повноважень кримінально-виконавчої інспекції при виконанні покарання у виді виправних робіт

Із процесом виконання-відбування будь-якого покарання й діяльністю органів чи установ виконання покарань тісно пов'язані визначення і співвідношення понять і змісту їх компетенції й повноважень. У кримінально-виконавчій системі органом, на який покладено завдання виконання покарання у виді виправних робіт, є кримінально-виконавча інспекція Державної кримінально-виконавчої служби України, яка також має свою компетенцію та повноваження.

Різним аспектам діяльності кримінально-виконавчої інспекції присвячені наукові праці Р. В. Алієва, І. Г. Богатирьова, А. Х. Степанюка, С. І. Халимона, Д. В. Ягунова, І. С. Яковець та ін. Проте у роботах зазначених авторів питанням повноважень та компетенції цього державного органу виконання покарання увагу приділено лише фрагментарно, що зумовлювалося вирішенням інших дослідницьких завдань організації процесу відбування засудженими покарання у виді виправних робіт. Аналіз чинного кримінально-виконавчого законодавства свідчить про те, що в нормативно-правових актах, які регулюють питання виконання покарань, терміни «повноваження» й «компетенція» не визначені. Тому виникає потреба встановити їх співвідношення, а також зміст поняття «виконання покарання у виді виправних робіт». Тим більше, що розробка та уточнення понятійного апарату, котрим оперує та чи інша галузь права, складає теоретичний фундамент, на якому базується практична діяльність відповідних органів виконання покарань.

Вважаємо, що термін «компетенція» треба розглядати у сполученні з такими поняттями, як «повноваження» і «предмети відання». Хоча перелічені терміни і мають міждисциплінарну природу і відомі будь-якій галузі права, але в контексті даної статті вони розглядатимуться передусім стосовно діяльності кримінально-виконавчої інспекції.

Якщо звернутися до етимології слова «компетенція», можна встановити, що цей термін походить від латинського *competentia*, що перекладається як «погодженість частин, розмірність, симетрія»¹, «відання, здатність, належність по праву», і має два найбільш поширені значення: а) перелік питань, в яких особа чи декілька осіб мають знання («відають щось») і б) коло повноважень — прав та обов'язків («відати чимось»).

У спеціальній науковій літературі існує чимало визначень терміна «компетенція». Найбільш оптимальним вважаємо тлумачення компетенції, яке називає її елементами предмети відання й повноваження.

Отже, перш за все необхідно встановити *предмет відання* кримінально-виконавчої інспекції, який виступає головним складовим елементом її компетенції. У юридичній літературі під предметом відання розуміються завжди визначені в законодавстві в тій чи іншій формі суспільні відносини, що становлять предмет правового регулювання² і з приводу яких суб'єкти цих правовідносин мають певні повноваження. Таким чином, самі суспільні відносини (у даному разі кримінально-виконавчі) не включаються до компетенції кримінально-виконавчої інспекції, оскільки вони залишаються предметом її відання і становлять, по суті, середовище, в якому здійснюється кримінально-виконавча діяльність і діють правомочні й правозобов'язані суб'єкти. Важливість визначення предмета відання полягає в тому, що він дає можливість чітко відмежувати ті суспільні відносини, в яких орган компетентний, від суміжних з ними або подібних їм суспільних відносин, що знаходяться за межами цієї компетенції.

Іншим необхідним елементом компетенції є *повноваження*, які характеризують правовий статус органу чи посадової особи і мають владну природу. Під поняттям «повноваження кримінально-виконавчої інспекції», на нашу думку, слід розуміти закріплені нормами кримінально-виконавчого права за вказаним органам права й обов'язки, необхідні для здійснення ним певних завдань та функцій.

Одним із важливих питань є співвідношення компетенції і повноважень. Із вищевикладеного можна зробити висновок, що поняття «компетенція» є ширшим від поняття «повноваження», оскільки включає в себе повноваження як складову частину. Однак постає питання:

¹ Див.: Бутко І. П. Місцеві ради і забезпечення законності / І. П. Бутко, Ю. С. Шемшученко. – К., 1973. – С. 11.

² Див.: Любченко П. М. Компетенція суб'єктів місцевого самоврядування / П. М. Любченко. – Х., 2001. – С. 48.

чи достатньо наявності владних повноважень у того чи іншого органу або в посадової особи, щоб їх можна було вважати компетентними вирішувати відповідні проблеми? Тут, вважаємо, знов-таки потрібно зауважити, що компетенція включає в себе поряд із повноваженнями ще й предмет відання. Ці дві категорії, тісно пов'язані між собою, не можуть існувати одна без одної, тому що без предмета відання немає тих суспільних відносин, на які поширюється владний вплив органу або посадової особи; повноваження виступають тільки інструментом впливу на об'єкт. У разі ж відсутності повноважень існують лише суспільні відносини, а владного впливу немає. Тому ми солідаризуємося з позицією Б. М. Лазарева, що не можна сформулювати саме повноваження, не вказавши, що має робити орган управління у певній сфері життя суспільства, стосовно будь-якої діяльності, а якщо не існує «предметності» у тлумаченні повноваження, то, по суті, немає й самого повноваження¹.

На кримінально-виконавчу інспекцію під час виконання виправних робіт, згідно з Інструкцією про порядок виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань (далі — Інструкція), покладено досить різноманітні специфічні повноваження, які можна поділити на декілька груп залежно від характеру напрямів роботи, що здійснюються інспекцією. Отже, усі повноваження інспекції вбачаємо доцільним звести до таких груп, як-от: 1) організаційні; 2) інформаційно-аналітичні та «представницькі»; 3) розшукові; 4) контролюючі; 5) виховні; 6) інші.

До *організаційних повноважень* належить віднести: а) ведення обліку засуджених; б) роз'яснення цим особам порядку та умов відбування покарання; в) установлення періодичності та днів проведення реєстрації засуджених і реєстрування; г) направлення через відповідні центри зайнятості населення на роботу осіб, засуджених до виправних робіт, які на час виконання вироку не працюють або були звільнені з роботи відповідно до законодавства про працю; д) внесення подання до відповідних органів внутрішніх справ щодо здійснення приводу засуджених, які не з'явилися за викликом до інспекції без поважних причин; е) направлення матеріалів прокуророві для вирішення питання про притягнення винних осіб до відповідальності згідно із законом у разі систематичного неправильного або несвочасного відрахування

¹ Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки / Б. М. Лазарев. – М., 1988. – С. 241.

сум із заробітку засудженої особи, а також невиконання інших вимог КВК України; є) внесення до суду подання про звільнення від виправних робіт осіб, які під час його відбування згідно з медичним висновком захворіли на психічну чи іншу тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню призначеного судом покарання, або про зміну покарання у виді виправних робіт штрафом у тих випадках, коли особа стала непрацездатною під час відбування покарання, або про звільнення від відбування покарання осіб, які після постанови вироку досягли пенсійного віку, а також вагітних жінок. До цієї ж групи повноважень слід також віднести: направлення матеріалів прокуророві для вирішення питання про притягнення засуджених осіб, які ухиляються від відбування виправних робіт, до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 389 КК України; зарахування засудженим особам часу щорічної відпустки у строк відбування покарання за умови зразкової поведінки й сумлінного ставлення їх до праці; направлення до суду матеріалів про вирішення питання про умовно-дострокове звільнення від покарання або заміни невідбутої частини покарання штрафом.

Групу *інформаційно-аналітичних* повноважень становлять заходи із проведення працівниками інспекції аналізу роботи щодо виконання покарання у виді виправних робіт та внесення в необхідних випадках пропозицій керівництву інспекції з метою удосконалення її роботи. Разом із повноваженнями інформаційно-аналітичного характеру умовно ми виокремлюємо так звані «представницькі» повноваження, сутність яких полягає у підтриманні постійних контактів з іншими учасниками виконання покарання у виді виправних робіт, зокрема, із власниками підприємств і трудовими колективами з метою своєчасного отримання інформації про застосування до засуджених осіб таких заходів, як заохочення, стягнення, звільнення з роботи, а також із кримінальною міліцією у справах неповнолітніх та службою у справах неповнолітніх при органах місцевого самоврядування.

Повноваження *розушукового характеру* полягають в організації початкових розшукових заходів щодо засуджених осіб, місцезнаходження яких невідоме, та надсиланні матеріалів до органів внутрішніх справ для оголошення їх розшуку.

Контролюючі повноваження кримінально-виконавчої інспекції представлені здійсненням контролю за поведінкою засуджених до виправних робіт, який полягає, зокрема: а) у надсиланні (один раз на три місяці) до органів внутрішніх справ запитів про те, чи притягувалися ці особи до адміністративної відповідальності; б) у запиті (один раз на

шість місяців) до підрозділів інформаційних технологій головних управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, місті Києві й Київській області, управлінь МВС України в областях, місті Севастополі та на транспорті з метою з'ясування випадків учинення засудженими нових злочинів; в) у перевірці обґрунтованості заяв засудженої особи про звільнення з роботи за власним бажанням і наданні дозволу або відмови в цьому; г) у здійсненні контролю за правильністю і своєчасністю відрахувань із заробітку засуджених і перерахувань відрахованих сум у дохід держави; д) у проведенні в разі потреби контрольних перевірок за місцем роботи осіб не менше двох разів протягом строку відбування покарання; е) у наданні дозволу засудженому в разі потреби на виїзд за межі України; є) у здійсненні в цілому контролю за додержанням порядку та умов відбування покарання засудженими особами і власником підприємства за місцем їх роботи.

До виховних повноважень, як випливає з норм законодавства, належать прийняття інспекцією участі у виховній роботі із засудженими особами: а) у проведенні з ними індивідуальних бесід; б) вжитті заходів щодо організації індивідуального шефства над неповнолітніми за наявності рішення суду з даного питання; в) проведенні роз'яснювальної роботи з батьками засуджених неповнолітніх; г) застосуванні до засуджених осіб установлених законодавством заходів заохочення і стягнення. Так, згідно з ч. 2 ст. 46 КВК України кримінально-виконавча інспекція за зразкову поведінку й сумлінне ставлення до праці щодо засуджених може застосовувати такі заходи заохочення: подання до суду матеріалів на засудженого щодо умовно-дострокового звільнення або зміни невідбутої частини покарання штрафом; зарахування часу щорічної відпустки у строк відбування покарання. За порушення порядку та умов відбування покарання у виді виправних робіт до засудженого може застосовуватися застереження у виді письмового попередження про притягнення до кримінальної відповідальності. Тут проведена класифікація лише тих повноважень кримінально-виконавчої інспекції, які викладаються у відповідних підрозділах розділів II та III Інструкції. Однак, на наш погляд, про повноваження йдеться й в інших підрозділах цих розділів, присвячених тим чи іншим аспектам роботи інспекції, які внаслідок особливого призначення певної ділянки роботи у процесі виконання покарання виділені в окремі підрозділи.

Крім того, усі повноваження кримінально-виконавчої інспекції можна поділити, виходячи з того, на якому етапі процесу виконання

покарання вони здійснюються, принаймні, найчастіше. Отже, якщо процес виконання-відбування покарання структурувати на певні стадії, то виходячи з цієї підстави, можна виокремити повноваження, що реалізуються інспекцією: а) на початковому етапі виконання покарання; б) власне у процесі їх виконання й в) на етапі зняття з обліку осіб, засуджених до покарання. Так, на початковому етапі на кримінально-виконавчу інспекцію покладаються обов'язки з документального оформлення взяття на облік осіб, повідомлення суду у визначений строк про прийняття вироку до виконання та органу внутрішніх справ за місцем проживання засудженого про взяття його на облік та ін. На етапі зняття з обліку особи працівник інспекції в день закінчення строку покарання у виді виправних робіт (тобто в день отримання останніх розрахункових відомостей з підприємства), а при звільненні за іншими підставами — не пізніше наступного робочого дня після одержання відповідних документів направляє повідомлення власникові підприємства про припинення відрахувань із заробітної плати засудженого і знімає його з обліку. Зняття засудженої особи з обліку за іншими підставами провадиться в день надходження відповідних документів до інспекції. У той же час на цьому етапі працівниками кримінально-виконавчої інспекції здійснюється низка інших повноважень, про які йдеться в Інструкції. Проте основний обсяг повноважень приходить саме на етап відбування засудженим покарання, який триває значний час і дорівнює за терміном призначеному покаранню.

Поділ повноважень кримінально-виконавчої інспекції на певні групи із застосуванням тих чи інших класифікаційних критеріїв вважаємо доцільним: 1) для надання більшої чіткості нормативних положень, які є підставою діяльності кримінально-виконавчої інспекції; 2) для уникнення дублювання деяких приписів, як це має місце у деяких пунктах Інструкції; 3) для доступності сприйняття працівниками кримінально-виконавчих інспекцій своїх безпосередніх функцій.

Наслідком реалізації повноважень кримінально-виконавчою інспекцією є встановлення, зміна або припинення правових відносин у сфері виконання певних видів покарань, учасниками яких є сама інспекція, засуджені, підприємства, установи, організації, інші юридичні особи та громадяни, пов'язані з процесом відбування покарання.

Підбиваючи підсумок викладеному, ми погоджуємо з позицією, висловленою Л. Кашеєвою, що розвиток кримінальної політики в напрямі розширення застосування альтернатив позбавленню волі передбачає зміцнення системи виконання покарань без ізоляції від суспіль-

ства¹. Вирішення цього завдання потребує підвищення ефективності діяльності кримінально-виконавчих інспекцій у справі досягнення цілей покарання, у тому числі шляхом більш чіткого окреслення й нормативного закріплення їх повноважень. Вважаємо, що підвищена увага повинна приділятися повноваженням кримінально-виконавчої інспекції, під якими слід розуміти *закріплені нормативно-правовими актами права й обов'язки зазначеної інспекції, що визначають межі самостійного вирішення питань, що постають під час виконання певних видів покарань, зокрема, виправних і громадських робіт*. Ці повноваження залежно від характеру напрямів роботи, що здійснюються інспекцією, поділяються на: 1) організаційні; 2) інформаційно-аналітичні та «представницькі»; 3) розшукові; 4) контролюючі; 5) виховні; 6) інші повноваження.

¹ Кашеева Л. Исправление осужденных без изоляции от общества / Л. Кашеева // Рос. юстиция. – 2001. – № 10. – С. 69.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

І. Семеніхін, аспірант кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблемні аспекти реалізації правової доктрини у правозастосовній практиці

В юридичній науці в оцінці ролі й місця правової доктрини у вітчизняній правовій системі на сьогодні склалася суперечлива ситуація. З одного боку, у правознавців не викликає сумнівів те, що правова доктрина відіграє важливу роль у правовому житті суспільства, активно впливає на процеси формування права, правореалізацію. А з другого — феномен правової доктрини, як відзначають самі вчені, є одним із найменш досліджених питань у вітчизняній юридичній науці і практиці¹. Окремі дослідження зазначеного явища, що проводилися вітчизняними науковцями, мають фрагментарний характер і не інтегруються в цілісне наукове знання. Більше того, серед науковців, які обґрунтовують необхідність підвищення ролі правової доктрини у правотворчій і правозастосовній практиці як одну з необхідних умов поліпшення якості нормативно-правових і правозастосовних актів, немає єдиного підходу до визначення самого поняття «правова доктрина». Якщо на важливість і актуальність використання правової доктрини у вітчизняній правотворчій, зокрема законодавчій, практиці звертали увагу окремі вчені, то питання реалізації доктрини у правозастосовуванні дотепер практично залишалися поза увагою представників наукової спільноти.

Необхідно відзначити, що можливість використання правової доктрини, доктринальних положень у правозастосовній практиці впливає із самої природи, сутності феномену правової доктрини, що має дво-

¹ Див.: Васильченко О. П. Перспективи розвитку правової доктрини в системі джерел конституційного права / О. П. Васильченко // Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Сер. Право – 2007. – Вип. 8. – С. 81; Корчевна Л. О. Доктрина як джерело права / Л. О. Корчевна // Юрид. Україна. – 2004. – № 11. – С. 4.

їстий, теоретико-прикладний (практичний) характер. На цю властивість правової доктрини звертає увагу Т. М. Пряхіна: «При цьому слід враховувати двоїсту природу доктрини: з одного боку — це наукова теорія, а з другого — нетрадиційне джерело права, допоміжний засіб для визначення змісту правових норм»¹. Правова доктрина — це не просто «сукупність (система) наук, знань про певне правове явище»², «систематизоване вчення про право, логічно зв'язана система положень щодо правових інститутів, правовідносин, законодавства, законності і т. п.»³, а важливий і невід'ємний елемент системи правового регулювання суспільних відносин. Доктрина здатна не тільки статично відображати правову дійсність, а й активно впливати на всі ключові елементи правової системи суспільства, зокрема, на правосвідомість, правотворчі, правозастосовні процеси. Самі суб'єкти її створення (представники наукової спільноти) вбачають у ній теоретичну основу, базу державної політики у сфері юридичного регулювання, зокрема, в аспекті розвитку, вдосконалення законодавства, вирішення проблем, що виникають у практиці правозастосування (наприклад у разі виникнення прогалин у праві).

Французький вчений П. Сандеуар так характеризує доктрину: «Це — право в дії, право, що стоїть перед вибором: якому типу норм надати перевагу? на якому варіанті тлумачення права зупинитися? який спосіб застосування права обрати? Принципи, теорії і доктрини в юриспруденції виражають юридичну думку в діях і рішеннях. Юридичні доктрини допомагають у тлумаченні певних юридичних конструкцій, а також в усуненні прогалин у знаннях тих чи інших галузей права»⁴.

Практика використання правової доктрини в юридичній практиці має давні історичні традиції і сягає часів Стародавнього Риму, де судді при розгляді й вирішенні конкретних спірних ситуацій користувалися висновками (відповідями) авторитетних юристів та їх працями із правової проблематики. Відомий російський вчений П. В. Виноградов у своїй праці «Нариси з теорії права» в аспекті питання реалізації правової доктрини у правозастосуванні наводить і такий приклад з іс-

¹ Пряхіна Т. М. Методологические проблемы формирования конституционной доктрины России / Т. М. Пряхіна // Сравнительное конституционное обозрение. – М., 2004. – № 4 (49). – С. 3.

² Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. – К., 1999. – Т. 2 – С. 275.

³ Словарь терминов по теории государства и права / под ред. Н.И. Панова. – Харьков, 1997. – С. 44.

⁴ Сандеуар П. Введение в право / П. Сандеуар. – М., 1994. – С. 170.

торії: «Використання глоси до *Corpus Juris* в часи другої половини середніх віків... є іншим прикладом безпосереднього авторитету юридичної доктрини. Прислів'я «*Che non ha Azzo non vade al Palazzo*» («У кого немає книги Аццо, той не може йти до суду») можна розуміти як практичну вказівку щодо найкращого збірника позитивного права, але мається на увазі також і доктрина («те, що не приймається коментарієм глосаторів, не приймається і судом» («*quod non agnoscit glossa, non agnoscit forum*»)), а це свідчить, що звичайний коментарій до *Corpus Juris*, а саме глоса Аккурсія... використовувалася як засіб обмежити певною мірою ті норми, які можна було використовувати в... судах, що допускали посилання на римське право»¹.

Найбільшого значення доктрина набуває в революційний і постреволюційний періоди, коли частина попереднього законодавства скасована чи фактично припиняє дію. Тимчасові прогалини в законодавчому регулюванні заповнюють доктринальні джерела. Англійський парламент у XVI–XVII ст. безпосередньо використовував доктринальні положення Інституцій Едварда Кока. Монтаньяри користувалися теоріями Руссо як джерелом правового регулювання в часи Французької революції. У США у XIX ст. аналогічну функцію виконували доктрини таких авторів, як А. Гамільтон, Т. Джефферсон, Дж. Медісон, Дж. Маршалл та ін.² Ці доктринальні положення виступали ідейною основою революційних перетворень у державно-правовій сфері. Важко не погодитись із позицією В. В. Сорокіна, який, зокрема, зазначає: «В умовах пробільності перехідного права головні правові ідеї, що знаходяться в основі діючої правової системи, набувають вирішального значення. Правова доктрина стає стрижнем, визначним елементом, що впливає на всі сторони правового життя в перехідний період. Шляхом доктринального регулювання здійснюється «науковизація» перехідного права, розгортання його інтелектуально-гуманістичного змісту»³. Саме доктрина, доктринальні положення завдяки своїй авторитетності, переконливості, впливовості, науковій достовірності, аргументованості в умовах пробільності перехідного права є найбільш

¹ Виноградов П. Г. Очерки по теории права / П. Г. Виноградов. – М., 1915. – С. 126.

² Арановский К. В. Курс лекций по государственному праву зарубежных стран. Сравнительное государственное право: учеб. пособие / К. В. Арановский. – Владивосток, 1996. – С. 39.

³ Сорокин В. В. Судебная практика как источник права: за и против [Електронний ресурс] / В. В. Сорокин // Сибир. юрид. вестн. – 2002. – № 3. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1115025>.

прийнятими і «безпечними» при вирішенні юридичних колізій і суперечок і мають відігравати ключову роль у побудові нової правової системи. Ігнорування законотворчою і правозастосовною практикою юридичної науки веде до вкрай негативних наслідків. Приклад тому — часи Жовтневої революції в Росії. Правозастосовна практика радянських судових і квазісудових органів у цей період охарактеризувалася порушенням прав і свобод людини і громадянина, нехтуванням загальнолюдськими цінностями, а нерідко й повним свавіллям. Праворозуміння тих часів характеризується не тільки повним запереченням буржуазного права, його цінностей, а й свідомою відмовою від здобутків як вітчизняної дореволюційної, так і європейської юридичної думки, а основним джерелом права офіційно визнавалася революційна правосвідомість. Так, Декрети «Про суд» 1917 і 1918 рр. уповноважували суддів виносити рішення на основі своєї революційної (соціалістичної) правосвідомості й революційного розуміння справедливості. Нарком радянської юстиції Д. І. Курський відзначав, що в своїй основній діяльності — кримінальній репресії — народний суд є абсолютно вільний і керується перш за все своєю правосвідомістю¹. Революційна буря змела не тільки старий режим, але і його спеціалістів. Унаслідок цього було втрачено наукове наступництво. Енциклопедичність знань, поліглотство його представників стало із загального правила швидше винятком. Революційна правосвідомість прийшла на зміну знанням².

Правова доктрина в умовах перехідного періоду суспільного розвитку повинна зайняти визначальне місце у правовому житті українського суспільства. Відповідні доктринально-теоретичні положення виражають «дух» правової системи перехідного типу, акумулюють у собі основоположні ідеї цієї системи, що не завжди повною мірою знаходять своє відображення у новому законодавстві, яке ще знаходиться на стадії формування.

Аналіз вітчизняної практики правозастосування свідчить про те, що доктрина знаходиться на озброєнні у юристів і використовується у практиці, і з огляду на це видається хибною та позиція, що не відводить правовій доктрині належної ролі у правовому житті суспільства.

Так, непоодинокими випадками є звернення суддів, слідчих, прокурорів, адвокатів до авторитетних, загальноновизнаних доктринальних

¹ История политических и правовых учений : учеб. для вузов / под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2002. – С. 642.

² Гостюк В. І. Поняття правочину за Цивільним кодексом України [Електронний ресурс] / В. І. Гостюк // Наук. вісн. Чернівецьк. ун-ту : зб. наук. пр. – Вип. 200. – Режим доступу: <http://lawreview.chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=18&article=399>.

(наукових) ідей, теорій. О. М. Костенко з цього приводу зазначає: «У той же час практиці відомо багато випадків, коли слідчі, прокурори звертаються до кафедр юридичних вузів, наукових установ, авторитетних вчених із проханням дати письмовий висновок у кримінальній справі щодо кваліфікації певного діяння. Висновки спеціалістів-криміналістів долучаються до кримінальних справ, на них посилаються слідчі, прокурори для обґрунтування прийнятого щодо кваліфікації рішення. Хоча це і не передбачено законом, але потреба у такого роду безпосередньому сприянні кримінально-правової науки правозастосовній практиці існує, і вона з часом буде загострюватися»¹.

І хоча такі висновки вчених-юристів не мають юридичного значення, істотним, як відзначає В. О. Навроцький, є те, що всі випадки залучення спеціалістів у галузі кримінального права до вирішення питань кваліфікації завершилися прийняттям запропонованих ними рішень, які стали й остаточними — не змінювались ані судом першої інстанції, ані у касаційному чи наглядовому порядку².

Існують також й інші форми звернення до правової доктрини у правозастосовній практиці, зокрема при здійсненні правосуддя. Наприклад, у рамках судового розгляду спеціалісти в галузі права, адвокати, представники сторін мають право у своїх виступах для обґрунтування власної позиції посилатися на наукові праці, науково-практичні коментарі. Це не заборонено законом та існує на практиці. Так, ст. 129 Конституції України одним із основних засад судочинства визнає змагальність сторін та свободу в наданні ними своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Не можна не відзначити також той вплив, що здійснює доктрина на правосвідомість правозастосовувачів. Застосування правових норм є різновидом людської діяльності, в якій виявляються свідомість і воля людини, її інтелектуально-творчий потенціал, обізнаність із чинним законодавством, вміння встановити фактичні обставини справи і дати їм правильну юридичну кваліфікацію. Очевидно, що ефективність правового регулювання залежить не тільки від якості нормативно-правових актів. Те, як «працює» закон, не в останню чергу залежить і від особистих якостей тих суб'єктів, які застосовують юридичні приписи, зокрема від їх правосвідомості. Кваліфікаційний клас суддів, на

¹ Костенко О. М. Наукове (доктринальне) тлумачення законів та його роль у здійсненні правосуддя / О. М. Костенко // Право України. – 2000. – № 6 – С. 34.

² Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К., 1999. – С. 113.

думку А. О. Селіванова, відображає обізнаність насамперед із доктринальними положеннями галузевого права, проте у правозастосуванні це вдається далеко не всім суддям, а рішення і вироки апеляційних і касаційних інстанцій скасовуються у зв'язку з порушенням норм матеріального чи процесуального права¹. Доктринальні положення, ідеї стають частиною правосвідомості суб'єктів правозастосування, коли останні ознайомлюються із конкретними працями вчених-юристів, відповідними монографіями, науковими статтями, доповідями, звертаються до науково-практичних коментарів законів.

Саме правова доктрина становить ідейну основу і теоретичний стрижень практики правотворчості, виступає своєрідною інструкцією до застосування правових норм. О. М. Костенко з приводу цього вказує, що «людина, яка береться застосовувати який-небудь закон без правової доктрини, нагадує «вершника без голови». Доктрина — це свого роду інструкція, без слідування якій, наприклад, користувач не може ефективно використовувати той або інший засіб (прилад, інструмент, препарати і т. п.). Іншими словами, як свідчить досвід людської діяльності, для того щоб чим-небудь користуватися, людині потрібно чимось керуватися. У застосуванні закону роль керівного начала виконує те, що ми називаємо доктриною»². Значний вплив на юридичну практику доктрина здійснює через науково-практичні коментарі до законодавчих актів, що є за своєю природою результатом доктринального тлумачення. Специфіка і складність права (вміст норм, їх системність, оціночні поняття, неперсоніфікованість адресатів і т. п.) об'єктивно веде до участі юристів-учених у поясненні тих чи інших дискусійних аспектів права юристам-практикам, іншим учасникам правових процедур. Сюди належить і така сфера цієї діяльності, як тлумачення (пояснення, роз'яснення) права³. Навряд чи знайдеться хоча б один практикуючий юрист (слідчий, прокурор, суддя, нотаріус, адвокат), що не користувався б у своїй професійній діяльності відповідними коментарями. Не буде перебільшенням, якщо сказати, що науково-практичний коментар — настільна книга юриста-практика. Це — результат діяльності окремих вчених (груп вчених), науково-дослідних і навчальних установ із роз'яснення норм Конституції і законів із метою сприяння їх практичній реалізації. Таке доктринальне тлумачення не має офіційного

¹ Селіванов А. О. Судове право: нова галузь права чи теоретична думка? / А. О. Селіванов // Вісн. Верхов. Суду України. – 2008. – № 6. – С. 8.

² Костенко О. М. Кримінальний кодекс і доктрина / О. М. Костенко // Право України. – 2004. – № 7. – С. 34.

³ Венгеров А. Б. Теория государства и права / А. Б. Венгеров. – М., 2000. – С. 219.

характеру і обов'язкової сили, але суттєво впливає на вітчизняну юридичну практику. Його сила не у формальній обов'язковості, а в переконливості, аргументованості, в авторитетності тих суб'єктів, що здійснюють це тлумачення. Саме тому його результати часто стають основою тлумачення офіційного. Утім іноді результати доктринального тлумачення набувають і офіційного характеру. Так, у випадках залучення в рамках конституційного судочинства експертами вчених-юристів доктринальне тлумачення (у вигляді експертного висновку) набуває юридичного значення і використовується як доказ під час розгляду справи в Конституційному Суді.

Роль і значення доктринального тлумачення знайшли обґрунтування в сучасній концепції соціологічної юриспруденції, що розглядає право не тільки як механічну сукупність писаних норм, як єдині загальні правила, принципи і судові рішення, а також включає в поняття права й доктрини, ідеї видатних вчених, а в число матеріальних джерел поряд із законодавством і прецедентом входять думки юристів¹. Відомий французький учений Ж.-Л. Бержель, аналізуючи роль тлумачення у правовому житті суспільства в різні історичні епохи, взагалі відводить тлумаченню (викладеному в письмовій формі науковому погляду, що має вирішальний вплив при прийнятті рішення з будь-якого питання) роль самостійного джерела права².

Є підстави говорити про існування певного генетичного зв'язку між правовою доктриною і юридичною, зокрема правозастосовною практикою. Так, доктрина опрацьовує проблемні аспекти застосування нормативно-правових актів (у тому числі шляхом узагальнення судової практики) і пропонує конкретні шляхи вирішення практико-прикладних проблем. Ж.-Л. Бержель зазначає таке: «Вплив теорії на судову практику ще більш очевидний — на прикладі схвальних відгуків чи критики з боку теорії на адресу практики. У сфері державного права між правниками і суддями встановилося тісне співробітництво. Тому можна впевнено сказати, що тлумачення «народилося на колінах у судової практики»»³.

Хоча останнім часом роль юристів у суспільстві підвищилася, з'явилася інша проблема — роз'єднаність юридичної доктрини і практики. Так, якщо при розробці тих чи інших законопроектів, прийнятті

¹ Див.: Боботов С. В. Конституционная юстиция. Сравнительный анализ / С. В. Боботов. – М., 1994. – С. 13.

² Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / Ж.-Б. Бержель. – М., 2000. – С. 128–134.

³ Там само. – С. 133.

рішень Конституційним Судом України позиції вчених юристів більш-менш враховуються, то у приватній практиці юристів наука практично не знаходить відображення. Хоча сьогодні в Україні практикуючий юрист може звернутися по допомогу до науки — у разі відсутності правового врегулювання питання законодавством. Утім уявляється, що робити це варто значно частіше, особливо у галузі приватного права¹.

Однією з причин того, що до науки нечасто звертаються вітчизняні юристи-практики, є якість самих результатів наукових досліджень. Багато хто з науковців не володіє вичерпною інформацією щодо актуальних проблем правозастосування. В. О. Навроцький відзначає, що науковці не знають практики — її сучасного стану, проблем. Переважна більшість теоретиків ніколи не працювали у практичних органах або ж це мало місце багато років тому і вкрай недовгий час. Сучасний стан науки характеризується ще й дрібнотем'ям, концентрацією на кон'юктурних темах, намаганням оминати дійсно актуальні, але такі, на яких можна «попектися», проблеми. У багатьох статтях та й монографіях, підручниках не ставляться і не пропонуються шляхи вирішення теоретичних і практико-прикладних проблем, а мусуються давно заявлені тези. Прямо-таки недобрим правилом стає дублювання одних і тих же робіт у кількох джерелах².

Хоча, аналізуючи вітчизняну юридичну практику, можна говорити про недостатньо тісний взаємозв'язок між наукою (доктриною) і правозастосуванням, навряд чи можна погодитися з думкою деяких авторів, які стверджують, що в Україні наука і практика існують абсолютно ізольовано одна від одної і прямують кожна у своєму напрямі. З метою зближення, укріплення зв'язків між доктриною (наукою) і юридичною практикою сформовані і успішно діють науково-консультативні ради при центральних правозастосовних органах. Їх діяльність спрямована на вироблення наукових пропозицій щодо вирішення складних питань, які виникають у практиці правозастосування. Так, наприклад, при Верховному Суді України функціонує Науково-консультативна рада, до складу якої входять 43 провідні вітчизняні

¹ Гончар І. Научный подход к юридической практике. О практической реализации научных разработок в сфере юриспруденции [Електронний ресурс] / І. Гончар // Юрид. практика. – 2007. – № 20. – Режим доступу: <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10007571/>.

² Навроцький В.О. Законодавець ігнорує кримінально-правову науку, практика до неї не дослухається. Чому? / В. О. Навроцький // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення : матеріали міжнар. наук. конф., 13–15 квіт. 2007 р. – Львів, 2007. – С. 97–98.

науковці з різних галузей права. Серед членів Ради — 26 докторів і 16 кандидатів юридичних наук, з яких 8 академіків і 11 членів-кореспондентів Національної академії правових наук України. Діяльність Науково-консультативної ради покликана забезпечити наукові підходи до розв'язання найактуальніших проблем судочинства, підвищити рівень аналітичної та методичної роботи у сфері правосуддя.

У світлі розглядуваного нами питання цікавими є результати соціологічного дослідження, що проводилося в Російській Федерації серед суддів різних судових інстанцій. Метою дослідження було виявлення ставлення представників Феміди до прецедентного права, правової доктрини у практиці правозастосування. На запитання «Чи існують такі труди юристів, які є для вас абсолютно правильними?» — більше третини опитаних суддів відповіли позитивно. Вони визнають авторитет окремих творів і авторів (до списку «абсолютно правильних» потрапили і науково-практичні коментарі до законодавчих актів, і навчальна література, і роботи з історії та теорії права). Виявлений у результаті соціологічного дослідження інтерес із боку суддів до теоретико-методологічних наук, загальнотеоретичних знань у галузі права спростовує поширену думку про затребуваність у практиці знань виключно галузевих і прикладних наук. Зазначена частина респондентів готова рахуватися і керуватися у своїй діяльності науковими працями і позитивно ставиться до цитування в засіданні суду наукових творів. С. Бошно зазначає, що в цілому приблизно третина суддівського співтовариства визнає науку формою права, адже книга, на їх думку, може служити основою для винесення судового акта. Тут ми констатуємо наявність доктринального права і його великі резерви у судовій системі¹. Як правило, використання правової доктрини, доктринальних положень можна побачити у професійній діяльності тих суддів, що мають наукові звання, беруть активну участь у науковому житті: публікують монографії, підручники, наукові статті, беруть участь у наукових конференціях, «круглих столах» і т. п. Таким чином, як мінімум, у практиці окремих юристів є місце й теорії. А вона, як вбачається, є необхідною. Адже кількість правового матеріалу, з яким працюють юристи, з часом тільки збільшується, при цьому не стоять на місці правовідносини, а вони, як відомо, йдуть попереду правового врегулювання законодавством. Ось у таких випадках і необхідно звернутися до того, що називається доктриною права².

¹ Бошно С. В. Прецедент, закон и доктрина (опыт социолого-юридического исследования) / С. В. Бошно // Государство и право. – 2007. – № 4 – С. 76.

² Там само.

М. Ус, аспірант Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Сутність колізії суб'єктивних цивільних прав

На практиці зустрічаються ситуації, коли двом або більше особам належать суб'єктивні цивільні права, які не можуть бути здійснені у сукупності в повному обсязі. Причому неможливість здійснення в повному обсязі кожного з таких прав зумовлена реалізацією іншого відповідного права. Наприклад, це трапляється у випадку продажу індивідуально-визначеної речі обом різним особам: власник спочатку укладає консенсуальний договір купівлі-продажу такої речі з однією особою, а потім, все ще залишаючись її власником (відповідно до ст. 334 ЦК за загальним правилом право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна), зобов'язується таким самим договором з іншою особою. У результаті цього в обох покупців виникають зобов'язальні права (права вимагати у продавця передачі індивідуально-визначеної речі) і тоді необхідно вирішувати, якому ж з них надати перевагу. За наведених умов доводиться говорити про колізію суб'єктивних цивільних прав.

Поняття колізії прав практично не використовується на сторінках спеціальної юридичної літератури, де більше поширений термін «колізія норм права». Однак, безумовно, досліджувана категорія має право на існування, оскільки вона характеризується власним змістом і не зводиться до інших понять.

Звичайно, говорити про те, що проблема колізій цивільних прав не вивчалася взагалі, неправильно. На її існування звертали увагу ще давньоримські юристи, на що вказують тогочасні пам'ятки права. До того ж наукові джерела свідчать, що явище колізії прав активно, хоча й почасти фрагментарно (в основному в загальних курсах з цивільного/римського права), розглядалося ще цивілістами кінця ХІХ — поч. ХХ ст. (Є. В. Васьковський, Ю. С. Гамбаров, Д. Д. Грімм, А. М. Гуляєв, Д. І. Мейер, Ф. Регельсбергер, Н. К. Ренненкамф та ін.). Утім у подальшому — в радянській і пострадянській (у тому числі й сучасній) юридичній літературі про колізію суб'єктивних цивільних прав згадується доволі рідко (Я. М. Магазінер) або ж у контексті окремих цивільних правовідносин, а саме: колізія переважних прав, прав інтелектуальної власності, колізія обмежувальних прав (В. М. Крижна, В. І. Крат,

Є. О. Мічурін, І. В. Спасибо-Фатеева). Отже, системне дослідження категорії колізії прав (більше того, з урахуванням законодавчих реалій сьогодення) явно відсутнє.

Про необхідність і важливість такого дослідження свідчить актуальність проблематики колізій суб'єктивних цивільних прав. Достатньо згадати колізії між переважними правами акціонерів на придбання акцій, що продаються іншим акціонером приватного акціонерного товариства; колізії прав співвласників на переведення прав і обов'язків покупця, коли частка у праві спільної власності неправомірно продається третій особі, або ж колізії між правами кредиторів спадкодавця за боргами, що виникли за час його життя, коли розміру спадкової маси недостатньо для задоволення вимог усіх цих осіб. Значно поширеними є колізії прав на різні об'єкти у сфері інтелектуальної власності (причому, колізії прав на торговельну марку та промисловий зразок), колізії прав кредиторів під час конкурсного провадження. До того ж у контексті останнього випадку можна навіть констатувати, що колізія прав є характерною ознакою процедури банкрутства, оскільки майже завжди її супроводжує.

На жаль, у законодавстві нерідко відсутні способи розв'язання колізій, тобто із законодавчих положень не слідує те, праву якої ж особи врешті-решт має бути надана перевага або яким іншим чином має бути вирішена колізія. Для розробки таких способів важливо з'ясувати саме поняття колізії прав, встановити її сутність. Тому спробуємо розібратись у даному питанні, враховуючи точки зору, висловлені у науковій літературі.

Передусім слід вирішити проблему термінології. Дослідники, які вивчали категорію колізії прав, вживали різні мовні вирази, почасти вкладаючи в них однаковий зміст. Так, як синоніми до поняття «колізія» прав у літературі використовуються терміни «зіткнення», «збіг» (*concursum*) прав.

У контексті першого терміна зазначимо, що саме слово «колізія» походить від лат. *collisio* — зіткнення. В енциклопедичній літературі воно означає зіткнення протилежних сил, інтересів, прагнень¹. Оперуючи цією термінологією, Я. Магазінер вказував, що колізія прав — це зіткнення двох або декількох прав на той самий об'єкт, так що всі вони

¹ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь, 2005. – С. 554; Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров; под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 1988. – С. 202.

в повному обсязі реалізованими бути не можуть. Отже, терміни «колізія» і «зіткнення», дійсно, можливо використовувати як синоніми. Утім сам термін «зіткнення» не видається правовим, тому все ж таки, правильніше вести мову лише про пояснення категорії «колізія» за допомогою категорії «зіткнення».

Щодо «збігу» зауважимо, що частіше це поняття вживається як ширше за обсягом від «колізії» прав. Зокрема, Н. К. Ренненкампф стверджував, що збіг суб'єктивних прав має місце тоді, коли різні права зосереджуються в одному суб'єкті або коли на один і той самий об'єкт мають право дві чи більше особи. Збіг прав являє собою зіткнення (*collisio*), коли здійснення одного права обмежує чи повністю виключає застосування і дію другого¹.

Солідарний із ним і Д. І. Мейер, на думку якого, зіткнення прав — це лише вид їх збігу. Під збігом слід розуміти таке поєднання суб'єктивних прав, що передбачає єдність об'єкта чи суб'єкта, оскільки за інших умов права існують окремо без будь-якого відношення між собою². За термінологією іншого відомого цивіліста — Є. В. Васьковського, перший випадок єдності являє собою об'єктивний збіг, а другий — суб'єктивний. Коли ж права починають перешкоджати одне одному, об'єктивний збіг набуває вигляду зіткнення або колізії цивільних прав³. Таким чином, «збіг» є категорією, ширшою від «колізії» («зіткнення») прав, оскільки, окрім останньої, включає в себе й інші випадки так би мовити зосередження суб'єктивних цивільних прав.

Продовжуючи лінгвістичний аналіз мовного виразу «колізія прав», зауважимо, що у літературі інколи зустрічаються висловлювання, з яких випливає, що колізія прав у вищенаведеному розумінні йменується конкуренцією прав. Зокрема, вказується, що при задоволенні вимог кредиторів у порядку черговості вирішується «конкуренція прав кредиторів»⁴. Або ж стверджується про неможливість спільного здійснення конкуруючих прав без шкоди або ж повного знищення кожного⁵.

¹ Ренненкампф Н. К. Юридическая энциклопедия / Н. К. Ренненкампф. – Киев, 1899. – С. 187.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – Изд. 5-е. – М., 1873. – С. 618.

³ Васьковский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. – Вып. 1. Введение и общая часть. – Спб., 1894. – С. 151.

⁴ Див.: Кавелина Н. Ю. Защита имущественных прав кредиторов в процедурах несостоятельности (банкротства) по законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Н. Ю. Кавелина. – Саратов, 2004. – С. 25.

⁵ Энциклопедический словарь / под ред. К. К. Арсеньева, О. О. Петрушевского. – СПб., 1895. – Т. XV А. – С. 705.

Не погоджуючись із вживанням такої термінології, нагадаємо, що в цивілістиці усталеним є мовний вираз «конкуренція позовів», під яким прийнято розуміти ситуації, коли уповноваженій особі надане право самостійно обрати вимогу, яку вона в судовому порядку висуватиме до іншої особи, або ширше — самостійно обрати спосіб захисту свого права чи законного інтересу¹. Оскільки позов являє собою матеріальне право вимоги позивача до відповідача про захист порушеного, оспорюваного, невизнаного права чи інтересу, звернене через суд², фактично виходить, що конкуренція позовів є не що інше, як конкуренція прав. Утім, навіть із зіставлення одних лише визначень колізії і конкуренції, які наводяться у літературі, стає зрозумілим, що конкуренція прав за своєю суттю є дещо іншою категорією порівняно із колізією прав. Крім того, забігаючи наперед, зауважимо, що саме термін «колізія» точніше відображає сутність досліджуваної категорії, протистояння між правами, які не можуть бути спільно здійсненими в повному обсязі.

Визначившись із питаннями термінології, безпосередньо перейдемо до з'ясування сутності поняття колізії прав, виділення його вирізняльних ознак з огляду на теоретичні позиції вчених із цього приводу.

Так, на думку Ю. Г. Гамбарова, колізія цивільних прав має місце в тих випадках, коли зіштовхуються декілька рівносильних цивільних прав на один і той самий предмет, і жодне з них не може бути задоволене інакше, як цілісним або частковим позбавленням цього предмета всіх інших прав. З цього твердження, а також із наведених вище визначень колізії прав випливає, що колізія виникає лише між правами, що *мають той самий об'єкт*. Саме з цим і пов'язується неможливість здійснення всіх цих прав в повному обсязі.

Аналогічний підхід демонструють дореволюційні енциклопедичні джерела, в яких вказується, що колізія цивільних прав — наявність двох або декількох суб'єктивних приватних прав стосовно того самого об'єкта, при неможливості повного сумісного їх здійснення³. Тут доречним буде вищенаведений приклад продажу індивідуально-визначеної речі декільком особам. Відповідно — обидва зобов'язальні права (права вимагати передання індивідуально-визначеної речі) не можуть бути

¹ Див.: П'янова Я. В. Судовий захист майнових цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 03 / Я. В. П'янова. – Х., 2008. – С. 83.

² Див.: Цивільний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К., 2007. – С. 390.

³ Новый энциклопедический словарь / под ред. К. К. Арсеньева. – Петроград, б. г. – Т. 22. – С. 188–189.

реалізованими через те, що по-перше, їх об'єкт є просторово обмеженим (фізично володіти ним може лише одна особа, на відміну, наприклад, від інформації, яка одночасно може знаходитися у декількох осіб). І, по-друге, річ характеризується індивідуальними ознаками, а отже, є незамінною — єдиною у своєму роді.

Разом із тим деякі науковці при розгляді проблематики колізії прав прямо не пов'язують колізію лише із єдністю об'єкта відповідних прав, хоча й не позначають, що колізувати можуть, окрім того, і права, що стосуються різних об'єктів. Так, на погляд Ф. Регельсбергера, «два чи декілька прав можуть збігатися у своєму змісті таким чином, що здійснення або хоча б повне здійснення кожного з них буде неможливим; права стикаються деяким чином у просторі; тоді говорять, що вони вступають у колізію»¹.

На наш погляд, *колізуючі права необов'язково повинні мати єдиний об'єкт*, оскільки і при цьому спостерігається неможливість спільного здійснення кожного з відповідних прав у повному обсязі. У цьому можливо впевнитися на прикладі колізії речового права (права власності) і права інтелектуальної власності на твір образотворчого мистецтва. Відомо, що право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Так, відповідно до ст. 1112 ЦК, оригінал твору образотворчого мистецтва, створеного за замовленням, переходить у власність замовника; при цьому майнові права інтелектуальної власності на цей твір залишаються за його автором, якщо інше не встановлено договором.

Право власності включає в себе три правомочності: володіння, користування і розпорядження твором образотворчого мистецтва як матеріальним об'єктом. У той же час майнові авторські права на твір — це, зокрема, право на публічний показ твору (безпосередній показ твору образотворчого мистецтва у місцях, де присутні чи можуть бути присутні особи, які не належать до звичайного кола родини чи до близьких знайомих родини, тобто показ (демонстрація) твору як об'єкта інтелектуальної власності на публічних виставках).

Звичайно, право власності та майнове авторське право мають різні об'єкти — відповідно річ (матеріальний предмет зовнішнього світу) та твір образотворчого мистецтва (знання, ідеї, думки, об'єктивовані у полотні і які можуть сприйматися візуально). Однак через тісний нерозривний зв'язок творів образотворчого мистецтва з матеріальними носіями, в яких вони втілені, унікальність таких творів (вони можуть

¹ Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Ф. Регельсбергер. – М., 1897. – С. 292.

існувати лише в одному оригінальному примірнику) обсяги фактичних дій щодо здійснення свого права власником матеріального носія та майнового права автора на публічний показ твору перетинаються, що призводить до неможливості спільного здійснення всіх цих прав у повному обсязі. Вирішити таку проблему можна, приміром, шляхом закріплення у відповідному договорі того, що власник полотна зобов'язаний передавати його авторові твору образотворчого мистецтва для реалізації останнім свого права на публічну демонстрацію твору. Тоді можна було б говорити про відсутність колізії прав і констатувати наявність договірних обмежень права власності.

Із наведених прикладів і визначень колізії прав слідує, що вона проявляється тоді, коли обидва права перебувають на стадії реалізації. Дійсно, лише за таких умов можна спостерігати **неможливість паралельного здійснення всіх цих прав у повному обсязі**: сфери можливої поведінки уповноважених осіб, які визначаються її видом і мірою, накладаються одна на одну повністю чи частково, що призводить до збою в механізмі реалізації обох чи одного з відповідних цивільних прав.

Неможливість паралельної реалізації цивільних прав у повному обсязі зовні виявляється так: 1) кожне з колізуючих прав реалізується лише частково; 2) одне право здійснюється в повному обсязі, а інше через це — лише частково; 3) одне з прав здійснюється в повному обсязі (право тривалої реалізації), а інше через це взагалі не може здійснитися або якщо одне з прав буде здійснено в повному обсязі (право однократної реалізації), то друге припинить своє існування.

Утім всі окреслені ситуації підпадають під одну формулу: *здійснення будь-якого одного з прав у повному обсязі перешкоджає повністю чи частково здійсненню іншого (інших) або викликає його припинення*. Саме із цієї формули і слід виходити при вирішенні питання про колізію тих чи інших прав. Отже, необхідно уявити, що одне із прав здійснюється (право тривалої реалізації) чи здійснилося (право однократної реалізації) у повному обсязі, і прослідкувати, що відбудеться за таких умов з іншим правом (правами).

Право слід вважати таким, що здійснюється в повному обсязі, якщо опосередкований ним інтерес повністю задовольняється. Навпаки, під *повною неможливістю* здійснення права необхідно розуміти ситуацію, за якої право не може бути здійснено взагалі. Іншими словами, має місце повне незадоволення інтересу, опосередкованого цим правом.

Прикладом, коли здійснення в повному обсязі одного з прав повністю перешкоджає здійсненню іншого, може бути ситуація, коли

власник укладає договір оренди належної йому речі, а орендар зобов'язується консенсуальним договором купівлі-продажу цієї самої речі з третьою особою. Виходить, що орендодавець залишається власником речі, а у покупця за договором існує зобов'язальне право — право вимоги до орендаря про передачу речі¹. Використовуючи наведену вище формулу, отримуємо: у разі здійснення власником свого права в повному обсязі (задоволення інтересу у забороні всім третім особам втручатися у сферу його абсолютного права) покупець взагалі не може реалізувати свого права — права на передачу йому речі (задовольнити свій інтерес у передачі речі).

Що стосується *часткової неможливості* здійснення права через реалізацію іншого в повному обсязі, то вона призводить до часткового незадоволення інтересу, опосередкованого відповідним правом. Така ситуація можлива у випадку встановлення кількох заставних прав на одне й те саме майно, коли у разі реалізації цих прав заставного майна вистачає для повного задоволення вимог одного заставодержателя і лише частково — іншого. Тобто інтерес другого заставодержателя в отриманні задоволення за рахунок заставленого майна задовольняється лише частково.

Як було зазначено, здійснення одного з прав у повному обсязі може призводити й до *припинення іншого права*. Так, у наведеному прикладі про колізію зобов'язальних прав — прав вимагати передання у власність індивідуально-визначеної речі, здійснення свого права однією особою призводить до припинення права у другій, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 620 ЦК кредитор втрачає право на витребування у боржника речі, визначеної індивідуальними ознаками, у разі, якщо ця річ вже передана третій особі у власність.

Втім, незважаючи на те, що колізія проявляється, коли обидва права перебувають у динаміці, виникає вона раніше, а саме: коли у різних осіб опиняються суб'єктивні цивільні права, при паралельному здійсненні яких може статися так, що обидва вони не зможуть бути реалізованими в повному обсязі.

До того ж може статися так, що колізія взагалі не проявиться. Причому, якщо жоден із володільців потенційно колізуючих прав не намагатиметься їх здійснити.

Важливо звернути увагу й на те, що неможливість здійснення права залежить від інтересу, який особа намагається задовольнити, реалі-

¹ Незважаючи на те, що орендар діяв неправомірно (не мав права відчужувати річ, передану йому у користування), договір не можна вважати нікчемним, а відтак він є дійсним, а отже, у покупця існує право вимоги про передачу речі у власність.

зуючи своє право. Уявімо, що кожен із покупців індивідуально-визначеної речі, яка все ще залишається у продавця, відчужує своє право вимоги іншій особі. Безумовно, кожен із таких відчужувачів (суб'єктів потенційно колізуючих прав) здійснює своє право у спосіб «розпорядження», проте за такого здійснення у жодної з осіб ніяких перешкод не виникає — їх інтереси задовольняються в повному обсязі, а отже, колізія між їх правами не проявляється.

Продовжуючи аналіз явища колізії прав, важливо звернути увагу ще на один істотний момент: для виявлення колізії недостатньо лише констатувати неможливість паралельного здійснення відповідних прав у повному обсязі, а й важливо встановити **причинно-наслідковий зв'язок між здійсненням (повним чи частковим) свого права однією особою і неможливістю (повною чи частковою) здійснення свого права іншою особою або припиненням цього права**. Не вдаючись до розгляду проблематики причинно-наслідкового зв'язку, яка достатньо висвітлена на сторінках спеціальної юридичної літератури, зазначимо лише, що в контексті колізії прав, він проявляється таким чином: *здійснення будь-якого одного з прав у повному обсязі перешкоджає повністю чи частково здійсненню іншого (інших) або викликає його припинення*.

Наведені вище міркування служать підставою для виділення ознак, характерних для колізії суб'єктивних цивільних прав. На наш погляд, це явище визначається трьома вирізняльними ознаками:

- 1) наявність двох чи більше цивільних прав, які належать різним особам;
- 2) неможливість паралельного здійснення всіх цих прав у повному обсязі;
- 3) причинно-наслідковий зв'язок між неможливістю здійснення кожного з відповідних прав у повному обсязі: реалізація будь-якого одного з них у повному обсязі перешкоджає повністю/частково здійсненню іншого (інших) чи призводить до його припинення.

Враховуючи окреслені ознаки, можна запропонувати таке визначення колізії прав: *це нетипова правова ситуація, яка проявляється у неможливості паралельного здійснення в повному обсязі суб'єктивних цивільних прав, які належать різним особам: реалізація будь-якого одного з прав у повному обсязі перешкоджає повністю/частково здійсненню іншого (інших) чи призводить до його припинення*.

Крім того, при встановленні змісту будь-якого поняття важливо також проаналізувати його у зіставленні з іншими суміжними катего-

ріями. Оскільки обмеженість у обсязі статті не дозволяє всебічно навести міркування про співвідношення колізії прав з усіма необхідними поняттями, звернемо увагу лише на ті з них, порівняння з якими видається найбільш значущим для з'ясування сутності досліджуваного поняття. Це категорії порушення й обмеження суб'єктивних цивільних прав.

Про *порушення* однією особою права іншої доводиться говорити у таких випадках: 1) особа, порушуючи право іншої особи, ніякого права не має; 2) неправомірна поведінка особи *de-ure* являє собою правомірне діяння у зв'язку з наявністю у фактичного порушника правовстановлювального документа (патенту, свідоцтва тощо); 3) особа виходить за межі свого суб'єктивного цивільного права і тим самим порушує право іншої особи; 4) особа виходить за межі здійснення свого суб'єктивного права і тим самим порушує право іншої особи. Проаналізуємо кожну з окреслених ситуацій більш детальноше.

У разі відсутності в особи того чи іншого суб'єктивного цивільного права вона є неуповноваженою (неуправомоченою). За таких умов слід констатувати, що особа перебуває у стані неправа¹. Наприклад, це має місце, коли вона безпідставно користується чужою земельною ділянкою, яку незаконно зайняла. При цьому особа не виконує свого пасивного обов'язку — утримуватися від вчинення дій, які порушують чуже абсолютне право. Це, у свою чергу, призводить до того, що власник не може здійснювати своє право в повному обсязі.

Вказане дещо нагадує колізію прав, однак, звичайно, нею не є. Такий висновок впливає з того, що колізія відбувається за умови наявності прав у різних осіб. У нашому ж випадку користувач ніякого права щодо земельної ділянки не має (перебуває у стані неправа). Більше того, він навпаки, має утримуватися від будь-яких посягань на неї.

Порушення суб'єктивного цивільного права фактично може відбуватися й тоді, коли порушник має правовстановлювальний документ (патент, свідоцтво тощо). Однак, доти останній є чинним, поведінка, що впливає з нього, зовні має цілком правомірний характер і її не можна забороняти. Особа, чий права при цьому *de-facto* порушуються, може лише оспорювати наявність права у відповідній особи шляхом визнання недійсним відповідного юридичного факту, у зв'язку з яким особа отримує правовстановлювальний документ. Визнавши його недейсним, суд тим самим по суті ліквідує юридичний факт, позбавить поведінку особи правової підстави. Лише після цього можна буде констатувати, що особа є неуправомоченою.

¹ Див.: Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части : учебник / В. А. Белов. – М., 2003. – С. 388.

Звертаючись до прикладу, уявімо, що дві різні особи мають охоронні документи (свідоцтва) на схожі до ступеня змішування торговельні марки, в основі яких тотожні позначення. У такому випадку, як зазначає В. М. Крижна, відсутні правові підстави для висновку про неправомірність дій однієї з осіб. Оскільки держава у зв'язку з реєстрацією інтелектуальних об'єктів надала можливість їх використання відповідним особам, то до моменту визнання охоронного документа недійсним кожна з них реалізує надані їй згідно з чинним законодавством повноваження. Відповідно, безглуздо ставити питання про порушення прав власника раніше зареєстрованого об'єкта і заборону використання пізніше зареєстрованого позначення, поки є чинними обидва охоронні документи¹.

Отже, до моменту визнання одного з охоронних документів недійсним можна говорити про колізію прав осіб: кожна з таких осіб не може здійснити своє право в повному обсязі — заборонити іншій відповідній особі використання торговельної марки. Виходить, що кожне з прав інтелектуальної власності блокує право заборони стосовно себе.

Крім того, особа, діючи на основі належного їй суб'єктивного цивільного права, не повинна перевищувати: 1) меж права, встановлених законом та 2) меж здійснення своїх цивільних прав.

По-перше, випадки, коли особа виходить за межі свого суб'єктивного права², тим самим призводячи до часткової/повної неможливості здійснення права іншою особою, не можна назвати колізією прав. Це пояснюється тим, що, як зазначає В. П. Грибанов, вихід за межі змісту суб'єктивного права не є його здійсненням, оскільки при цьому особа вже не діє як уповноважений суб'єкт³. Іншими словами, вихід за межі суб'єктивного цивільного права не можна вважати здійсненням останнього.

По-друге, уповноважені особи, діючи в межах належних їм суб'єктивних прав, можуть вступати у взаємодію з іншими суб'єктами цивільних правовідносин, своїм волевиявленням встановлюючи для цих інших суб'єктів межі правомірної поведінки, тим самим звужуючи

¹ Крижна В. Співвідношення прав на торговельну марку та промисловий зразок за законодавством України / В. Крижна // Адвокатура. – 2007. – № 17. – С. 5.

² Ми поділяємо позицію тих науковців, які під *межами права* розуміють властивість права в об'єктивному розумінні; межі можуть встановлюватися лише на рівні закону і стосуються всіх володільців відповідного права (наприклад, моральні засади суспільства, екологічні вимоги і заборони).

³ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов – Изд. 2-е, стер. – М., 2001. – С. 102.

межі власної правомірної поведінки (як правило, тимчасово) — межі здійснення свого права¹. Таке обмеження можливе, наприклад, коли власник встановлює сервітутне право на належну йому річ щодо тієї чи іншої особи.

Однак і *обмеження* одного суб'єктивного права іншим також не призводить до повної/часткової неможливості здійснення першого. За таких умов лише змінюються межі здійснення права, яке обмежується. Іншими словами, при обмеженні права має місце пряма залежність меж правомірної поведінки нового правонабувача від меж правомірної поведінки первинного правоволодільця, яка виражається у вторинності других прав стосовно перших.

Отже, у випадку, коли власник виходить за межі здійснення свого права власності і заважає володільцеві сервітутного права його здійснювати, також слід вести мову не про колізію, а про порушення права — поведінка власника в такому випадку є протиправною, він виходитиме за межі здійснення свого права.

Таким чином, з вищевикладеного слідує, що, за загальним правилом, слід розрізняти порушення і колізію прав, хоча вони й не завжди є взаємовиключними категоріями (а саме, коли поведінка однієї з осіб, право якої колізує з правом іншої особи, базується на правовстановлювальному документі, який видано (патент, свідоцтво тощо) або укладено (договір) з порушенням прав (інтересів) останньої). У свою чергу, обмеження одного права іншим у будь-якому випадку виключає наявність колізії між відповідними правами.

Наостанок додамо, що протиправна поведінка може бути пов'язана з колізією прав таким чином, що служитиме лише причиною виникнення колізії. Так, співвласник, продаючи свою частку у праві спільної власності третій особі без попередньої пропозиції іншим співвласникам придбати цю частку, діє неправомірно — порушує переважні права співвласників. У результаті цього у кожного зі співвласників виникає право на переведення на себе прав і обов'язків покупця. Однак зрозуміло, що всі ці права не можуть бути задоволеними в повному обсязі. Отже, виходить, що протиправна поведінка третьої особи (одного зі співвласників (продавця) стала причиною виникнення колізії між

¹ Межі здійснення права можуть звужуватися не лише за волею самої уповноваженої особи (шляхом укладення договору), а й за рахунок встановленням обов'язків, заборон стосовно конкретної особи на підставі актів органів державної влади, органів влади АРК та органів місцевого самоврядування, нотаріуса, а також рішення суду.

правами інших співвласників. До речі, ЦК не дає відповіді на питання про те, якому з них має бути надана перевага.

Тому перспективним щодо подальшого дослідження явища колізії прав видається аналіз способів (механізмів) її розв'язання. У контексті ж заявленої проблематики зауважимо лише на те, що факт наявності колізії між правами не залежить від її вирішеності на законодавчому рівні, хоча з теоретичних положень іноді випливає протилежний висновок¹. На нашу ж думку, колізії можливо лише класифікувати на такі, що вирішені законодавчо, і такі, спосіб розв'язання яких у законодавстві не передбачений. Наприклад, колізія прав кредиторів під час конкурсного провадження долається у спосіб встановлення черговості задоволення вимог кредиторів, а в рамках однієї черги діє вже пропорційний спосіб розв'язання колізії. У той же час із законодавства, наприклад, не слідуює, як має вирішуватися колізія між правами кредиторів спадкодавця за боргами, що виникли за час його життя, коли розміру спадкової маси не вистачає для задоволення вимог усіх кредиторів.

¹ Див., напр.: Энциклопедический словарь / под ред. К. К. Арсеньева, О. О. Петрушевского. – СПб., 1895. – Т. XV А. – С. 705.

А. Іванова, здобувач кафедри фінансово-го права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Класифікація суб'єктів бюджетного права

Проблема класифікації суб'єктів бюджетного права заслуговує поглибленого дослідження, оскільки її розробка дозволить детальніше вивчити їх види, особливості, характер взаємовідносин один з одним. Логічно правильний і послідовний поділ учасників бюджетних правовідносин за відповідними підставами вносить зрозумілість та ясність і в питання про розмежування їх повноважень, обов'язків та прав.

Вищезазначене питання, безумовно, вже досліджувалося в науці фінансового права у працях Н. І. Хімічевої, М. І. Пискотіна, Л. К. Воронової, О. М. Горбунової, Н. О. Пришви, М. В. Карасьової, М. П. Кучерявенка та ін.¹ Увага цій проблемі приділялась як у рамках питання щодо видів суб'єктів фінансового права, так і безпосередньо самими учасниками бюджетно-правових відносин. Але на сьогодні стан науки і теорії фінансового права дає можливість не тільки підбити відповідні підсумки щодо цієї проблеми, а й накреслити нові етапи для її дослідження.

Метою статті є розподіл суб'єктів бюджетного права за відповідними підставами, що існують у юридичній науці та в науці фінансового права. Важливим виступатиме виокремлення тих підстав поділу учасників бюджетних правовідносин, що дозволяють їх виділити з усієї сукупності суб'єктів права та безпосередньо суб'єктів фінансового права.

У юридичній науці існує ряд критеріїв, за якими можливо диференціювати осіб. По-перше — це галузева правосуб'єктність². Галузе-

¹ Див.: Химичева Н. И. Субъекты советского бюджетного права / Н. И. Химичева. – Саратов, 1979. – С. 222; Пискотин М. И. Бюджетные права местных Советов депутатов трудящихся / М. И. Пискотин. – М., 1961. – С. 239; Воронова Л. К. Бюджетные права Украинской ССР : дис. ... канд. юрид. наук / Л. К. Воронова. – К., 1963. – С. 26; Горбунова О. Н. Бюджетные права местных Советов депутатов трудящихся / О. Н. Горбунова. – М., 1972. – С. 40–44; Пришва Н. О. Щодо питання повноважень суб'єктів фінансових правовідносин / Н. О. Пришва // Підприємництво, госп-во і право. – 2004. – № 2. – С. 25–28; Карасева М. В. Финансовое правоотношение / М. В. Карасева. – М., 2001. – 288 с.; Финансовое право : учеб. пособие / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко. – Харьков, 2003. – С. 33.

² Див.: Бойцов В. Я. Система советского государственного права / В. Я. Бойцов. – Уфа, 1975. – С. 45–65.

ва правосуб'єктність — це юридична ознака суб'єкта права, що його характеризує. Саме за цією ознакою можливо виокремити конкретного галузевого суб'єкта (або суб'єкта, що функціонує у рамках відповідної галузі) із сукупності інших учасників правовідносин. Адже галузева правосуб'єктність має властивість видозмінюватися, тобто існувати у формі, наприклад, кримінальної, цивільної, трудової, фінансової. Тобто існування фінансової правосуб'єктності не викликає заперечень.

Але фінансова правосуб'єктність, якщо розглянути її детальніше, на нашу думку, є досить широким, а не конкретним поняттям. Її складно визначити у «чистому вигляді». Вона виступає, скоріше, як родова, що надалі надає можливість вже конкретно виділяти в її змісті видові прояви — бюджетна, податкова і т. ін., залежно від інститутів, що становлять систему фінансового права. Таким чином, бюджетна правосуб'єктність надає можливість вирізнити з усієї системи правових суб'єктів, а також суб'єктів фінансового права саме учасників бюджетних правовідносин.

Бюджетна правосуб'єктність буде характеризуватися як підгалузева, тому що саме коло відносин, що існують у сфері бюджетної діяльності, являє собою підгалузів фінансового права. Бюджетна правосуб'єктність, виділяючи осіб, які нас цікавлять, відкриває немов новий етап у їх аналізі, окреслює коло обов'язків та прав, підстави правового статусу учасників бюджетних правовідносин.

Наступним найбільш традиційним поділом суб'єктів права виступає їх розподіл на колективних або індивідуальних осіб, або (що є практично те саме, але називається інакше) державу, юридичних та фізичних осіб. При цьому вчені по-різному виділяють критерій такої класифікації. Так, А. Г. Братко всіх учасників правовідносин поділяє на дві групи — фізичні та юридичні особи — залежно від характеру охоронюваних і забезпечуваних правом інтересів¹. Такий критерій поділу осіб викликає деякий сумнів. Його можна тлумачити досить широко. Наприклад, за характером охоронюваних і забезпечуваних правом інтересів можна класифікувати суб'єктів права не тільки на фізичних і юридичних осіб, а й на владних та зобов'язаних; або галузевих — суб'єктів кримінального, трудового, цивільного і т. ін. права. У даній ситуації необхідно виділяти саме таку підставу диференціації осіб, яка б чітко співвідносилась із класифікаційною схемою суб'єктів. Такою підставою, на нашу думку, виступає вольовий. На нього звертала увагу

¹ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М., 1994. – С. 148.

Ц. О. Ямпольська, яка зазначала, що «істотною ознакою правових відносин є їхній вольовий характер, тому при вивченні учасників цих відносин (суб'єктів права) необхідно насамперед розглянути, як вольова ознака модифікується стосовно кожного з них»¹. Саме вольовий критерій співвідноситься з поняттям «фізична» або «юридична» особа, тому що виражає правову волю цих суб'єктів.

Питанню щодо класифікації суб'єктів фінансового права за вольовим критерієм приділена відповідна увага і у науці фінансового права². У цілому вчені поділяють суб'єктів фінансового права на дві або три групи: колективні та індивідуальні суб'єкти або держава, колективні та індивідуальні суб'єкти. Різниця полягає лише в тому, що в першому випадку держава включається у групу колективних суб'єктів фінансового права, а у другому — виступає окремим учасником цих правовідносин.

Вищезазначені положення дають можливість поділити і суб'єктів бюджетного права за вольовим критерієм на державу, колективних та індивідуальних осіб. Сама назва учасників — держава, колективні та індивідуальні особи, безумовно, не є притаманною виключно суб'єктам бюджетного права. Але той факт, що коло даних осіб діє у галузі відносин, пов'язаних із бюджетною діяльністю в суспільстві, а саме із прийняттям та виконанням бюджету, механізмом бюджетного розподілення, інститутом бюджетних повноважень, контролем за додержанням норм бюджетного законодавства і т. ін., — трансформує їх в учасників бюджетних правовідносин.

До групи колективних суб'єктів бюджетного права належать держава, органи державної влади й управління, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи різних форм власності і видів діяльності, відокремлені підрозділи без статусу юридичної особи, консолідовані (фінансово-промислові) групи осіб і т. ін. Зрозуміло, що кожному з вищезазначених учасників бюджетних правовідносин притаманні свої специфічні особливості, що виявляються перш за все у статусі таких осіб. Але той факт, що такі суб'єкти об'єднані у групу «колективні суб'єкти бюджетного права», жодною мірою не зрівнює їх за правовими можливостями та повноваженнями.

¹ Миронов О. О. Субъекты советского государственного права / О. О. Миронов. – Саратов, 1975. – С. 8 (у своїй роботі О. О. Миронов посилається на тезис Ц. О. Ямпольської).

² Див.: Финансовое право : учеб. пособие / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко. – Харьков, 2003. – С. 33; Финансовое право : учебник / под ред. О. Н. Горбуновой. – М., 1996. – С. 43; Финансове право України : підруч. / за ред. М. П. Кучерявенка. – К., 2004. – С. 28.

Під індивідуальним суб'єктом права розуміють фізичну особу, яка здійснює та виражає свої інтереси самостійно, від однієї особи, не об'єднуючись з іншими. Але чи є фізичні особи суб'єктами бюджетних правовідносин — досить дискусійне питання. Взагалі особливістю бюджетних правовідносин є те, що в них задіяне вужче коло суб'єктів, ніж в інших фінансових правовідносинах. Суб'єктами бюджетного права є особи, які беруть участь у розподілі доходів та витрат між різними видами бюджетів або одержують з державного чи місцевого бюджетів кошти у різних формах, залучені до участі у стадіях бюджетного процесу. Такі види діяльності виключають з кола учасників бюджетних правовідносин індивідуальних, тобто фізичних осіб. Їх взаємовідносини з бюджетом опосередковуються через податкові, кредитні або трудові правовідносини. Але, з другого боку, якщо вести мову про виконання відповідних функцій у сфері бюджетної діяльності окремими посадовими особами, то у такому випадку необхідно визнавати і фізичних осіб як учасників бюджетних правовідносин. Наприклад, міністр, що очолює свою структуру і тому є розпорядником бюджетних коштів відповідного рівня, повинен щороку подавати до Верховної Ради України (зрозуміло, що це має відбуватися у ході відповідної стадії бюджетного процесу) бюджетний запит, тобто документ, що містить пропозиції з важливими обґрунтуваннями щодо обсягу бюджетних коштів, необхідних для діяльності його структури на наступний бюджетний період. Навіть у Бюджетному кодексі України встановлюється, що учасниками бюджетного процесу (а значить і суб'єктами бюджетного права) є органи та посадові особи, що наділені бюджетними повноваженнями. Бюджетні повноваження — це права та обов'язки учасників бюджетних правовідносин¹. Учасниками бюджетного процесу є органи і посадові особи законодавчої (представницької) та виконавчої влади, а саме: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України, Національний банк України, місцеві ради та ін.; розпорядники та одержувачі бюджетних коштів, які можуть виступати і фізичними особами. Тому, ми вважаємо, що індивідуальні суб'єкти також є учасниками бюджетних правовідносин, але діють у своїй, чітко визначеній законодавством, сфері.

Однією із загальних підстав поділу суб'єктів права в юридичній науці є критерій їх диференціації залежно від наявності в суб'єкта

¹ Науково-практичний коментар Бюджетного кодексу України / В. І. Антипов, Л. К. Воронова, Н. В. Воротіна та ін. / за заг. ред. П. В. Мельника. – К., 2003. – 416 с.

владних повноважень¹. Перш ніж поділити учасників бюджетних правовідносин за цією підставою, коротко розглянемо її сутність. Головним моментом, що визначає групу, до якої належить суб'єкт права, тут виступає наявність владного повноваження. Під владним повноваженням розуміють об'єднання прав та обов'язків особи одночасно в одне ціле. У даному випадку немає суперечності між змістом понять «обов'язок» та «право». У класичному порядку обов'язок — це міра належної поведінки суб'єкта права, від якої він не має права ухилитися. Маючи право, особа, навпаки, може не скористатися ним або скористатися, тобто діяти за власним розсудом і ніякі види відповідальності до неї застосовуватися не будуть. Повноваження ж передбачає, що особа, яка його має, повинна діяти саме в розумінні обов'язку, хоча у законодавстві може йтися саме про право. Наприклад, коли Конституція України проголошує право держави на самостійний бюджет або право місцевого самоврядування (розуміються територіальні громади) на самостійний бюджет — мається на увазі, що це є не право як можливість відмови від його здійснення, а саме жорсткий імперативний обов'язок, без виконання якого виникає загроза економічному існуванню як всього суспільства, так і окремих територій.

Владне повноваження має свою структуру, яка включає такі види дій: а) керування; б) управління; в) прийняття рішень; г) організація; д) координація; е) контроль; ж) заборона; з) розробка і т. ін.² Тобто, як ми бачимо, самі терміни виключають можливість відмови від здійснення відповідних встановлених законодавством дій і являють собою більше обов'язки ніж права.

Втім, коли ми починаємо аналізувати дію цього критерію у рамках бюджетних правовідносин стосовно кола суб'єктів бюджетного права, то доходимо висновку, що тут він майже не діє. Річ у тім, що інститут владних повноважень, який у теорії бюджетного права має назву інституту бюджетних повноважень, майже повністю виключає групу осіб, які б не мали таких правових можливостей. Особа, що не має бюджетного (владного) повноваження, вже не є учасником бюджетних правовідносин взагалі. Нагадаємо, що під бюджетним повноваженням розуміють права та обов'язки учасників бюджетних правовідносин. Але у зв'язку з тим, що всі ці правові можливості відповідних осіб так

¹ Див.: Харитонova О. Поняття і ознаки публічних правовідносин / О. Харитонova // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2002. – № 1 (28). – С. 41; Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. Т. 2 : Введение в теорию налогового права / Н. П. Кучерявенко. – Харьков, 2004. – С. 315.

² Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001. – С. 36–37.

чи інакше пов'язані з бюджетним процесом (який у свою чергу регулює діяльність, що пов'язана із складанням, розглядом, затвердженням бюджетів, їх виконанням і контролем за їх виконанням, а також розглядом та затвердженням звітів про їх виконання), тому і всі його учасники виступають як владні особи.

Таким чином, кожен суб'єкт бюджетного права має бюджетне повноваження. У цьому випадку може йтися про різний обсяг або зміст таких можливостей, але це вже не має особливого значення для визнання особи як такої, що володіє владним (бюджетним) повноваженням. І підстава, що діє у колі суб'єктів права (навіть суб'єктів фінансового права), не має свого значення, коли мова йде про суб'єктів бюджетного права.

Учасників бюджетних правовідносин можна поділити на види і всередині їх кола. Так, відповідно від обсягу наданих бюджетних повноважень, суб'єкти бюджетного права поділяються на головних розпорядників бюджетних коштів і розпорядників коштів нижчого рівня. Розпорядники нижчого рівня поділяються у свою чергу на другий та третій ступінь.

Групу головних розпорядників бюджетних коштів залежно від рівня бюджету, з яким пов'язана її діяльність, можна диференціювати на три види: 1) відповідно до бюджетних призначень, що передбачені у законі про Державний бюджет (це органи, уповноважені Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України забезпечувати їх діяльність, в особі їх керівників, а також міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Конституційний Суд України, Верховний Суд України та інші спеціалізовані суди; установи та організації, які визначені Конституцією України або входять до складу Кабінету Міністрів України, а також Національна академія наук України, Українська академія аграрних наук, Академія медичних наук України, Академія педагогічних наук України, Академія правових наук України, Академія мистецтв України в особі їх керівників; 2) відповідно до бюджетних призначень, передбачених бюджетом Автономної Республіки Крим (це уповноважені юридичні особи (бюджетні установи), що забезпечують діяльність Верховної Ради Автономної Республіки Крим та Ради міністрів Автономної Республіки Крим, а також міністерства та інші органи влади Автономної Республіки Крим в особі їх керівників; 3) відповідно до бюджетних призначень, передбачених місцевими бюджетами (це керівники місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів рад та їх секретаріатів, керівники головних

управлінь, управлінь, відділів та інших самостійних структурних підрозділів місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів рад).

Усі ці головні розпорядники бюджетних коштів залежно від рівня бюджету, з яким пов'язана їх діяльність, мають той чи інший зміст та обсяг функцій. До основних функцій відносять такі завдання: розробка планів своєї діяльності, виходячи з необхідності досягнення конкретних результатів; розробка проектів кошторисів та бюджетних запитів; отримання бюджетних призначень шляхом їх затвердження у законі про Державний бюджет України чи рішенні про місцевий бюджет; доведення у встановленому порядку до розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня (одержувачів бюджетних коштів) відомостей про обсяги асигнувань; здійснення внутрішнього контролю за повнотою надходжень, отриманих розпорядниками бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачами бюджетних коштів і витрачанням ними бюджетних коштів; одержання звітів про використання коштів від розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачів бюджетних коштів та аналіз ефективності використання ними бюджетних коштів.

До групи розпорядників бюджетних коштів другого ступеня належать бюджетні установи в особі їх керівників, які уповноважені на отримання асигнувань, прийняття зобов'язань та здійснення виплат з бюджету на виконання функцій своєї установи, яку вони очолюють, і на розподіл виділених асигнувань для переказу розпорядникам третього ступеня.

Розпорядники коштів третього ступеня — це бюджетні установи в особі їх керівників, які уповноважені на отримання асигнувань, прийняття зобов'язань та здійснення виплат з бюджету на виконання функцій своєї установи, яку вони очолюють, і на розподіл виділених асигнувань безпосередньо підпорядкованим їм одержувачам. Залежно від свого рівня, розпорядники бюджетних коштів другого та третього ступенів мають та виконують відповідні функції.

Отже, з огляду на вищевикладене, можна відзначити такі положення. Учасники бюджетних правовідносин, виступаючи різновидом учасників правовідносин взагалі, поділяються за відповідними підставами на види. Таку диференціацію можливо проводити як ззовні, так і усередині кола суб'єктів, що аналізуються. Класифікація суб'єктів бюджетного права дозволяє детально вивчити їх види, особливості, характер взаємовідносин один з одним. Виокремлення внутрішніх підстав поділу учасників бюджетних правовідносин надає можливість взагалі виділити їх із сукупності суб'єктів фінансового права.

Інформація за результатами загальних зборів НАПрН України

24 вересня 2010 р. у Харкові у приміщенні Національної академії правових наук України відбулися загальні збори Академії.

На зборах були присутні та виступили з вітальним словом Голова Харківської обласної державної адміністрації М. М. Добкін, Голова Харківської обласної ради С. І. Чернов, в.о. Харківського міського голови Г. А. Кернес.

З науковою доповіддю «60-річчя прийняття Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» виступив Голова Верховної Ради України, академік НАН та НАПрН України В. М. Литвин. У своїй доповіді він зауважив, що до Конвенції прикута увага держав практично всіх континентів, вони активно вивчають європейський досвід у галузі захисту прав людини, запроваджують його з урахуванням особливостей своїх країн, досліджують шляхи удосконалення механізму функціонування органів і установ для забезпечення належної реалізації основоположних прав людини і громадянина.

В. М. Литвин нагадав, що 9 листопада виповнюється 15 років з дня підписання Конвенції нашою державою. Він зазначив, що за традицією з цієї нагоди будуть проводитися численні конференції, круглі столи, симпозиуми, форуми під гаслом «Міжнародне та історичне значення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод». Зокрема, він наголосив, що 23 вересня Верховна Рада України прийняла рішення про проведення 22 жовтня спеціального засідання, присвяченого цій події. На його переконання, вчені мають концентруватися не просто на історичному значенні, а дослідити невідоме, запропонувати шляхи вдосконалення існуючого та визначити тенденцію подальшого розвитку.

В обговоренні доповіді взяли участь академік НАПрН України П. М. Рабінович, член-кореспондент НАПрН України М. В. Буроменський та завідувач кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Ю. Г. Барабаш.

У зв'язку з наданням Академії статусу національної на загальних зборах було розглянуто та прийнято оновлену редакцію Статуту Національної академії правових наук України.

На засіданні президії Національної академії правових наук України було затверджено Пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2011–2015 роки.

На зборах Академії було затверджено директора Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України члена-кореспондента НАПрН України С. М. Прилипка.

24 вересня також відбулися вибори нових членів Академії на 15 вакантних місць (1 академік та 14 членів-кореспондентів), на які претендували 60 осіб, у тому числі вибори для формування Південного регіонального центру — на 16 вакантних місць (3 академіки та 13 членів-кореспондентів), на які претендували 27 осіб. Це були наймасштабніші вибори за весь час існування Академії. Кандидати на наявні вакансії членів Академії представляли всі регіони України (Київ, Харків, Донецьк, Дніпропетровськ, Кіровоград, Луганськ, Маріуполь, Одесу, Сімферополь, Львів, Ужгород, Чернівці тощо), 40 провідних наукових і навчальних закладів України.

За результатами голосування було обрано 5 академіків та 21 члена-кореспондента. По відділенню теорії та історії держави і права дійсним членом (академіком) обрано О. Ф. Скакун (завідувач кафедри правового регулювання економіки Кримського економічного інституту Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана) та членами-кореспондентами: В. М. Єрмолаєва (професор кафедри історії держави і права України і зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого), О. Г. Мурашина (директор Інституту права та суспільних відносин Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»), С. В. Шевчука (професор кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»), Ю. М. Оборотова (проректор з наукової роботи, завідувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»).

По відділенню державно-правових наук та міжнародного права — дійсними членами (академіками) обрано М. П. Кучерявенка (завідувач кафедри фінансового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого), А. О. Селіванова (завідувач Відділу зв'язків з органами правосуддя Апарату Верховної Ради України, Постійний

представник Верховної Ради України у Конституційному Суді), С. В. Ківалова (голова Комітету з питань правосуддя Верховної Ради України, президент Національного університету «Одеська юридична академія») та членами-кореспондентами: О. Ф. Андрійко (провідний науковий співробітник відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України), В. П. Колісника (професор кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого), В. І. Олефіра (вчений секретар секретаріату вченої ради Київського національного університету внутрішніх справ), В. В. Конопльова (професор кафедри адміністративного права та адміністративного процесу Кримського юридичного інституту Одеського державного університету внутрішніх справ).

По відділенню цивільно-правових наук — членами-кореспондентами обрано: О. В. Кохановську (заступник декана юридичного факультету з наукової роботи Київського національного університету імені Тараса Шевченка), О. І. Процевського (завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права Харківського національного педагогічного університету Г. С. Сковороди), Є. О. Харитонова (завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»), Г. І. Чанишеву (декан соціально-правового факультету, завідувач кафедри трудового права та соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»).

По відділенню екологічного, господарського та аграрного права обрано — членами-кореспондентами: О. М. Вінник (професор кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка), С. О. Погрібного (професор кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»), О. П. Подцерковного (завідувач кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія»).

По відділенню кримінально-правових наук обрано — дійсним членом (академіком): Н. О. Гурову (директор Кримського юридичного інституту Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого) та членами-кореспондентами: С. М. Гусарова (народний депутат України, голова Наглядової ради Академії управління МВС України), І. Є. Марочкіна (завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого), В. О. Навроцького (декан юридичного фа-

культету Львівського державного університету внутрішніх справ), Є. Л. Стрельцова (проректор з навчальної роботи Одеського національного університету імені І. І. Мечникова), В. В. Тіщенко (завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»), В. О. Тулякова (проректор з міжнародних зв'язків, завідувач кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»).

За рішенням загальних зборів першим віце-президентом Національної академії правових наук України обрано О. В. Петришина, доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України.

Матеріал підготував:

О. Погрібний, головний вчений секретар НАПрН України;

Друга міжнародна науково-практична конференція з трудового права і права соціального забезпечення

8–9 жовтня 2010 року в м. Харкові на базі Національної академії правових наук України відбулася II Міжнародна науково-практична конференція «**Теоретичні та практичні проблеми реалізації прав людини у сфері праці і соціального забезпечення**». Організатор конференції — кафедра трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серед основних напрямів роботи конференції — проблеми реалізації прав людини і громадянина у сфері праці і соціального забезпечення; розвиток законодавства, що регулює соціально-трудові відносини.

Пленарне засідання відкрив проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України **А. П. Гетьман**. Привітавши учасників наукового зібрання, доповідач наголосив, що проведення масштабних міжнародних конференцій з проблем трудового права і права соціального забезпечення стає доброю традицією. Представництво вчених на нинішній конференції (матеріал для участі надали майже 150 науковців із України, Російської Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Болгарія, Федеративної Республіки Німеччини, Республіки Казахстан) свідчить

про зростаючий інтерес до цього наукового форуму. Шириться представництво вчених не тільки у географічному розумінні, а й за науковими напрямками, оскільки до обговорення проблеми реалізації соціально-трудова прав на нинішній конференції приєдналися економісти та філософи. Тему конференції обрано не випадково, адже права людини у сфері праці та соціального захисту в умовах економічної нестабільності у світі у демократичній, правовій, соціальній державі мають бути надійно захищені. Стан законодавства і реального положення справ у реалізації права на працю, на відпочинок, на належний життєвий рівень, на соціальне забезпечення є не тільки показником цивілізованості суспільства, а й умовою його моральності та ефективності його економіки. Як свідчить аналіз практики застосування трудового та соціального законодавства, наразі невирішеними залишаються низка суттєвих проблем, і однією з головних причин цього є відставання розвитку законодавства від потреб практики. Таке положення слід виправляти, адже чинне законодавство обмежує зміст конституційних положень про основні соціально-трудова права. Завдання науковців — виробити шляхи подолання цієї проблеми, запропонувати засоби підвищення ефективності законодавства у цій сфері.

Наукова програма конференції була відкрита доповіддю **«Звільнення працівників у зв'язку із скороченням штатів: історія цієї трудово-правової категорії»** доктора юридичних наук, професора, завідувача кафедри трудового права та соціального забезпечення Пермського державного університету (м. Перм, Російська Федерація) **Л. Ю. Бугрова**. Історична динаміка змісту категорії «скорочення чисельності або штату працівників» в основному є загальною для трудового права Росії та України, і лише окремі фрагменти мають відмінності. Об'єднання радянським законодавством принципово різних підстав для звільнення — «ліквідація підприємства, установи, організації» та «скорочення чисельності або штату працівників» — пояснювалось «спадковістю» у використанні конструкцій, притаманних попередньому КЗпП. Але це об'єднання в одному пункті різних підстав для розірвання трудового договору себе не виправдало. Цікаво, що в Україні ситуація ще складніша. Чинна редакція п. 1 ст. 40 КЗпП України містить своєрідне формулювання для відповідних випадків розірвання трудового договору. Вони вказують на зміни організації виробництва і праці, у тому числі ліквідації, реорганізації, банкрутства або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників.

Але дні дії КЗпП Української РСР скінчилися, і про новий Трудовий кодекс доцільно міркувати тільки після його прийняття.

Доктор юридичних наук, професор, завідувачка сектору трудового права та права соціального забезпечення Інституту держави і права Російської академії наук (м. Москва, Російська Федерація) **Г. С. Скачкова** у доповіді *«Праця іноземців у Росії: деякі проблеми правового регулювання»* звернула увагу, що у Трудовому кодексі РФ 2001 р. міститься цілий розділ (XII), що складається з 15 глав і містить особливості регулювання праці окремих категорій працівників. Проте російське законодавство про працю не завжди адекватно реагує на необхідність законодавчого вирішення питань, пов'язаних із регулюванням трудових відносин з іноземними працівниками. Розкриваючи у ст. 11 сферу дії трудового права, ТК РФ поширює його норми на трудові відносини іноземних громадян та осіб без громадянства, але в подальшому в Кодексі про цих осіб не згадується. У різних міжнародних документах використовуються поняття «мігрант», «працівник-мігрант», «нелегальний мігрант», що не застосовуються у російському законодавстві. З метою забезпечення трудових прав цих категорій осіб та удосконалення правового регулювання в РФ праці з іноземною участю доповідач пропонує замінити у Федеральному законі в правовому становищі іноземців поняття «іноземний працівник» на поняття «працівник-мігрант». Відносини за участю вказаних осіб потребують спеціального законодавчого регулювання.

Доповідь *«Нові технології вирішення трудових спорів у Росії: реальність і перспективи»* доктора юридичних наук, професора, завідувачки кафедри трудового права Уральської державної юридичної академії (м. Єкатеринбург, Російська Федерація) **С. Ю. Головіної** зацікавила учасників конференції аналізом нових явищ у механізмі вирішення трудових спорів у Росії. Згідно з ТК РФ вирішенню індивідуальних трудових спорів притаманний юрисдикційний порядок із можливістю використання позасудового способу розгляду в комісіях по трудових спорах, які створюються в організаціях. Колективні трудові спори вирішуються виключно в процесі примирних процедур, судове втручання допускається тільки при вирішенні питання про визнання страйку незаконним. Як бачимо, трудове законодавство РФ передбачає альтернативні судовому розгляду засоби вирішення трудових спорів. Зараз у Росії широко обговорюється можливість впровадження альтернативних засобів вирішення спорів. Серед них — медіація, як мирний спосіб урегулювання спорів, що має на меті досягнення сторонами

взаємоприпустимого рішення при сприянні медіатора. Одна із практичних цілей впровадження медіації у практику вирішення конфліктів — це зменшення навантаження на суддів та збільшення кількості судових рішень, які здійснюються на добровільних засадах. Розвиток медіації є одним із основних напрямів сучасної судової політики більшості економічно розвинутих країн. У рамках російської юридичної практики медіацію можна назвати новою, перспективною технологією, інструментом вдосконалення правової культури суспільства, однак формування цього напрямку у сфері вирішення трудових спорів потребує серйозного доопрацювання змісту, юридичних форм та моделей посередництва.

Доктор юридичних наук, професор, радник Конституційного Суду Російської Федерації (м. Санкт-Петербург, Російська Федерація) **М. Ю. Федорова** головну увагу приділила *захисту соціальних прав громадян органами конституційної юстиції пострадянських держав*. Актуальність проблеми формування сучасної системи соціального захисту громадян обумовлена необхідністю збереження і зміцнення стабільності в суспільстві, в тому числі за допомогою забезпечення реалізації соціальних прав громадян. Незважаючи на посилення індивідуальної відповідальності людини за свій добробут, держава не може відмовитися від ролі основного суб'єкта системи соціального захисту. Саме на нього покладається здійснення перерозподілу доходів з метою реалізації публічних інтересів, включаючи захист населення від соціальних ризиків, іманентно властивих ринковій економіці. Порівняльний аналіз практики Конституційного Суду Російської Федерації та Конституційного Суду України дозволяє зробити висновок про єдині підходи до оцінки конституційності аналогічних положень соціального законодавства, що свідчить про прихильність обох держав базовим демократичним принципам, які знайшли своє відображення в основних міжнародно-правових актах про права людини.

У доповіді *«Стадії реалізації прав працівника: поняття та особливості»* кандидат юридичних наук, доцент, завідувачка кафедри цивільного та трудового права Інституту права та підприємництва Північного (Арктичного) федерального університету (м. Архангельськ, Російська Федерація) **Т. О. Зикіна** зазначила, що реалізація будь-якого суб'єктивного права працівника являє собою складний процес, в якому пропонується розрізняти такі стадії: попередню; власне процедурну стадію реалізації суб'єктивного права; досягнення результату; охорони порушеного суб'єктивного права (у разі необхідності). Реалізація прав

працівників не є стихійним і довільним актом, це керований процес, правовий спосіб якого базується перш за все на економічних, соціальних, політичних та інших громадських потребах. Для його успішного здійснення необхідна наявність нормативної бази, що відображає зміст прав працівника і процедуру їх реалізації. Обов'язково мають скластися об'єктивні і суб'єктивні причини, які спонукають працівника реалізувати те або інше право. Велике значення при цьому має знання і розуміння працівником сутності та змісту як самих прав, так і порядку їх здійснення.

Доцент кафедри трудового права ДОО ВПО «Саратовська державна академія права» (м. Саратов, Російська Федерація), кандидат юридичних наук **І. В. Шестерякова**, проаналізувавши *шляхи вдосконалення трудового законодавства, спрямовані на реалізацію прав людини*, констатувала успіхи і недоліки в розвитку трудового законодавства РФ. Програма антикризових заходів Уряду РФ передбачає посилення соціального захисту населення, забезпечення гарантій соціальної та медичної допомоги, державної підтримки сфери зайнятості. У режимі негайного реагування Уряд РФ ужив спеціальних заходів із зниження соціальної напруженості, передусім щодо погіршення ситуації на ринку праці. З початку року в 1,5 разу збільшено максимальний розмір допомоги по безробіттю. На вищому урядовому рівні організовано та проводиться щотижневий моніторинг звільнень працівників у зв'язку з ліквідацією організацій або скороченням персоналу, а також переведення низки підприємств на режим скороченого робочого часу. Завдання органів влади — спільно з бізнесом забезпечити повноцінне дотримання трудового законодавства щодо соціального захисту вивільнюваних працівників, прогнозованість і керованість процесів вивільнення працівників, їх «розтягнутість» у часі з тим, щоб жоден співробітник підприємства не був просто викинутий на вулицю без засобів до існування і встиг адаптуватися до нових умов; забезпечити підвищення конкурентоспроможності вивільнюваних працівників на ринку праці за рахунок підвищення їх кваліфікації, перепідготовки по запитаних спеціальностях, переїзду в регіони з дефіцитом робочої сили відповідної кваліфікації.

Доктор юридичних наук, професор кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права ХНПУ імені Г. С. Сковороди, член-кореспондент НАПрН України **О. І. Процевський** у доповіді *«Щодо поняття захисної функції трудового права»* зазначив, що серед основних принципів внутрішньої політики у Законі України «Про

засади внутрішньої і зовнішньої політики» особо слід виділити безумовне забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, повагу до гідності кожної особи. Закон звертає увагу на необхідність забезпечення свободи, соціальної справедливості, соціального партнерства та громадянської солідарності. Із всього різноманіття характеристик, які даються різними словниками і наукою різних галузей, можна виокремити наскрізні якості, властивості, які і визначають сутність функції як такої. Перша — це її здатність розкривати і характеризувати сутність і динамічність явища, завдяки якому вона витребувана із всієї суми існуючих у природі термінів. Тобто функція приречена характеризувати динамічні явища, динамічні системи. І друге — її залежність від явища, сутність якого вона відображає, показуючи напрям впливу цього основного явища на зовнішнє середовище, яке його оточує. Функція — це наслідок соціальної події для соціальної системи, де подія є необхідною для сприяння роботи і підтримки цієї системи.

З доповіддю на тему *«До питання дисциплінарної відповідальності працівників»* виступив доктор юридичних наук, професор кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент НАПрН України **С. М. Прилипка**. Дисциплінарна відповідальність працівників є одним із видів юридичної відповідальності, що передбачена законодавством за протиправну поведінку працівника. Дисциплінарна відповідальність є обов'язком працівника понести покарання, передбачене нормами законодавства про працю, за протиправне невиконання чи неналежне виконання своїх трудових обов'язків. Основними відмінностями спеціальної дисциплінарної відповідальності від загальної є: а) коло осіб, на яких вона поширюється; б) види дисциплінарних стягнень; в) коло осіб, які можуть застосовувати дисциплінарні стягнення; г) порядок застосування стягнень; д) порядок оскарження покладених дисциплінарних стягнень та ін.

Доктор юридичних наук, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії митної служби України **В. І. Щербина** у доповіді *«Правове регулювання кадрової роботи і реалізація прав людини у сфері праці: теоретичні та практичні проблеми»* виділив декілька основних напрямів діяльності кадрових служб, які потребують нормативного закріплення. Перш за все це професійний відбір працівників та постійна робота з наявними кадрами. Норми проекту ТК України щодо перевірки особи під час прийняття на роботу є позитивним зрушенням в унормуванні цих організаційних заходів, однак зміст цих

норм необхідно дещо змінити і розширити, бо сутністю їх змісту є перевірка професійної придатності особи. Планування роботи з кадрами є невід'ємною складовою успішної діяльності сучасних підприємств, установ, організацій. Основоположні норми щодо роботи з кадрами, особливо в державному секторі, повинні міститися в актах централізованого характеру, а ті, які визначають особливості роботи з кадрами того чи іншого підприємства, установи, організації, — в локальних. Тому ТК України обов'язково має містити норму, яка гарантуватиме роботодавцеві право на самостійне формування програм діяльності з планування, розвитку трудового потенціалу, вдосконалення кадрової роботи, ефективного і раціонального використання можливостей наявних працівників.

Доктор юридичних наук, професор кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. М. Ярошенко** у доповіді *«Кодифікація національного законодавства про працю: сучасний стан і перспективи»* наголосив, що значною мірою неефективність правового регулювання трудових відносин пояснюється відсутністю в законодавстві чіткого механізму реалізації закладених у ньому принципів і гарантійних норм. Новий Трудовий кодекс повинен не стільки проголошувати і фіксувати рівні і нормативи охорони праці, пільги та компенсації, скільки стимулювати розвиток економіки, що в свою чергу створить умови для реального забезпечення вищезазначених норм. Головна умова цього — прискорене впровадження досягнень науково-технічного прогресу, систематичне поновлення технічної бази. А це, як показує досвід передових в економічному плані країн, передбачає широку участь в управлінні виробництвом безпосередніх виробників матеріальних благ — працівників через їх представницькі органи. Прийняття нового Трудового кодексу України дозволить упорядкувати трудові відносини, підвищити їх гнучкість, розвантажити роботодавця від економічно невиправданих витрат на забезпечення гарантій і компенсацій працівникам. Тим самим скоротяться можливості для розвитку нелегальних трудових відносин, відбудеться реальне підвищення рівня захисту прав і законних інтересів працівників.

Директор Науково-дослідного інституту соціально-трудова відносин Мінпраці України, кандидат економічних наук **С. В. Мельник** у доповіді *«Проблеми вдосконалення трудового законодавства у світлі економічних реформ на 2010–2014 роки»* відзначив, що у проєкті Державної програми економічного і соціального розвитку України

на 2010 рік (антикризова програма) Кабінету Міністрів України закріплено необхідність розробки Проекту закону «Про державне прогнозування і стратегічне планування в Україні». Враховуючи те, що основою соціальної політики, а також основним джерелом надходжень до державного бюджету є реальний сектор економіки, наступного року пропонується розробити і прийняти Закон України «Про державну допомогу реальному сектору». У нормативно-законодавчому забезпеченні відносин із соціального захисту планується розробка таких законопроектів — «Про упорядкування звітності та проведення перевірок страхувальників у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування», «Про збір та облік єдиного соціального внеску». Означені законопроекти передбачають зменшення тіньозації економіки, упорядкування платників податків та, як наслідок, збільшення надходжень до ПФУ.

Необхідності *дотримання прав людини у сфері праці при припиненні трудових правовідносин* присвятив свою доповідь кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. В. Жернаков**. Забезпечення прав людини у сфері праці визначається не тільки якістю нормативних актів, чіткістю нормативних приписів, а й механізмом їх реалізації. В інтерпретації норм права слід виходити із недопущення звуження змісту прав, тому судова практика як своєрідна правотворча діяльність має залежати від сутності, призначення нормативних приписів. У їх трактуванні не можна керуватися суб'єктивними, тимчасовими, ідеологічними мотивами, що призводять до розпорошення гарантій трудових прав, звужують їх зміст або навіть змінюють їх сутність. Оскільки із припиненням трудових правовідносин припиняється реалізація багатьох прав у сфері праці, в умовах правової держави потребують перегляду сформовані під впливом ідеології 70-х років минулого століття трактування Пленумом Верховного Суду таких підстав звільнення, як прогул, систематичне порушення трудових обов'язків. У розвитку законодавства про працю слід враховувати міжнародні стандарти і зарубіжний досвід, що свідчать про зростаючу тенденцію розширення договірного регулювання припинення трудових правовідносин.

Зацікавила учасників наукового зібрання доповідь *«До питання про місце норм, що регулюють відносини за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, у системі права»* кандидата юридичних наук, доцента кафедри трудового права Національної юри-

дичної академії України імені Ярослава Мудрого **С. О. Сільченка**. Промовець наголосив, що законодавство про страхування має комплексну природу, об'єднуючи норми і приватного, і публічного права. Однак його основу складають акти цивільного законодавства, в яких закріплені принципи, яким повинні підкорятися будь-які правила про страхування, незалежно від сфери їх застосування. Саме тому соціальне страхування, незважаючи на значну кількість публічно-правових норм, що регулюють його здійснення, не може бути вилучено зі сфери впливу цивільного законодавства.

У науковому повідомленні «*До питання про поняття “професійний ризик”*» кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права та процесу Донецького національного університету **Л. П. Амелічева** зазначила, що серед науковців у галузі трудового права немає одностайності з питань щодо назви зазначеного поняття, його класифікації, змістовного наповнення й правового значення. Однак саме поняття «ризик» викликало інтерес науковців-правознавців трудового права різних періодів розвитку цієї юридичної галузі. Проаналізувавши різні погляди на це правове явище, доповідач запропонувала під професійним ризиком розуміти величину ймовірності (з урахуванням її допустимого і недопустимого рівня) настання із працівником певної професії нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання, у результаті прояву небезпеки, внаслідок чого спричиняється шкода його життю, здоров'ю та працездатності.

9 жовтня 2010 року відбулося об'єднане секційне засідання (секція № 1 «Теоретичні засади реалізації прав людини у сфері праці», секція № 2 «Практичні проблеми реалізації трудових прав», секція № 3 «Проблеми вдосконалення законодавства про працю», секція № 4 «Проблеми реалізації прав людини у сфері соціального забезпечення»), на якому тривало жваве обговорення актуальних проблем трудового права і права соціального забезпечення.

З підсумками роботи конференції виступив завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент **В. В. Жернаков**.

Матеріал підготував:

В. Жернаков, завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Міжнародне визнання української науки

У квітні 2010 р. відбулася знаменна подія: уперше українських учених — Ю. С. Шемшученка (академіка-секретаря відділення екологічного, господарського та аграрного права Національної академії правових наук України, директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України) та О. В. Кресіна (вченого секретаря Української асоціації порівняльного правознавства) було обрано членами-кореспондентами одного з найпрестижніших та найбільших наукових юридичних об'єднань світу — Міжнародної академії порівняльного права. Отже, це може вважатися успіхом всієї української юридичної науки, свідченням визнання її здобутків у світі, незважаючи на те, що членів Академії обирають виключно на основі їх індивідуального наукового доробку.

Можна стверджувати, що у витоків Академії стояли українські вчені М. Ковалевський та Ф. Тарановський, які взяли участь у Першому міжнародному конгресі порівняльного права, де вперше було поставлене питання про створення такого міжнародного об'єднання. Радянський Союз брав участь у діяльності Академії з 1970-х років, а її членами було обрано російських учених В. Кудрявцева, В. Туманова, Ю. Тихомирова, А. Ковлера, В. Ентіна, Е. Таляпіну, а також узбецького дослідника А. Саїдова. На жаль, українська юридична компаративістика в Академії до 2010 р. представлена не була.

Міжнародна академія порівняльного права (*Academie Internationale de Droit Compare, International Academy of Comparative Law, МАПП*) — міжнародна неурядова наукова організація, що об'єднує вчених-юристів. Метою Академії є сприяння вивченню права на основі використання порівняльно-правової методології, в історичній перспективі та вдосконалення законодавства, насамперед у сфері приватного права. Штаб-квартири МАПП перебувають у Парижі та Гаазі. МАПП було створено 13 вересня 1924 р. у Гаазі під керівництвом професора Еліміра Балого, який став її першим генеральним секретарем.

Організаційно Академія складається з національних комітетів (наукові організації, навчальні заклади або неформальні групи під керівництвом певного вченого, які визнаються МАПП національними комітетами — по одному на країну, відповідають за підготовку доповідей вчених певної країни на конгреси Академії, видання національних збірників доповідей цих конгресів тощо). Нині національні комітети МАПП існують у 69 країнах.

Вищим органом Академії є Загальні збори її членів, які обирають її Виконавчий комітет: президента, від трьох до п'яти віце-президентів, скарбника та генерального секретаря; може обиратися також почесний президент. Члени Виконкому обираються на чотири роки (окрім генерального секретаря, термін повноважень якого необмежений) і можуть бути переобрані. Дати і порядок денний зборів Виконкому визначаються президентом і генеральним секретарем. Генеральний секретар очолює Секретаріат МАПП, який координує діяльність організації. Кошти Академії складаються з членських внесків, коштів від продажу публікацій, спонсорських внесків.

Членство у МАПП є індивідуальним. Кількість дійсних членів Академії визначена у 80 осіб. Окрім того, є інші категорії членів, кількість яких не лімітована: члени-кореспонденти або асоційовані члени (нині — понад 300 осіб), почесні члени (нині 10; це члени МАПП, які досягли 70-річного віку). Право вирішального голосу мають лише дійсні члени та члени-кореспонденти, дорадчого голосу — почесні члени. Члени та асоційовані члени сплачують щорічні внески. Кандидати у члени МАПП пропонуються секціями та обираються зборами дійсних членів.

В Академії діють шість наукових секцій (груп) згідно з належністю країни, в якій мешкає член МАПП, до певного регіону чи правової сім'ї, або згідно із спеціалізацією вченого: латинська; загального права; північно- та центральноєвропейська; східноєвропейська; близько-східна та африканська; азіатська. Кожний член Академії може входити до однієї чи кількох секцій. Кожна секція обирає Бюро та президента секції.

Основною формою діяльності Академії є організація конгресів МАПП (міжнародних конгресів порівняльного права), які відбуваються з 1932 р.; з 1950 р. — кожні чотири роки; відбулося 17 конгресів. Загалом на 17 конгресах було представлено близько 750 генеральних доповідей, видано понад 120 збірників національних доповідей. У середньому у кожному з останніх конгресів брали участь близько 800 осіб. Окрім того, МАПП організує щорічні наукові сесії. Основна форма публікацій Академії — збірники генеральних (тематичних) та національних (по країнах) доповідей конгресів. Перші публікує інституція, яка приймає у себе конгрес МАПП, другі — національні комітети Академії.

З 2007 р. президентом МАПП є американський вчений Пітер Берман, генеральним секретарем — Юрген Баседов (Німеччина). Колиш-

ні президенти Академії: 1924–1927 — Андре Вейс (Франція), 1927–1950 — Антоніо де Бастаманте (Куба), 1950–1955 — Роско Паунд (США), 1955–1958 — Жан Ескара (Франція), 1958–1962 — Луї Мілле (Франція), Барон Луї Фредерік (Бельгія), 1966–1978 — С. Хемсон (Велика Британія), 1978–1982 — Імре Сабо (Угорщина), 1982–1990 — Джон Хазард (США), 1990–1998 — Пол-Андре Крепе (Канада), 1998–2007 — Константінос Керамеус (Греція, США).

Матеріал підготував:

Д. Лук'янов, начальник управління планування і координації правових досліджень НАПрН України

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 75 років від дня народження відомого вченого України в галузі кримінології, талановитого педагога та організатора науки, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Володимира Васильовича Голіни**.

В. В. Голіна народився 28 липня 1935 р. у м. Глобине Полтавської області. У 1959 р. здобув юридичну освіту на юридичному факультеті Ленінградського університету ім. О. О. Жданова (нині — Санкт-Петербурзький державний університет). З 1959 до 1961 р. працював слідчим, а потім — старшим слідчим Петроградського та Ленінського райвідділів міліції м. Ленінграда. З 1961 р. — адвокат, член президії Полтавської обласної колегії адвокатів (м. Кременчук), з 1969 р. — аспірант кафедри кримінального права Харківського юридичного інституту (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). Відтоді життя В. В. Голіни пов'язане зі Слобожанщиною.

У 1972 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Погашення та зняття судимості за радянським кримінальним правом» (спеціальність 12.00.08), у 1994 р. — докторську дисертацію на тему «Спеціально-кримінологічне попередження злочинності (теорія і практика)» (спеціальність 12.00.08). З 1972 по 1996 р. В. В. Голіна пройшов шлях від асистента до завідувача кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. У 1997 р. йому присвоєно вчене звання професора.

Чимало років В. В. Голіна очолює сектор попередження злочинності серед неповнолітніх та молоді Інституту вивчення проблем злочинності Національної академії правових наук України. У 2002 р. його обрано членом-кореспондентом Національної академії правових наук України. Він входить до складу редакційних колегій збірників науко-

вих праць «Проблеми законності» та «Питання боротьби зі злочинністю».

Своїми працями В. В. Голіна зробив вагомий внесок у розвиток кримінологічної науки України. Йому належить науковий пріоритет у створенні й поглибленні теорії попередження злочинності в цілому та її окремих проявів. Крім того, до сфери наукових інтересів В. В. Голіни входять попередження тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи, попередження насильства в сім'ї, злочинності неповнолітніх, бандитизму тощо.

В. В. Голіна є автором понад 120 наукових праць, серед яких чимало монографій: «Погашение и снятие судимости по советскому уголовному праву» (1979), «Работа органов внутренних дел, суда и прокуратуры по предупреждению преступности» (1981), «Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений» (1989), «Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження»; навчальних посібників, підручників із Загальної та Особливої частин кримінології: «Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом» (2004), «Судимість» (2006), «Кримінологічні проблеми попередження злочинності неповнолітніх у великому місті: досвід конкретно-соціологічного дослідження» (2006), «Курс лекцій з кримінології» (2006), «Запобігання злочинності в Україні (у співавт., 2007), «Правова система України: історія, стан та перспективи» у 5 т. (2008).

В. В. Голіна активно поєднує дослідницьку діяльність з підготовкою наукових кадрів, багато років здійснює керівництво аспірантами та здобувачами. Серед його учнів — 7 кандидатів юридичних наук. Заслужений діяч науки і техніки України (2004), нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2004), медаллю «Ветеран праці» (1993).

Порядність і принциповість, широка ерудованість і сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків, відданість ідеалам науки та освіти здобули В. В. Голіні авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Васильовича Голіну** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, невичерпної життєвої енергії, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі, благополуччя й процвітання.



Виповнилося 70 років від дня народження відомого вченого нашої країни в галузі кримінального права, талановитого організатора юридичної науки, доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України **Миколи Івановича Панова**.

Микола Іванович народився 7 серпня 1940 р. у с. Берека Первомайського р-ну Харківської обл. У 1966 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). У 1965–1970 рр. працював слідчим прокуратури Чугуївського району Харківської області. У 1972 р. закінчив аспірантуру Харківського юридичного інституту, в якому в подальшому пройшов трудовий шлях від асистента до професора. З 1974 р. по 1981 р. — заступник декана заочного факультету, з 1987 р. по 2007 р. — проректор з наукової роботи. З 2000 р. і до сьогодні — завідувач кафедри кримінального права № 2 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

У 1973 р. М. І. Панов захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману чи зловживання довірою» (спеціальність 12.00.08), у 1976 р. йому присвоєно вчене звання доцента. У 1987 р. він захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Основні проблеми способу вчинення злочину в радянському кримінальному праві» (спеціальність 12.00.08). Наукове звання професора присвоєно у 1989 р. У 1993 р. М. І. Панов обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України, у 2000 р. — дійсним членом (академіком).

М. І. Панов — відомий вчений-правник у галузі юридичних наук. Його наукові розробки відзначаються фундаментальністю та глибоко досліджують учення про злочин та кримінальну відповідальність. Багато його праць присвячено проблемам загальної теорії права, філософії, соціології та логіки права. Наукові праці М. І. Панова широко відомі юридичній науковій громадськості як в Україні, так і за її межами. Він є автором понад 200 наукових праць, серед яких: «Уголовная ответственность за причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием» (1977), «Квалификация преступлений, совершаемых путем обмана» (1980), «Способ совершения преступления и уголовная ответственность» (1982), «Квалификация насильственных

преступлений» (1985), «Квалифікація преступлений, совершаемых путем обмана и злоупотребления доверием» (1987), «Понятійні апарати наук кримінального циклу: співвідношення і взаємозв'язок» (2000), «Настільна книга слідчого» (кер. авт. кол., 2003, 2007, 2008, 2010), «Методологічні засади дослідження проблем Особливої частини кримінального права» (2009) та ін. Співавтор підручників «Кримінальне право України: Загальна частина» (2001, 2004, 2007, 2010) та «Кримінальне право України: Особлива частина» (2001, 2004, 2007, 2010), «Конфліктологія» (2002), «Філософія права: Хрестоматія» (2002), «Соціологія права» (2003), «Філософія права» (2003), «Політологія» (2005), а також науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу України (2002, 2004, 2006, 2008).

М. І. Панов — академік Національної академії правових наук України, його наукові розробки широко використовуються у законотворчій і правозастосовній діяльності та в навчальному процесі. Свої наукові ідеї він особисто втілює в законотворчу діяльність як член багатьох робочих груп комісій з розробки законів та інших нормативних актів. Значним є внесок М. І. Панова в розробку проекту Конституції України, законів України «Про прокуратуру», «Про міліцію», «Про нормативно-правові акти України», перебував у складі робочих груп Кабінету Міністрів України з розроблення проекту Кримінального кодексу України та ін.

Брав активну участь як експерт (1992–1997) напрямів «Торгівля людьми» і «Комп'ютерна злочинність» у рамках науково-дослідної програми в межах українсько-американської співпраці між Національним інститутом юстиції Департаменту юстиції США та АПрН України у сфері боротьби з організованою злочинністю та корупцією. У 1997–2000 рр. — заступник голови Експертної ради ВАК України з юридичних наук; з 1988 р. по 2007 р. — голова спеціалізованої вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого з присудження наукового ступеня доктора юридичних наук; з 1966 р. по 2007 р. — голова Експертної ради з юридичних наук Міністерства освіти і науки України; член консультативної ради Верховного Суду України та ін.

Заслужений діяч науки і техніки України (1995). Нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2002), «Почетной грамотой Президиума Верховного Совета РСФСР» (1990), Лауреат Державної премії України в галузі науки і техніки (2006), лауреат Премії імені Ярослава Мудрого (2002), старший радник юстиції, Почесний працівник Про-

куратури (2005), Заслужений професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Почесний громадянин Первомайського р-ну Харківської обл. (2001) та м. Первомайська (2004).

М. І. Панов бере активну участь у громадському житті: він є членом Консультативної ради Верховного Суду України, членом Науково-консультативної ради Центрвиборчкому, президентом Харківської асоціації політологів, заступником відповідального редактора республіканського міжвідомчого наукового збірника «Проблеми законності», членом редакційних колегій декількох наукових журналів.

М. І. Панов користується вагомим авторитетом і повагою в колективі, він — сумлінний і творчий працівник, чесна і принципова людина.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Миколу Івановича Панова** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, довголіття, великих успіхів у науковій, педагогічній діяльності та організації юридичної науки.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого вченого нашої країни в галузі охорони навколишнього середовища і аграрного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України — **Олексія Олексійовича Погрібного**.

О. О. Погрібний народився 17 серпня 1950 р. у с. Краснопілль Фрунзенського району Одеської області.

У 1972 р. закінчив історичний факультет Львівського державного університету ім. І. Я. Франка (нині — Львівський національний університет імені Івана Франка), у 1978 р. — юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. У 1972–1976 рр. працював заступником директора, директором школи у Любашівському районі Одеської області.

З 1976 р. працював в Одеському державному університеті ім. І. І. Мечникова на посадах: заступник начальника навчального відділу, асистент, старший викладач, доцент кафедри трудового, сільськогосподарського та природоохоронного права. У 1989–1992 рр. навчався у докторантурі Всесоюзного юридичного інституту (м. Москва). З 1992 р. по 1997 р. — доцент, професор, завідувач кафедри трудового, сільськогосподарського та природоохоронного права, декан факультету правосуддя і право-

вої роботи у народному господарстві Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. З 1998 р. по 2003 р. — завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Одеської національної юридичної академії. У лютому 2003 р. прийнятий на службу до органів внутрішніх справ України на посаду проректора з наукової роботи — начальника науково-дослідного та редакційно-видавничого відділу Одеського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ і йому присвоєно спеціальне звання полковника міліції. З вересня 2003 р. по жовтень 2005 р. — перший проректор цього Інституту. З 2005 р. по 2007 р. — перший проректор з навчальної та методичної роботи Харківського національного університету внутрішніх справ. З червня 2007 р. — головний вчений секретар Національної академії правових наук України.

У 1985 р. О. О. Погрібний захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук з теми «Правове регулювання оплати праці керівних працівників та спеціалістів колгоспів (на матеріалах колгоспів УРСР)» (спеціальність 12.00.06), у 1992 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук з теми «Правове регулювання діяльності селянських (фермерських) господарств в умовах ринку» (спеціальність 12.00.06). Науковий ступінь доктора юридичних наук йому присуджено у 1993 р., вчене звання професора присвоєно у 1996 р. У 1993 р. О. О. Погрібний обраний членом-кореспондентом, а у 2004 р. — дійсним членом (академіком) Національної академії правових наук України. Підготував понад 20 кандидатів наук.

Напрями наукових досліджень ученого — аграрне, земельне право, екологічне право, природоресурсне право, адміністративне право, цивільне право. Він є автором 190 наукових та навчально-методичних праць, зокрема більш як 35 монографій, навчальних посібників та підручників.

О. О. Погрібний брав участь у розробці проектів законів України, насамперед «Про селянське (фермерське) господарство», Земельного кодексу України та ін. Є заступником голови експертної ради ВАК України з юридичних наук, членом спеціалізованої вченої ради в Інституті держави та права ім. В. М. Корецького НАН України та спеціалізованої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Заслужений діяч науки і техніки України (2003). Нагороджений Почесною грамотою Верховної Ради України (2005), Відмінник освіти

України (1997), орденом «За заслуги» III ст. (2010), двічі лауреат Премії імені Ярослава Мудрого.

Своїми працями О. О. Погрібний зробив вагомий внесок у розвиток аграрно-правової науки України. Основний напрям його наукових досліджень — правове регулювання селянських господарств в умовах ринку. Найбільш відомими його працями є: «Правове регулювання діяльності селянських (фермерських) господарств в умовах ринку» (1992), «Селянські господарства і оренда. Організаційно-правові питання» (1992), «Агропромисловий комплекс: правові питання» (у співавт., 1992). О. О. Погрібний також є автором понад 60 наукових і навчально-методичних праць, у тому числі розділів у підручниках, статей.

О. О. Погрібний бере активну участь у законотворчій діяльності. Як член робочих груп він брав участь у розробці проектів законів України «Про селянське (фермерське) господарство» та «Про колективне сільськогосподарське підприємство».

О. О. Погрібний систематично бере участь у роботі науково-практичних конференцій, у тому числі міжнародних, «круглих столів», керує аспірантами, чимало з яких уже захистили кандидатські дисертації.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і відданість науці, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули О. О. Погрібному авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олексія Олексійовича Погрібного** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги і подальших успіхів у науковій та педагогічній діяльності.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Рабінович П. Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії та України	3
Колодій А., Колодій О. Праворозуміння: теорія, політика, практика	12
Яковюк І. Особливості впливу наднаціональної організації на державний суверенітет країн-кандидатів та країн-сусідів (на прикладі Європейського Союзу)	19
Брижко В. До питання методології кодифікації інформаційного законодавства	32
Дашковська О. До питання про правові інститути забезпечення прав і свобод людини і громадянина	44
Погребняк С. Генезис ідеї рівності як основоположного принципу права	50

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Скрипнюк О. Специфіка конституційно-правових відносин в Україні	59
Ярмиш О., Червяцова А. Темпоральна дія конституційно-правових норм: проблеми теорії та практики	69
Нестерович В. Лобіювання як конституційно-правовий механізм захисту прав і свобод людини та громадянина	83

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Пилипчук В. Етапи формування суверенної Української держави (історико-правові та політичні аспекти)	94
Стрілець В. Організація волосних та сільських революційних комітетів у Полтавській губернії (грудень 1919 р. — лютий 1920 р.)	105
Козаченко А. Організаційно-правова діяльність земства з метою розвитку аграрної галузі наприкінці XIX — на початку XX ст.	115

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Дзьобань О. Національні інтереси як основа національної безпеки: світоглядно-методологічні аспекти	124
Титов В. Теоретичні погляди Олівера Венделла Холмса молодшого	137

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Андрейцев В. Правове регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт: історико-правовий аспект	151
Погрібний С. Загальні та спеціальні норми в цивільному (приватному) праві України	166
Бородовський С. Проблеми одностороннього правочину	178
Пашков В. Правовий господарський порядок у забезпеченні антикорупційної діяльності в сфері охорони здоров'я	185

Матвеева А. Учасники міжнародного транспортного коридору:
проблеми класифікації та окремі питання правового регулювання..... 196

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

Слюсар А. Сутність і правова природа категорії «роботодавець» 205

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Малишева Н. Правове регулювання на ринку космічних послуг..... 216

Виговський О. Питання уніфікації регулювання коносаментів
у міжнародному приватному праві..... 232

ПИТАННЯ СУДОЧИНСТВА

Топчий В. Шляхи реформування кримінального судочинства України..... 239

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

Вовк Д. Правові системи християнських країн (особливості
та проблема неоднорідності) 249

ПРОБЛЕМИ БОРотьби зі злочинністю

Коваленко В., Колб О. Про проблеми використання в кримінально-
виконавчому праві України деяких термінів і понять..... 259

Демидова Л. Майно як предмет злочину..... 267

Давиденко С. Проблеми вдосконалення норм інституту звільнення
особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням
із потерпілим 276

Капліна О. Проблеми зловживання правом у кримінальному процесі 286

Ткачова О. Щодо компетенції та повноважень кримінально-виконавчої
інспекції при виконанні покарання у виді виправних робіт..... 296

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Семеніхін І. Проблемні аспекти реалізації правової доктрини
у правозастосовній практиці..... 303

Ус М. Сутність колізії суб'єктивних цивільних прав..... 312

Іванова А. Класифікація суб'єктів бюджетного права..... 324

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Інформація за результатами загальних зборів НАПрН України
(**О. Погрібний**) 331

Друга міжнародна науково-практична конференція з трудового права
і права соціального забезпечення (**В. Жернаков**) 324

Міжнародне визнання української науки (**Д. Лук'янов**)..... 343

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Голіна В. В...... 346

Панов М. І. 348

Погрібний О. О. 350

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (62)

Відповідальний за випуск

В. А. Прудников

Редактор *С. А. Пашинська*

Коректор *О. Синицина*

Комп'ютерна верстка і дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 20.10.2010.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 16. Обл.-вид. арк. 16. Вид. № 541.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
Україна 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Друкарня СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98